

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.  
Strafrecht und Strafprozessrecht  
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-  
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

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); Prof. Dr. Lutz Eidam,

LL.M., Univ. Bielefeld; Dr. Antje du  
Bois-Pedain, MJur (Oxon), (Univ.  
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans  
Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);

Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),  
Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer  
(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

(Dortmund); RA Dr. Markus Rüb-  
enstahl, mag. iur. (Tsambikakis & Part-  
ner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger  
(LMU München); RA Dr. Hellen Schil-

ling, (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Chris-  
toph Sowada (Univ. Greifswald); RA  
Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.  
Basel)

## Publikationen

Prof. Dr. Anna H. Albrecht, Univ. Potsdam – **Die Legende von der Gefahrenabwehr** Bespr. zu BGH HRRS 2017 Nr. 784 S. 446

Christopher Bendek, Tübingen – **Ein Plädoyer für die flächendeckende Etablierung der Substitutionsbehandlung im deutschen Strafvollzug** S. 458

## Entscheidungen

BVerfG **Zulässige weitere Beschwerde trotz Aufhebung des Haftbefehls**

BVerfG **Zwangsbehandlung entgegen einer Patientenverfügung im Maßregelvollzug**

BGHSt **Grundsätze der Strafzumessung zum zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil beim sexuellen Missbrauch von Kindern**

BGHSt **Strafbarkeit von Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten**

BGH **Tatbestandsvarianten der schweren Körperverletzung**

BGH **Kompensation trotz mangelnder Kenntnis des Vermögensinhabers von der erlangten Gegenleistung bei der Untreue**

BGH **Grenzen des unerlaubten Glücksspiels**

BGH **Kein Verfahrenshindernis nach Verstoß gegen ein insolvenzrechtliches Verwendungsverbot**

Die Ausgabe umfasst 107 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); Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Univ. Bielefeld); 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

17. Jahrgang, November 2017, Ausgabe

11

Rechtsprechung

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

### **990. BVerfG 2 BvR 77/16 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. August 2017 (OLG Frankfurt am Main / LG Frankfurt am Main / AG Frankfurt am Main)**

Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen einen aufgehobenen Haftbefehl (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Feststellungsinteresse bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen; Rehabilitierungsinteresse bei Freiheitsentziehungen; Überprüfung der Untersuchungshaft auch nach deren Beendigung; Auslegung des Begriffs der „Verhaftung“; Vorrang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 2; § 112 Abs. 1 StPO; § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO

1. Mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes ist es grundsätzlich vereinbar, ein Rechtsschutzinteresse nur solange anzunehmen, wie in dem gerichtlichen Verfahren eine gegenwärtige Beschwer ausgeräumt, einer Wiederholungsgefahr begegnet oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff beseitigt werden kann.

2. Darüber hinaus kann ein Feststellungsinteresse allerdings auch bei schwerwiegenden, tatsächlich nicht mehr fortwirkenden Grundrechtseingriffen fortbestehen. Hierunter fallen insbesondere Anordnungen, die nach dem Grundgesetz einem vorbeugenden Richtervorbehalt unterliegen.

3. Die Anordnung der Untersuchungshaft steht wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht einer gerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Überprüfung auch dann offen, wenn die Maßnahme inzwischen beendet ist. Dies gilt wegen des bei Freiheitsentziehungen bestehenden Rehabilitierungsinteresses unabhängig vom Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme sowie davon, ob Rechtsschutz typischerweise noch vor Beendigung der Haft erlangt werden kann.

4. Die Vorschrift des § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO, die für den Fall der „Verhaftung“ eine weitere fachgerichtliche Überprüfungsinstanz eröffnet, ist mit Blick auf die vorrangig den Fachgerichten übertragene Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes dahingehend auszulegen, dass die weitere Beschwerde auch nach Aufhebung des Haftbefehls zulässig ist.

**989. BVerfG 2 BvR 2039/16 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. August 2017 (OLG Bremen / LG Bremen / AG Bremen-Blumenthal)**

Einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (verfahrensrechtliche Bedeutung des Freiheitsgrundrechts; erhöhte Begründungsanforderungen; Eigenkontrolle durch das Fachgericht; Gefahr von Straftaten erheblicher Bedeutung; Taten der mittleren Kriminalität; Gefahrprognose bei nicht in die Tat umgesetzten Drohungen; „Rejected Stalker“; Verhältnismäßigkeitsprüfung; mildere Maßnahmen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung eines Unterbringungsbefehls; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 126a StPO

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die verfassungsgerichtliche Überprüfung einer Entscheidung über die einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht auch dann fort, wenn der fragliche Unterbringungsbefehl aufgehoben und die Beschwerdeführerin entlassen worden ist. Dies gilt auch dann, wenn zwischenzeitlich erneut ein Unterbringungsbeschluss ergangen ist.

2. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts zählen.

3. Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG hat auch verfahrensrechtliche Bedeutung. Für die Begründungstiefe von Entscheidungen über eine (einstweilige) Unterbringung gelten daher erhöhte Anforderungen. In der Regel sind in jedem Beschluss aktuelle Ausführungen zu den Unterbringungs Voraussetzungen, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Betroffenen und dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten. Dies

dient neben der Überprüfbarkeit für den Betroffenen auch der Eigenkontrolle durch das Fachgericht.

4. Die für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus erforderliche konkrete Gefahr erheblicher Straftaten ist nur anzunehmen, wenn die Taten mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen sind, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Hierzu gehören regelmäßig nicht Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind.

5. Eine Unterbringungsanordnung genügt den Begründungsanforderungen nicht, wenn die Fachgerichte von einer Gefahr erheblicher Straftaten ausgehen, nachdem die Betroffene bis zu ihrer Unterbringung über acht Monate keine Taten begangen hatte, obwohl sie in dieser Zeit nach Auffassung der sie behandelnden Ärzte im Rahmen ihrer psychiatrischen Erkrankung eine manische Episode durchlaufen hatte.

6. Die Gefahr von Körperverletzungs- und Brandstiftungsdelikten ist nicht hinreichend konkretisiert, wenn sie lediglich aus entsprechenden, bereits zwei Jahre zurückliegenden Drohungen der Betroffenen gegenüber ihrem ehemaligen Lebensgefährten hergeleitet wird, obwohl die Betroffene derartige Drohungen bislang nie in die Tat umgesetzt hat, sondern nur mit – in ihrer Intensität konstant gebliebenen – Delikten wie Sachbeschädigung, Nötigung oder Beleidigung aufgefallen ist.

7. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch mildere Maßnahmen begegnet werden kann. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Betroffene vor ihrer Verhaftung selbst in fachärztliche Behandlung begeben und sich um eine stationäre Therapie in räumlicher Entfernung zum Tatopfer – ihrem früheren Lebensgefährten – bemüht hatte und bis zur Unterbringungsentscheidung mehrere Monate in einer psychiatrischen Klinik behandelt worden ist.

**994. BVerfG 2 BvR 1866/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. September 2017 (OLG Nürnberg / LG Nürnberg-Fürth)**

Erfolgreicher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Zwangsmedikation eines im Maßregelvollzug Untergebrachten (psychiatrisches Krankenhaus; Zwangsbehandlung mit Neuroleptika; entgegenstehende Patientenverfügung; Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit; Interessenabwägung; Gefahr irreversibler Gesundheitsschäden).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG

Wird ein im Maßregelvollzug Untergebrachter entgegen seiner Patientenverfügung einer Zwangsbehandlung mit Neuroleptika unterzogen, so liegt hierin zwar ein schwerwiegender Grundrechtseingriff. Diesen hat der Untergebrachte jedoch einstweilen hinzunehmen, wenn ihm andernfalls irreversible hirnganische Gesundheitsschäden sowie eine Chronifizierung seiner Psychose drohen, die eine lebenslange Fortdauer der Unterbringung nach sich ziehen kann.

**988. BVerfG 2 BvL 4/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Juli 2017 (AG Potsdam)**

Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm des Chemikaliengesetzes (konkrete Normenkontrolle; Darlegungsanforderungen an eine Richtervorlage; Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage; vollständige Aufklärung des Sachverhalts; Durchführung der Beweiserhebung bis zur Schuldspruchreife; Auseinandersetzung mit der maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; Normenklarheit „dynamischer Rückverweisungsklauseln“; Unvereinbarkeit einer Blankettstrafnorm mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen).

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 80 Abs. 2 BVerfGG; § 27 ChemG

1. Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ist nur zulässig, wenn das Fachgericht nachvollziehbar darlegt, dass es bei seiner anstehenden Entscheidung auf die Gültigkeit der Norm ankommt und aus welchen Gründen es von der Unvereinbarkeit der Norm mit der Verfassung überzeugt ist.
2. Zur Begründung der Entscheidungserheblichkeit muss das Gericht darlegen, dass und aus welchen Gründen es im Falle der Gültigkeit der für verfassungswidrig gehaltenen Rechtsvorschrift zu einem anderen Ergebnis käme als im Falle der Ungültigkeit.
3. Die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage ist nicht hinreichend dargetan, wenn der Vorlagebeschluss nicht erkennen lässt, ob das Gericht den Sachverhalt vollständig aufgeklärt und die erforderlichen Beweise erhoben hat, sondern nur mitteilt, es komme ein Schuldspruch in Betracht, so dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die den subjektiven Tatbestand bestreitenden Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freigesprochen werden, ohne dass es auf die Verfassungsmäßigkeit der fraglichen Norm ankommt.
4. Der Vorlagebeschluss muss den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab angeben, sich unter Einbeziehung von Rechtsprechung und Literatur sowohl mit der einfachrechtlichen als auch mit der verfassungsrechtlichen Rechtslage auseinandersetzen und dabei insbesondere auf die maßgebliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingehen.
5. Die Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Norm – hier: § 27 ChemG – ist nicht ausreichend erörtert, wenn das vorlegende Gericht die Auffassung vertritt, das Bundesverfassungsgericht habe sich bisher lediglich zur Frage der Normenklarheit sogenannter dynamischer Rückverweisungsklauseln verhalten und die Frage unbeleuchtet gelassen, ob der Gesetzgeber das „Ob“ einer Strafbarkeit der Exekutive überlassen dürfe. Denn mit diesen Ausführungen übergeht das vorlegende Gericht die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Unvereinbarkeit einer Blankettstrafnorm mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen (Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 21. September 2016 – 2 BvL 1/15 – „Rindfleischetikettierungsgesetz“ [= HRRS 2016 Nr. 1112]).

**991. BVerfG 2 BvR 455/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. September 2017 (OLG Hamm / LG Bochum)**

Verlegung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten in einen Kriseninterventionsraum (Recht auf effektiven Rechtsschutz; fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis bei typischerweise kurzfristig erledigten Maßnahmen; tiefgreifender Grundrechtseingriff; psychiatrisches Krankenhaus; Absonderung als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht hingegen in das Freiheitsgrundrecht); effektiver Rechtsschutz bei der Rechtsbeschwerde (Nachprüfung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Entbehrlichkeit einer Nachprüfung bei erkennbar singulären Rechtsfehlern; Erfordernis konkreter Anhaltspunkte gegen eine Wiederholungsgefahr).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 63 StGB; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 21 MRVG NRW

1. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gebietet es, bei gewichtigen Grundrechtseingriffen die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung auch dann zu eröffnen, wenn die Maßnahme zwar zwischenzeitlich in tatsächlicher Hinsicht überholt ist, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf jedoch auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann. Dies gilt insbesondere beim sofortigen Vollzug einer Disziplinarmaßnahme im Strafvollzug.
2. Wengleich der Einschluss eines im Maßregelvollzug Untergebrachten in einen Kriseninterventionsraum lediglich eine Form des Vollzugs der bereits bestehenden, richterlich angeordneten Freiheitsentziehung darstellt, die den Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts nicht betrifft, so greift er doch schwerwiegend in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ein, weil der Betroffene durch die Absonderung nicht nur gehindert ist, die ihm zustehende Gemeinschaftszeit in Anspruch zu nehmen, sondern auch daran, die Absonderungszelle überhaupt zu verlassen.
3. Zwar kann die Nachprüfung einer strafvollzugsrechtlichen Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 116 Abs. 1 StVollzG) auch bei einer fehlerhaften Rechtsanwendung ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Rechtsfehler in weiteren Fällen Bedeutung erlangen wird. Allerdings verlangt Art. 19 Abs. 4 GG in derartigen Fällen, dass konkrete tatsächliche Umstände die Prognose rechtfertigen, die Strafvollstreckungskammer werde den Rechtsfehler künftig vermeiden; eine bloße Vermutung genügt insoweit nicht.

**992. BVerfG 2 BvR 1071/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. September 2017 (OLG München)**

Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen einen aufgehobenen Haftbefehl (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Feststellungsinteresse bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen; Rehabilitierungsinteresse bei Freiheitsentziehungen; Überprüfung der Untersu-

chungshaft und der Sitzungshaft auch nach deren Beendigung; Auslegung des Begriffs der „Verhaftung“; Vorrang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 2; § 230 Abs. 2 StPO; § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO

1. Mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes ist es grundsätzlich vereinbar, ein Rechtsschutzinteresse nur solange anzunehmen, wie in dem gerichtlichen Verfahren eine gegenwärtige Beschwerde ausgeräumt, einer Wiederholungsgefahr begegnet oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff beseitigt werden kann.

2. Darüber hinaus kann ein Feststellungsinteresse allerdings auch bei schwerwiegenden, tatsächlich nicht mehr fortwirkenden Grundrechtseingriffen fortbestehen. Hierunter fallen insbesondere Anordnungen, die nach dem Grundgesetz einem vorbeugenden Richtervorbehalt unterliegen.

3. Die Anordnung der Untersuchungs- oder Sitzungshaft steht wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht einer gerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Überprüfung auch dann offen, wenn die Maßnahme inzwischen beendet ist. Dies gilt wegen des bei Freiheitsentziehungen bestehenden Rehabilitierungsinteresses unabhängig vom Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme sowie davon, ob Rechtsschutz typischerweise noch vor Beendigung der Haft erlangt werden kann.

4. Die Vorschrift des § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO, die für den Fall der „Verhaftung“ eine weitere fachgerichtliche Überprüfungsinstanz eröffnet, ist mit Blick auf die vorrangig den Fachgerichten übertragene Gewährleistung effektiven

Rechtsschutzes dahingehend auszulegen, dass die weitere Beschwerde auch noch nach Aufhebung des Haftbefehls zulässig ist.

**993. BVerfG 2 BvR 1691/17 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2017 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg / AG Hamburg)**

Nachträgliche Auferlegung einer Missbrauchsgebühr (wahrheitswidriger Vortrag zur Verfassungsbeschwerde gegen einen Haftbefehl wegen Landfriedensbruchs im Zusammenhang mit dem „G20-Gpifel“; Bekanntwerden des von dem Beschwerdeführer unrichtig dargestellten Inhalts einer polizeilichen Videoaufnahme erst nach Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde).

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 34 Abs. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 125 StGB

1. Die Verfassungsbeschwerde gegen Haftentscheidungen im Zusammenhang mit Ausschreitungen bei dem sogenannten G20-Gpifel rechtfertigt die Verhängung einer Missbrauchsgebühr, wenn die Bevollmächtigte des Beschwerdeführers wahrheitswidrig vorgetragen hat, eine polizeiliche Videoaufnahme belege, dass entgegen den Angaben der Ermittlungsbehörden aus einer Menschenmenge keine Steine geworfen worden seien.

2. Die Missbrauchsgebühr kann auch nachträglich auferlegt werden, wenn dem Bundesverfassungsgericht der wahre Inhalt der Videoaufnahme erst bekannt wird, nachdem die Verfassungsbeschwerde aus anderen Gründen – mangels hinreichender Substantiierung – nicht zur Entscheidung angenommen worden ist.

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**995. BGH 3 StR 172/17 – Urteil vom 27. Juli 2017 (LG Regensburg)**

Beweiswürdigung beim Tötungseventualvorsatz (objektive Gefährlichkeit der Tathandlung als wesentlicher Indikator; Wissenselement; Willenselement; ambivalente Beweiszeichen; Fehlen eines nachvollziehbaren Tötungsmotivs; keine Vorausplanung der Tat; Alkoholisierung; Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; keine Beweisregel); Anforderungen an die Urteilsgründe bei Freispruch aus tatsächlichen Gründen; öffentliches Verwenden verfassungswidriger Kennzeichen bei akustischen Äußerungen (Wahrnehmbarkeit für einen größeren Personenkreis); Intensität ausländerfeindlicher Parolen bei der Volksverhetzung.

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 15 StGB; § 86a StGB; § 130 StGB; § 212 StGB

1. Zwar ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ein wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes, weshalb bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen das Vorliegen beider Elemente naheliegt. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Tatrichter der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung bei der Prüfung der subjektiven Tatseite von Rechts wegen immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen hätte. Darin läge vielmehr eine vom Einzelfall gelöste Festlegung des Beweiswerts und der Beweisrichtung eines bestimmten

Indizes, die einer unzulässigen, dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) widersprechenden Beweisregel nahekäme.

2. Im Rahmen des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfordert die Tatvariante des öffentlichen Verwendens von Kennzeichen die Wahrnehmbarkeit für einen größeren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis begründet. Entscheidend ist somit nicht die Öffentlichkeit des Verwendungsortes an sich, sondern die vom Täter nicht überschaubare kommunikative Wirkung der Verwendung, mithin die Möglichkeit der Wahrnehmung durch einen größeren Personenkreis. Bei einer akustischen Äußerung kommt es deshalb darauf an, ob diese in einer Art und Weise abgegeben wurde, dass sie von einem größeren Personenkreis tatsächlich wahrgenommen wurde bzw. hätte wahrgenommen werden können.

3. § 130 Abs. 1 StGB setzt einen in besonderer Weise qualifizierten Angriff gegen (u.a.) Teile der Bevölkerung voraus, wozu auch die in Deutschland dauerhaft lebenden Ausländer gehören. Erforderlich ist ein im Vergleich zu den Beleidigungsdelikten gesteigerter Unrechtsgehalt, etwa bei schwerwiegenden Formen der Missachtung, die durch ein besonderes Maß an Gehässigkeit und Rohheit geprägt sind und die Angegriffenen als insgesamt minderwertig und ohne Existenzrecht in der Gemeinschaft abqualifizieren. Die Anwendbarkeit der Vorschrift auf ausländerfeindliche Parolen ist im Einzelfall anhand dieses Maßstabs zu prüfen.

**1062. BGH 2 StR 362/16 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Aachen)**

Anstiftung (doppelter Anstiftervorsatz).  
§ 26 StGB

1. Der Anstifter hat für die Haupttat ebenso einzustehen wie der Angestiftete selbst. Sein Vorsatz muss daher auch auf die Ausführung der in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten (Haupt-) Tat bezogen sein.

2. Der Anstiftervorsatz muss die fremde Haupttat jedoch nicht in allen Einzelheiten, sondern nur in ihren Hauptmerkmalen erfassen. Ausreichend konkretisiert ist er zumindest dann, wenn er diejenigen Umstände umfasst, aus denen sich die durch die eigene Anstiftungshandlung verursachte fremde rechtswidrige Tat soweit erkennen lässt, dass sie dem Tatbestand einer Strafnorm zugeordnet werden kann.

3. Das tatbestandliche Geschehen muss in der Vorstellung des Anstiftenden als wenigstens umrisshaft individualisiertes Geschehen erscheinen. Insoweit genügt bedingter Vorsatz. Dieser liegt auch dann vor, wenn der Täter aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit einverstanden ist.

**1008. BGH 3 StR 299/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Düsseldorf)**

Anforderungen an die Feststellungen zu einem fehlgeschlagenen Versuch bei Eingreifen eines Dritten (sub-

jektives Scheitern der Tat; physische Unmöglichkeit; freiwillige Abstandnahme).

§ 24 StGB

1. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nach dem Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Hält er dagegen die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, dann ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten.

2. Wird der Täter durch eine andere Person von der Tatbegehung abgehalten, bedarf es für die Annahme eines nicht mehr rücktrittsfähigen fehlgeschlagenen Versuchs Feststellungen dazu, dass der Handelnde sein Vorgehen aufgrund des Einschreitens des Dritten als gescheitert ansieht oder dass ihm die Tatbegehung hierdurch anderweitig unmöglich wird. Dagegen bleibt ein Rücktritt möglich, wenn der Täter das Eingreifen der anderen Person zum Anlass für eine freiwillige Abstandnahme von der Tat nimmt.

**1021. BGH 5 StR 303/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Görlitz)**

Anforderungen an die Feststellungen bei der Rücktrittsprüfung (unbeendeter Versuch; beendeter Versuch; Rücktrittshorizont; Tätervorstellung; Korrektur des Rücktrittshorizonts; alsbaldiges Erkennen des Irrtums; Abstandnahme von weiteren Ausführungshandlungen).

§ 24 StGB

1. Die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch bestimmt sich nach dem Vorstellungsbild des Täters nach dem Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, dem sogenannten Rücktrittshorizont. Bei einem Tötungsdelikt liegt demgemäß ein unbeendeter Versuch vor, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Todes erforderlich oder zumindest ausreichend ist. Ein beendeter Tötungsversuch ist hingegen anzunehmen, wenn er den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.

2. Eine Korrektur des Rücktrittshorizonts ist in engen Grenzen möglich. Der Versuch eines Tötungsdelikt ist danach nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber nach alsbaldigem Erkennen seines Irrtums von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfungen nicht stand

**1084. BGH 4 StR 324/17 – Beschluss vom 16. August 2017 (LG Dortmund)**

Unterschlagung (Konkurrenzen: Subsidiarität gegenüber Tötungsdelikten).  
§ 246 Abs. 1 StGB

Geht das Gericht unter Anwendung des Zweifelssatzes davon aus, dass der Angeklagte den Wegnahme- bzw. Zueignungsvorsatz erst nach Abschluss der Tötungshandlung gefasst hat liegt Tateinheit zwischen dem Tötungsdelikt und dem Vermögensdelikt vor, weil der Zweifelssatz, der zur Verneinung von Mord aus Habgier geführt hat, bei der Beurteilung der Konkurrenzen nochmals heranzuziehen ist. Ein Schuldspruch wegen Mordes in Tateinheit mit Unterschlagung kommt dennoch nicht in Betracht, weil aufgrund der Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB die Unterschlagung hinter das Tötungsdelikt zurücktritt.

**1027. BGH AK 42/17 – Beschluss vom 7. September 2017**

Haftprüfung (Fristberechnung bei neu hinzutretendem Tatvorwurf); dringender Tatverdacht wegen mitgliederschaftlicher Beteiligung an einer ausländischen terroristischen Vereinigung (Begriff der Mitgliedschaft); versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen (Grad der Konkretisierung der projektierten Tat).

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; § 30 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

1. Die mitgliederschaftliche Beteiligung setzt allgemein voraus, dass der Täter sich, getragen von beiderseitigem übereinstimmendem Willen und angelegt auf eine gewisse Dauer, in die Organisation eingliedert, sich ihrem Willen unterordnet und eine aktive Tätigkeit zur Förderung ihrer Ziele entfaltet. Nicht zwingend erforderlich ist dagegen, dass Stellung und Funktion des Angeklagten innerhalb der Organisation näher bekannt sind.

2. Die versuchte Anstiftung nach § 30 Abs. 1 StGB erfordert nicht, dass die Art und Weise der Ausführung sowie Ort und Zeit des projektierten Verbrechens in den Ein-

zelheiten festgelegt sind. Jedoch muss dieses – aus der Sicht des Initiators – so weit konkretisiert sein, dass der präsumtive Haupttäter es „begehen könnte, wenn er wollte“.

**1071. BGH 4 StR 215/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Kaiserslautern)**

Unechtes Unterlassungsdelikt (Quasi-Kausalität).  
§ 13 Abs. 1 StGB

Bei dem unechten Unterlassungsdelikt ist die sog. Quasi-Kausalität erforderlich, wonach ein Unterlassen nur dann mit dem tatbestandsmäßigen Erfolg als „quasiursächlich“ in Zurechnungsverbindung gesetzt werden kann, wenn dieser beim Hinzudenken der gebotenen Handlung entfielen, wenn also die gebotene Handlung den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.

**1070. BGH 4 StR 190/17 – Beschluss vom 2. August 2017 (LG Baden-Baden)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen; verminderte Schuldfähigkeit (gerichtliche Nachforschungen zu altersbedingten psychischen Veränderungen).

§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Zwar besteht nach der Rechtsprechung nicht bei jedem Täter, der jenseits einer bestimmten Altersgrenze erstmals Sexualstraftaten begeht, Anlass, der Frage einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit oder gar einer Schuldunfähigkeit nachzugehen.

2. Jedoch sind die Prüfung dieser Frage und ihre Erörterung im Urteil jedenfalls dann veranlasst, wenn neben der erstmaligen Sexualdelinquenz in hohem Alter weitere Besonderheiten in der Person des Täters bestehen, die geeignet sind, auf die Möglichkeit einer durch Altersabbau bedingten Enthemmtheit hinzudeuten.

Rechtsprechung

**II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil**

**1083. BGH 4 StR 317/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Frankenthal)**

Schwere Körperverletzung (Abgrenzung der Tatbestandsvarianten: geistige Krankheit Siechtum, geistige Behinderung); Grundsätze der Strafzumessung (anlasslose Tat; Berücksichtigung psychischer Defekte).

§ 226 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB

1. Da der Tatbestand der schweren Körperverletzung allein die Folgen für das Tatopfer in den Blick nimmt, ist eine an medizinischen Kriterien orientierte Auslegung des Begriffs der geistigen Krankheit angezeigt, wonach

im Ausgangspunkt sämtliche krankheitswertige Schäden an der psychischen Gesundheit erfasst werden.

2. Dagegen widerspricht es dem Sinn und Zweck der Vorschrift, den Begriff der „geistigen Krankheit“ inhaltlich an dem enger gefassten Merkmal der krankhaften seelischen Störung im Sinne des § 20 StGB auszurichten, da hier allein die tatbezogene Schuldfähigkeit des Täters in Rede steht. Das organische Psychosyndrom – welches nach der ICD-10-Klassifikation als psychische Krankheit eingeordnet wird – ist als krankheitswertiger psychischer Schaden somit vom Tatbestand erfasst.

3. Aus dem Wortlaut der Vorschrift („verfallen“) und einem Vergleich zu den sonstigen Tatbestandsvarianten ergibt sich, dass die geistige Krankheit nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend sein darf.

4. Die Tatbestandsvariante des Siechtums ist zu verneinen, wenn nicht zu erwarten ist, dass sich das Krankheitsbild des Opfers verschlechtert, es nach wie vor zu eigenständiger Lebensführung in der Lage ist und seine allgemeine Erwerbsfähigkeit um weniger als 50 % gemindert ist.

5. Für die Annahme einer geistigen Behinderung ist nur Raum, wenn Störungen der Gehirntätigkeit nicht bereits als geistige Krankheit zu qualifizieren sind.

6. Dass das Opfer keinen Anlass zur Tat geboten hat, darf – als Fehlen eines Strafmilderungsgrundes – nicht strafschärfend berücksichtigt werden.

7. Tatmodalitäten und Tatmotive dürfen dann nicht uneingeschränkt strafschärfend berücksichtigt werden, wenn sie ihre Ursache in einem psychischen Defekt finden, der seinerseits die Tatschuld mindert.

**1087. BGH 4 StR 349/17 – Beschluss vom 30. August 2017 (LG Itzehoe)**

Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Schüsse auf ein Fahrzeug im Straßenverkehr; Versuch).  
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Eine Verurteilung wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr setzt bei Schüssen auf Fahrzeuge im Straßenverkehr voraus, dass die konkrete Gefahr für eines der in § 315b Abs. 1 StGB genannten Schutzobjekte jedenfalls auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte (Dynamik des Straßenverkehrs) zurückzuführen ist.

2. Daran fehlt es, wenn der Schaden ausschließlich auf der durch die Pistolenschüsse freigesetzten Dynamik der auftreffenden Projektile beruht. Um insoweit auch nur zu einer Verurteilung wegen Versuchs zu gelangen, hätte der Angeklagte in seine Vorstellung aufnehmen und billigen müssen, dass es infolge des Schusses zu einem Beinahe-Unfall kommen kann.

**1020. BGH 5 StR 268/17 – Urteil vom 6. September 2017 (LG Chemnitz)**

Irrtum und Vermögensschaden bei täuschungsbedingter Hingabe eines Darlehens als vermeintliche Kapitalanlage (Beweiswürdigung beim Irrtumsmerkmal; keine Schätzung einer Irrtumsquote in Fällen mit individueller Motivation zur Verfügung; „Schneeballsystem“; Anlagebetrug; Vermögensverhältnisse des Schuldners; Unsicherheit der Rückzahlung; Minderwert des Rückzahlungsanspruchs; voraussichtliche Zahlungsfähigkeit; wirtschaftliche Betrachtung).  
§ 263 StGB; § 261 StPO

1. In einfach gelagerten (potenziellen) Betrugsfällen standardisierter, auf massenhafte Erledigung ausgerichteter Abrechnungsverfahren kann das Tatgericht unter Umständen ausnahmsweise ohne Rechtsfehler eine Irr-

tumsquote schätzen, insbesondere wenn es um Kleinbeträge geht (vgl. hierzu BGH HRRS 2013 Nr. 387). In Fällen mit individueller Motivation zur Leistung ist hingegen grundsätzlich der Irrtum eines jeden Verfügenden konkret festzustellen.

2. Beim Anlagebetrug kann auf einen Irrtum immer schon dann geschlossen werden, wenn der Täter vorspiegelt, das Geld werde in einer Kapitalanlage angelegt, es aber – wie von vorneherein beabsichtigt – nur für eigene Zwecke oder die Aufrechterhaltung eines „Schneeballsystems“ verbraucht. In derartigen Fällen kann sich das Tatgericht rechtsfehlerfrei aus der Verneinung einiger Anleger oder aus den äußeren Umständen die Überzeugung verschaffen, alle Anleger hätten irrtumsbedingt ihre von vorneherein verlorene „Geldanlage“ getätigt.

3. Für die Feststellung eines Vermögensschadens bei täuschungsbedingter Hingabe eines Darlehens sind die Vermögensverhältnisse des Schuldners und dessen Rückzahlungswille entscheidend. Erreicht etwa zum Zeitpunkt der Darlehenshingabe die (voraussichtliche) Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu den Fälligkeitszeitpunkten einen Grad an Unsicherheit, der über das übliche, von den Beteiligten vorausgesetzte und auch in Kauf genommene Maß an Risiken hinausgeht, ist der Rückzahlungsanspruch minderwertig. Dieser Minderwert ist nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bestimmen.

**1019. BGH 5 StR 222/17 – Urteil vom 5. September 2017 (LG Cottbus)**

Vollendete Brandstiftung bei gemischt genutztem Gebäude (teilweise Zerstörung durch Brandlegung; Beeinträchtigung der Nutzbarkeit als Wohnung; Vorstellung eines verständigen Wohnungsinhabers; fehlende Nutzbarkeit für eine nicht unbeträchtliche Zeit; für Renovierungsarbeiten tatsächlich benötigte Zeit; erhebliche Verrußungen); Beweiswürdigung zum subjektiven Tatbestand bei der Brandstiftung (innere Tatsachen beim leugnenden Angeklagten; Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen; Gesamtwürdigung).  
§ 306 StGB; § 306a StGB; § 306b StGB; § 261 StPO

1. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH HRRS 2013 Nr. 470) liegt bei einem wie hier gemischt, d.h. teils wohnlich, teils gewerblich genutzten Gebäude eine vollendete Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Taterfolgsvariante der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung vor, wenn ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter, dem Wohnen dienender Teil eines einheitlichen Gebäudes durch die Brandlegung zum Wohnen nach den allgemein an die teilweise Zerstörung zu stellenden Anforderungen unbrauchbar geworden ist.

2. Eine teilweise Zerstörung in diesem Sinne ist anzunehmen, wenn infolge der brandbedingten Einwirkung das Tatobjekt einzelne von mehreren der auf das Wohnen gerichteten Zweckbestimmungen nicht mehr erfüllen kann, wobei hierzu insbesondere der Aufenthalt, die Nahrungsversorgung und das Schlafen zählen. Maßstab ist insofern die Vorstellung eines verständigen Wohnungsinhabers, wobei Unbrauchbarkeit zu Wohnzwecken erst anzunehmen ist, wenn eine Wohnung infolge des



Brandes für eine nicht unbeträchtliche Zeit nicht mehr zu diesem Zweck genutzt werden kann.

3. Ob die Zeitspanne der Nutzungseinschränkung oder -aufhebung für eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung ausreicht, ist objektiv, ebenfalls anhand des Maßstabs eines „verständigen Wohnungsinhabers“ zu beurteilen. Hierbei ist auf die Zeit abzustellen, die für die tatbedingt erforderlichen Renovierungsarbeiten tatsächlich benötigt wird.

4. Erhebliche Verrußungen können grundsätzlich genügen, um einen Täterfolg in Gestalt der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung anzunehmen. Dafür bedarf es aber durch die Verrußung selbst oder deren Beseitigung hervorgerufene Beeinträchtigungen der Nutzbarkeit der Wohnung in dem vorgenannten Sinn.

**1016. BGH 3 StR 412/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Köln)**

Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Sich-Unterweisen-Lassen; kommunikativer Akt; Unterrichtung in spezifischen Kenntnissen und Fähigkeiten; Begehung über das Internet; kein Unterweisungserfolg erforderlich; Unterweisungstätigkeit ausreichend).

§ 89a StGB

1. Die Tathandlungsalternative des Sich-Unterweisen-Lassens i.S.v. § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB ist spiegelbildlich zu derjenigen des Unterweisens auszulegen. Beide Begehungsvarianten erfordern einen kommunikativen Akt zwischen Unterweisendem und Unterwiesenem, der die Unterrichtung in spezifischen Kenntnissen und Fähigkeiten im Sinne des § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB zum Gegenstand hat. Der kommunikative Akt kann auch – wie hier – über ein Forum des Internets vorgenommen werden. Er muss darauf gerichtet sein, dass der Unterwiesene die Handlung, über die ihm Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt werden, nach Abschluss der Unterrichtung ausführen kann.

2. Die Tathandlungsalternativen des § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB setzen indes keinen Unterweisungserfolg in dem Sinne voraus, dass das Unterweisungsziel auch erreicht wird; vielmehr reicht eine bloße Unterweisungstätigkeit aus. Die Vorschrift verlangt nicht, dass der Unterwiesene im Anschluss an den kommunikativen Akt die Herstellung oder den Umgang mit den in § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB beschriebenen Mitteln oder die dort genannten Fertigkeiten selbständig beherrscht.

**1036. BGH 4 StR 116/17 – Beschluss vom 29. August 2017 (LG Aachen)**

Rücktritt vom Versuch (Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen: Voraussetzungen); falsche uneidliche Aussage (Strafmilderungsgrund der rechtzeitigen Berichtigung der falschen Angabe: Anwendbarkeit auf den Teilnehmer).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 2 StGB; § 153 Abs. 1 StGB; § 158 Abs. 1 StGB; § 26 Abs. 1 StGB

§ 158 Abs. 1 StGB ist über den Wortlaut der Vorschrift (Täter) hinaus auch zugunsten von Teilnehmern anwendbar.

**1090. BGH 4 StR 381/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Dessau-Roßlau)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Konkurrenz zum schweren sexuellen Missbrauch von Kindern).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 176a Abs. 1 StGB

1. Der Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern wird durch den Qualifikationstatbestand des vollendeten schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern verdrängt.

2. Tateinheit kann lediglich ausnahmsweise dann anzunehmen sein, wenn in der Verwirklichung des Grunddelikts ein gegenüber der Qualifikation selbständig zu berücksichtigender Unrechtsgehalt liegt, der den Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers vertieft hat.

**1015. BGH 3 StR 362/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Hildesheim)**

Teilweise Zerstörung eines Gebäudes durch Inbrandsetzen (für das ganze Objekt zwecknötiger Teil; Unbrauchbarkeit für einzelne Zweckbestimmungen; Deckenverkleidung als wesentlicher Gebäudebestandteil); sachlich-rechtlich fehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (konkrete Darlegungen zur Auswirkung einer festgestellten Störung – hier: hirnorganisch bedingte Minderbegehung – auf die Steuerungsfähigkeit; Impulsdurchbruch; belastende Situation; Vergleich des Verhaltens mit voll schuldfähigen Menschen).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 306 StGB; § 306a StGB

1. Ein Gebäude ist im Sinne des § 306a Abs. 1 StGB teilweise zerstört, wenn für eine nicht nur unerhebliche Zeit ein für das ganze Objekt zwecknötiger Teil oder dieses wenigstens für einzelne seiner wesentlichen Zweckbestimmungen unbrauchbar wird oder wenn einzelne seiner Bestandteile, die für einen selbständigen Gebrauch bestimmt oder eingerichtet sind, vernichtet werden. Wird ein Patientenzimmer durch ein Feuer in einem Klinikgebäude für 14 Wochen unbrauchbar, sind diese Voraussetzungen regelmäßig nicht erfüllt.

2. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei Begehung der Anlasstat auf Grund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung hierauf beruht. Dies macht eine konkrete Darlegung erforderlich, in welcher Weise sich die festgestellte Störung im Sinne der §§ 20, 21 StGB auf den Täter und seine Handlungsmöglichkeiten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit auswirkte.

**1004. BGH 3 StR 182/17 – Beschluss vom 26. Juli 2017 (LG Trier)**

Subjektiver Tatbestand des Diebstahls (Zueignungsabsicht bei der Wegnahme von anschließend wieder weggeworfenen Behältnissen ohne den erwarteten werthaltigen Inhalt); Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Sachverständigen – auch bzgl. der Erfolgsaussichten – bei Erwirkung einer Unterbringung.

§ 64 StGB; § 242 StGB § 246a StPO

1. Enthält ein Behältnis, das der Täter in seinen Gewahrsam bringt, nicht die vorgestellte werthaltige Beute, auf die es ihm bei der Tat allein ankommt, und entledigt er sich – nachdem er dies festgestellt hat – deswegen des Behältnisses sowie des ggf. darin befindlichen, ihm nutzlos erscheinenden Inhalts, so kann er mangels Zueignungsabsicht bezüglich der erlangten Beute nicht wegen eines vollendeten, sondern nur wegen versuchten (fehlgeschlagenen) Diebstahls bestraft werden.

2. Der Tatrichter ist grundsätzlich verpflichtet, einen Sachverständigen anzuhören, wenn nach den Umständen des Einzelfalls eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt in Betracht kommt und deshalb eine Anordnung dieser Maßregel konkret zu erwägen ist (§ 246a Satz 2 StPO). Diese muss sich auch auf die Behandlungsaussichten beziehen (§ 246a Abs. 1 StPO). Nur wenn der Tatrichter die Maßregelanordnung allein in Ausübung seines Ermessens nicht treffen will und diese Entscheidung von sachverständigen Feststellungen unabhängig ist, ist er von dieser Verpflichtung befreit.

**1060. BGH 2 StR 335/15 – Urteil vom 16. August 2017 (LG Marburg)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung; räuberische Erpressung (keine Abwendung vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff; wirtschaftlicher Wert von Betäubungsmitteln).

§ 261 StPO; § 253 Abs. 1; § 255 Abs. 1 und 2 StGB

1. Der Senat geht unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts von einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus. Daran hält der Senat nach Durchführung des Anfrageverfahrens fest.

2. Auf der Grundlage eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ergibt sich, dass derjenige, der einen Rauschgift Händler mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Herausgabe von Drogen nötigt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, sich der räuberischen Erpressung schuldig macht.

3. Betäubungsmittel besitzen bei wirtschaftlicher Betrachtung einen erheblichen Wert, der auch einen besonderen Anreiz dazu bietet, damit Handel zu treiben, obwohl nahezu jeder nicht von einer staatlichen Genehmigung getragene Umgang damit bei Strafandrohung verboten ist. Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen. Maßgeblich ist, ob dem Besitz ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt, was regelmäßig zu bejahen

ist, wenn mit dem Besitz wirtschaftlich messbare Gebrauchsvorteile verbunden sind.

**1040. BGH 4 StR 607/16 – Beschluss vom 8. Juni 2017 (LG Bochum)**

Erpresserischer Menschenraub (Absicht, die Sorge um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen: erforderlicher zeitlicher und funktionaler Zusammenhang zwischen Entführungslage und beabsichtigter Erpressung); räuberische Erpressung (finaler Zusammenhang zwischen Drohung vermögensschädigender Handlung).

§ 239a Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB

1. Eine Strafbarkeit wegen erpresserischen Menschenraubes gemäß § 239a Abs. 1 StGB erfordert im sog. Zweipersonenverhältnis in subjektiver Hinsicht neben dem Vorsatz des Täters bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale, dass er beim Entführen oder Sichbemächtigen des Opfers die Absicht hat, dessen Sorge um sein Wohl zu einer Erpressung auszunutzen.

2. Dies setzt voraus, dass sich nach der Vorstellung des Täters die Bemächtigungssituation in gewissem Umfang stabilisieren und neben den Nötigungsmitteln des § 253 StGB eigenständige Bedeutung für die Durchsetzung der erpresserischen Forderung erlangen wird (vgl. BGH NStZ 2007, 32 f.). Darüber hinaus muss aus der Sicht des Täters zwischen der Entführungs- oder Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung ein solcher funktionaler und zeitlicher Zusammenhang hergestellt werden, dass dem Opfer die erstrebte Vermögensverfügung noch während der Dauer der Zwangslage abgenötigt werden soll; der Tatbestand ist deshalb nicht erfüllt, wenn die dem Opfer abgepresste Handlung erst nach der Freilassung erfolgen soll (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 109 f.).

**1047. BGH 1 StR 389/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Nürnberg-Fürth)**

Konkurrenzen (Raub und räuberischer Diebstahl).

§ 249 StGB; § 252 StGB

Zwischen den Tatbeständen des Raubes und des räuberischen Diebstahls besteht zwar Gesetzeinheit in der Weise, dass der Raub grundsätzlich den räuberischen Diebstahl verdrängt. Anders ist es allerdings, wenn die Nötigungshandlung in der Beendigungsphase schwerer wiegt, weil erst nach der Vollendung der Wegnahme ein Qualifikationstatbestand verwirklicht wurde. In diesem Fall verdrängt der zur Sicherung der Beute aus dem vorhergehenden Raub begangene besonders schwere räuberische Diebstahl den Tatbestand des Raubes StGB.

## III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

### 1089. BGH GSSt 2/17 – Beschluss vom 12. Juni 2017

BGHSt; Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung des zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Urteil; Ruhen der Verjährung (kein Widerspruch zu Grundsätzen der Strafzumessung).

§ 46 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB

1. Dem zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil kommt im Rahmen der Strafzumessung bei Taten, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben, die gleiche Bedeutung zu wie bei anderen Straftaten. (BGHSt)

2. Die Strafe soll eine angemessene staatliche Reaktion auf die Begehung einer Straftat sein. Ihre Bemessung ist zugleich tatrichterlicher Wertungsakt und Rechtsanwendung auf einen bestimmten Strafzumessungssachverhalt unter vom Gesetzgeber formulierten Strafzumessungskriterien und Leitlinien; sie erfordert nach anerkannten Grundsätzen eine einzelfallorientierte Abwägung der strafzumessungsrelevanten Umstände. Grundlagen der Strafzumessung sind dabei die Schwere der Tat in ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung und der Grad der persönlichen Schuld des Täters. (Bearbeiter)

3. Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil gehört zu den Umständen, die nach diesen am Einzelfall orientierten Maßgaben Einfluss auf die Bemessung der Strafe gewinnen können. (Bearbeiter)

4. Das Gewicht, mit dem der zeitliche Abstand zwischen einer noch verfolgbaren Tat und dem Urteil in die Bemessung der Strafe einzustellen ist, hängt auch nicht von der Länge der Verjährungsfrist ab. Es wird ebenfalls nicht dadurch beeinflusst, dass die Tat gegebenenfalls länger verfolgbar ist, weil die Verjährung ruht oder unterbrochen ist. Insbesondere die Regelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB steht dem sich aus den Grundsätzen der Strafzumessung ergebenden Erfordernis, den Faktor Zeitablauf zwischen Tat und Urteil stets individuell zu betrachten und zu gewichten, nicht entgegen; sie führt nicht dazu, dass bei Straftaten, die den sexuellen Missbrauch von Kindern betreffen, dem Zeitablauf zwischen Tat und Urteil generell, d.h. losgelöst von den konkreten Einzelfallumständen, ein geringeres Gewicht zukommt als bei anderen Straftaten. (Bearbeiter)

5. Die Bedeutung des Strafzumessungsgesichtspunktes zeitlicher Abstand zwischen Tat und Urteil ist einzelfall- und nicht deliktgruppenabhängig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass neben anderen die wesentlichen Gründe, die den Gesetzgeber zur Schaffung und sukzessiven Erweite-

rung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB bewogen haben, nicht auch im Rahmen der Strafzumessung Bedeutung erlangen können. Insbesondere erlauben es die Grundsätze der Strafzumessung, in systemkonformer Weise die wesentlichen unrechtssteigernden Elemente zu erfassen, die auch im Rahmen des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB eine Rolle spielen. (Bearbeiter)

### 1001. BGH 3 StR 119/17 – Beschluss vom 25. Juli 2017 (LG Hildesheim)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (keine gesicherte Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit allein aufgrund eines psychiatrischen Krankheitsbildes; Auswirkung auf die Handlungsmöglichkeiten bei Begehung der Tat; Schuldunfähigkeit; verminderte Schuldfähigkeit).

§ 20 StGB; § 21 StGB; 63 StGB

Die Diagnose eines bestimmten Krankheitsbildes – hier einer paranoid-halluzinatorischen Schizophrenie oder einer psychotischen Störung durch psychotrope Substanzen – führt für sich genommen nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit. Es bedarf vielmehr einer konkretisierenden Darlegung, in welcher Weise sich das festgestellte Krankheitsbild bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation ausgewirkt haben soll.

### 1056. BGH 2 StR 257/17 – Beschluss vom 3. August 2017 (LG Aachen)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die Unterbringungsanordnung; ein die Unterbringung rechtfertigender Zustand).

§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf nur angeordnet werden, wenn u.a. zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei Begehung der Anlasstat aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung auf diesem Zustand beruht. Der Defektzustand muss, um die notwendige Gefährlichkeitsprognose tragen zu können, von längerer Dauer sein. Der Trichter hat die der Unterbringungsanordnung zugrundeliegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

2. Ein die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus rechtfertigender Zustand liegt im Fall einer Kombination aus Intelligenzminderung, Persönlichkeitsstörung und Alkoholkonsum regelmäßig erst vor, wenn

der Täter an einer krankhaften Alkoholsucht leidet, in krankhafter Weise alkoholüberempfindlich ist oder eine länger andauernde geistig-seelische Störung hat, bei der bereits geringer Alkoholkonsum oder andere alltägliche Ereignisse die erhebliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit auslösen können und dies getan haben.

**1006. BGH 3 StR 249/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Düsseldorf)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; keine oder nur geringfügige Straftaten trotz eines langjährigen psychischen Defekts); erhebliche Verminderung oder Fehlen von Einsichtsfähigkeit oder Steuerungsfähigkeit (alkoholinduzierte psychotische Störung; Auswirkungen auf das tatsächliche Fehlen der Unrechtseinsicht; Vorwerfbarkeit).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1. Nimmt das Tatgericht eine erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit des Täters an, so ist seine Schuld gleichwohl nicht gemindert und § 21 StGB nicht anwendbar, wenn er das Unrecht seines Tuns im Tatzeitpunkt dennoch einsah. Daher muss das Tatgericht prüfen, ob die Einschränkung der Einsichtsfähigkeit auch tatsächlich zum Fehlen der Unrechtseinsicht führte und dem Täter dies vorzuwerfen ist. Nur wenn beides zu bejahen ist, greift § 21 StGB. Eine aufgehobene oder erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit ist demgegenüber erst zu prüfen, wenn der Täter das Unrecht der Tat einsah oder zumindest einsehen konnte.

2. Im Rahmen der nach § 63 StGB erforderlichen Gefährlichkeitsprognose ist ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger erheblicher Straftaten, wenn ein Täter trotz bestehenden psychischen Defekts jahrelang keine oder nur geringfügige rechtswidrige Taten begangen hat.

3. Daraus, dass der Beschuldigte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht, dürfen im Rahmen der Prüfung nach § 63 StGB keine für ihn ungünstigen Schlüsse auf seine Gefährlichkeit gezogen werden.

**1055. BGH 2 StR 189/17 – Beschluss vom 3. August 2017 (LG Aachen)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zusammenhang zwischen Hang und Tat; Wiederholungsgefahr).  
§ 64 StGB

1. Hat der Täter den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, kommt die Anordnung der Maßregel selbst dann, wenn zur Tatzeit eine Berauschung vorlag, nur in Betracht, wenn die Tat auf seinen Hang zurückgeht. Dieser Zusammenhang liegt vor, wenn die Tat in dem Hang ihre Wurzel findet. Sie muss einen Symptomwert für den Hang des Täters zum Missbrauch von Rauschmitteln haben, indem sich gerade in ihr seine hangbedingte Gefährlichkeit äußert.

2. Die Maßregel erfordert auch, dass die Gefahr besteht, der Verurteilte werde infolge seines Hanges in Zukunft

erhebliche rechtswidrige Taten begehen. Das Gericht trifft dazu eine Prognoseentscheidung unter Gesamtwürdigung aller für und gegen die künftige Begehung von Straftaten infolge des Hanges des Angeklagten sprechenden Gründe.

**1010. BGH 3 StR 307/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Koblenz)**

Höchstdauer der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei gleichzeitig verhängter Freiheitsstrafe.  
§ 64 StGB; § 67 StGB; § 67d StGB

Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist nach nunmehr geltendem Recht, wenn – wie hier – daneben eine Freiheitsstrafe verhängt wird, nicht mehr von vornherein auf zwei Jahre beschränkt; die Höchstfrist der Unterbringung verlängert sich in diesen Fällen vielmehr nach Maßgabe des § 67d Abs. 1 S. 3 StGB um die Dauer des nach § 67 Abs. 4 StGB anrechenbaren Teils der Freiheitsstrafe. Durch den Verweis auf § 67d Abs. 1 S. 3 StGB sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt auch dann angeordnet werden kann, wenn ausnahmsweise eine notwendige Behandlungsdauer von mehr als zwei Jahren zu prognostizieren ist.

**1043. BGH 1 StR 269/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Mannheim)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorliegen eines Hanges).  
§ 64 StGB

1. Für einen Hang ist nach ständiger Rechtsprechung eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln im Sinne des § 64 StGB ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betreffende auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint.

2. Insoweit kann dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum bereits die Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betreffenden erheblich beeinträchtigt ist, zwar indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hanges zukommen. Wenngleich solche Beeinträchtigungen in der Regel mit übermäßigem Rauschmittelkonsum einhergehen werden, schließt deren Fehlen jedoch nicht notwendigerweise die Annahme eines Hanges aus.

**1058. BGH 2 StR 295/17 – Beschluss vom 16. August 2017 (LG Gießen)**

Tatmehrheit (Festsetzung der Tagessatzhöhe bei Einbeziehung in eine Gesamtfreiheitsstrafe); Eigene Entscheidung in der Sache (entsprechende Anwendung zur Festsetzung der Tagessatzhöhe).  
§ 53 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

1. Der Festsetzung der Höhe einzelner Tagessätze bedarf es auch dann, wenn die Einzelgeldstrafe gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 StGB in eine Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen wird.

2. Zwar kommt bei unterbliebener Festsetzung der Tagessatzhöhe regelmäßig eine Zurückverweisung der Sache zum Zwecke der Nachholung der Bestimmung der Tagessatzhöhe in Betracht. Allerdings kann das Revisionsgericht in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO in geeigneten Fällen auch selbst die Festsetzung vornehmen und die Tagessatzhöhe auf das gesetzliche Mindestmaß festsetzen.

**1091. BGH 4 StR 382/17 – Beschluss vom 26. September 2017 (LG Essen)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von Tatmodalitäten; Verantwortlichkeit eines vermindert schuldfähigen Täters).  
§ 46 Abs. 2 und 3 StGB

1. Tatmodalitäten dürfen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann strafscharfend zur Last gelegt werden, wenn sie vorwerfbar sind, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer von dem Täter nicht zu vertretenden geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt.

2. Zwar ist auch der im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert schuldfähige Täter für die von ihm begangene Tat in ihrer konkreten Ausgestaltung verantwortlich. Für eine strafscharfende Verwertung der Handlungsintensität bleibt jedoch nur Raum nach dem Maß seiner geminderten Schuld. Dieses Umstandes muss sich der Tatrichter erkennbar bewusst sein.

## Rechtsprechung

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**996. BGH 3 StR 52/17 – Beschluss vom 26. Juli 2017 (LG Duisburg)**

Kein Verfahrenshindernis bei Verstoß gegen insolvenzrechtliches Verwendungsverbot (Beweisverwendungsverbot; Fernwirkung; Geltendmachung mit Verfahrensrüge; Verfahrensfehler; Rechtsstaatsprinzip; Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege; Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur-Prinzip).  
§ 97 InsO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Ein Verstoß gegen das Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO hat kein Verfahrenshindernis zur Folge. Das gilt selbst dann, wenn das Verwendungsverbot – was der Senat hier nicht entscheiden muss – eine Fernwirkung hinsichtlich der Verwertung aller aufgrund von Auskünften des Schuldners nach § 97 Abs. 1 S. 1, S. 2 InsO gewonnener Erkenntnisse entfalten sollte. Auch dann bliebe es dabei, dass ein Verstoß mit der Verfahrensrüge geltend zu machen ist.

2. Ein Verfahrenshindernis nimmt die Rechtsprechung nur unter Umständen an, die es ausschließen, dass über einen Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf. Diese müssen in Ansehung der im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips zu beachtenden Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege so schwer wiegen, dass von ihrem (Nicht-)Vorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängt. Das ist bei Verfahrensfehlern in der Regel nicht der Fall. Aus dem Rechtsstaatsgedanken herzuleitende Verfahrenshindernisse stellen vielmehr eine seltene Ausnahme dar, weil das Rechtsstaatsgebot nicht nur die Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schützt.

**1038. BGH 4 StR 294/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Düsseldorf)**

Recht auf Zugang zu einem Gericht; Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (vermindertes Verschulden des Angeklagten wegen Intelligenzminderung; konventionskonforme Auslegung).  
Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 44 StPO; § 45 StPO

Eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand kann von Amts wegen geboten sein, wenn die persönlichen Umstände des Angeklagten, etwa wegen einer Intelligenzminderung, eine besondere Schutzbedürftigkeit begründen und das Ausmaß seines Verschuldens derart vermindern, dass die Versagung einer Wiedereinsetzung das Recht des Beschwerdeführers auf Zugang zu einem Gericht in seinem Kerngehalt beeinträchtigen würde.

**999. BGH 3 StR 90/17 – Beschluss vom 11. Juli 2017 (LG Hildesheim)**

Besorgnis der Befangenheit bei Selbstablehnung aufgrund enger persönlicher Beziehung zum Geschädigten (Maßgeblichkeit der objektiven Sicht eines verständigen Angeklagten; Willkür; gesetzlicher Richter; Überprüfung in der Revision); Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (eindeutigen Bewertung des psychischen Zustandes des Täters; Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit).  
§ 24 StPO; § 30 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 16 S. 2 GVG; § 20 StGB; § 63 StGB

1. Besteht eine enge Bindung zwischen einem Mitglied des zuständigen Spruchkörpers und dem Geschädigten (hier: einem Richter am selben Gericht), die auch in das Privatleben hineinreicht, begründet das regelmäßig die Besorgnis der Befangenheit nach § 24 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StPO. Rein dienstliche Beziehungen rechtfertigen hingegen für sich allein die Annahme von Befangenheit regelmäßig nicht.

2. Liegt kumulativ zum Bestehen einer engen persönlichen Bindung eine Selbstablehnung vor, in der die Richterin mitteilt, gegenüber dem Angeklagten nicht unbefangen zu sein, kommt regelmäßig eine nicht nur rechtsfehlerhafte, sondern willkürliche Entscheidung in Betracht, wenn die Selbstablehnung für unbegründet erklärt wird. In diesem Fall kann ausnahmsweise auch in einem Fall des § 30 StPO im Revisionsverfahren eine Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG begehrt werden.

3. Für die Befangenheit ist es grundsätzlich unerheblich, ob sich ein Richter für befangen hält, da es maßgeblich nicht auf dessen subjektive Sicht, sondern auf eine objektive Betrachtung der Sachlage ankommt. Teilt der Richter dem Angeklagten aber mit, dass er ihm gegenüber voreingenommen sei, bekundet er eine innere Einstellung zu dem Angeklagten, die diesem – jedenfalls wenn sie mit nachvollziehbaren objektiven Umständen begründet wird – bei verständiger Würdigung Grund zu der Annahme liefert, dass der betreffende Richter eine innere Haltung gegen seine Person eingenommen hat, die seine Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit störend beeinflusst.

4. Nach § 63 muss zweifelsfrei feststehen, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund eines psychischen Defektes schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung hierauf beruht. Im Zuge der hiernach notwendigen eindeutigen Bewertung des psychischen Zustandes des Täters muss geklärt werden, ob er (noch) die Fähigkeit besitzt, das Unrecht seines Tuns zu erkennen und lediglich nicht in der Lage ist, danach zu handeln, oder ob ihm bereits die Fähigkeit zur Einsicht in das Unerlaubte seiner Tat fehlt. Erst wenn sich ergeben hat, dass der Täter in der konkreten Tatsituation einsichtsfähig war, kann sich die Frage nach seiner Steuerungsfähigkeit stellen.

**1034. BGH 4 StR 19/17 – Beschluss vom 8. Juni 2017 (LG Bochum)**

Erpresserischer Menschenraub (Absicht, die Sorge um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen; erforderlicher zeitlicher und funktionaler Zusammenhang zwischen Entführungslage und beabsichtigter Erpressung); räuberische Erpressung (finaler Zusammenhang zwischen Drohung vermögensschädigender Handlung); mögliches übergesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht wegen Notstands (Erschöpfung aller anderen Möglichkeiten zum Schutz des Zeugen).

§ 239a Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 34 StGB

1. Der Senat hat Bedenken gegen ein auf den Rechtsgedanken des § 34 StGB gestütztes außergesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht. Allerdings bedarf es vorliegend keiner abschließenden Entscheidung, ob in begrenzten Ausnahmesituationen die Annahme eines solchen Zeugnisverweigerungsrechts in Betracht kommt. Denn jedenfalls müsste dazu feststehen, dass andere Maßnahmen zum Schutz des Zeugen – etwa nach § 58a StPO oder nach dem ZSHG – nicht ausreichend wären.

2. Eine Strafbarkeit wegen erpresserischen Menschenraubes gemäß § 239a Abs. 1 StGB erfordert im sog. Zweipersonenverhältnis in subjektiver Hinsicht neben dem Vorsatz des Täters bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale, dass er beim Entführen oder Sichbemächtigen des Opfers die Absicht hat, dessen Sorge um sein Wohl zu einer Erpressung auszunutzen.

3. Dies setzt voraus, dass sich nach der Vorstellung des Täters die Bemächtigungssituation in gewissem Umfang stabilisieren und neben den Nötigungsmitteln des § 253 StGB eigenständige Bedeutung für die Durchsetzung der erpresserischen Forderung erlangen wird (vgl. BGH NStZ 2007, 32 f.). Darüber hinaus muss aus der Sicht des Täters zwischen der Entführungs- oder Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung ein solcher funktionaler und zeitlicher Zusammenhang hergestellt werden, dass dem Opfer die erstrebte Vermögensverfügung noch während der Dauer der Zwangslage abgenötigt werden soll; der Tatbestand ist deshalb nicht erfüllt, wenn die dem Opfer abgepresste Handlung erst nach der Freilassung erfolgen soll (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 109 f.).

**1018. BGH 3 StR 549/16 – Urteil vom 10. August 2017 (LG Verden)**

Zulässigkeit einer Verweisung bei sich nachträglich herausstellender unzureichender Strafgewalt (bindende Verweisung an das Gericht höherer Ordnung; gesetzlicher Richter; objektive Willkür; sachfremde Erwägungen; besonderer Umfang des Falles; Bindung an die vormalige Straferwartung; Nova); Vermögensschaden beim Betrug (Kompensation durch Bürgschaften im Rahmen eines Finanzierungsleasings; Zeitpunkt für die Prüfung der Werthaltigkeit; Unmittelbarkeit der Kompensation; Dreiecksverhältnis).

§ 270 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 263 StGB

1. Hat ein Gericht eine Sache gemäß § 270 StPO an ein Gericht höherer Ordnung verwiesen, so ist die Prüfung des Revisionsgerichts auf die Frage beschränkt, ob das höherrangige Recht des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (Recht auf den gesetzlichen Richter) objektiv willkürlich verletzt ist. Bei Vorliegen von objektiver Willkür entfällt die grundsätzlich bestehende Bindungswirkung.

2. Willkür liegt vor, wenn die Entscheidung unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen; schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich. Allein die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes macht eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich. Dies ist erst dann der Fall, wenn die Rechtslage in krasser Weise verkannt wird. Davon kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn sich das Gericht mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt den gesetzlichen Richter auf diese Weise entzieht.

3. Bei unveränderter Sach- und Rechtslage bleibt das Gericht bei sich nachträglich herausstellender unzu-

reichender Strafgewalt zunächst an seine vormalige Straferwartung gebunden, weil anderenfalls die für die geordnete Verfahrensabwicklung notwendige Kontinuität der einmal begründeten Zuständigkeit ständig in Frage gestellt werden könnte. Hat sich allerdings seit dem Eröffnungsbeschluss die Sach- und Rechtslage nur in Bezug auf außerhalb der angeklagten Tat liegende Umstände, jedoch in für die Straferwartung entscheidungserheblicher Weise geändert, besteht für eine derartige Bindung unter dem Aspekt der willkürlichen Entziehung des gesetzlichen Richters grundsätzlich kein sachlicher Grund.

4. Die Berücksichtigungsfähigkeit einer selbstschuldnerischen Bürgschaft als schadensausschließende Kompensation im Rahmen der Vermögenssaldierung (§ 263 StGB) ist nicht davon abhängig, dass der Bürge einen entsprechenden Anteil seines Vermögens dauerhaft vorhält. Vielmehr ist hinsichtlich der Werthaltigkeit der Sicherheiten einzig auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung abzustellen.

5. Ein schadenshindernder kompensierender Vermögenszufluss, auch in Form werthaltiger Sicherheiten, liegt nur dann vor, wenn er unmittelbar aus der Vermögensverfügung resultiert. Bei einem Finanzierungsleasing ist das typische Dreiecksverhältnis mit zwei verschiedenen Leistungsbeziehungen insofern auch für die strafrechtliche Beurteilung maßgebend. Eine durch die Kaufpreiszahlung gegenüber einer beteiligten Gesellschaft bewirkte Vermögensminderung wird daher nicht ohne Weiteres unmittelbar durch eine gegenüber der anderen im Dreiecksverhältnis beteiligten Gesellschaft erworbene Sicherheit kompensiert.

6. Für den (Darlehens-)Gläubiger können Sicherheiten nur dann eine schadenshindernde Kompensation darstellen, wenn sie ohne finanziellen und zeitlichen Aufwand, namentlich ohne Mitwirkung des – betrügerisch handelnden – Schuldners, und ohne Gefährdung durch ihn sofort nach Fälligkeit realisiert werden können. Selbstschuldnerische Bürgschaften des dolos vorgehenden Angeklagten sind daher in der Regel keine taugliche Kompensation, zumal persönliche Sicherheiten ohnehin regelmäßig riskanter als dingliche Rechtspositionen sind.

**1068. BGH 4 StR 96/17 – Beschluss vom 3. August 2017 (LG Berlin)**

Absolute Revisionsgründe (Angriffsrichtung der Rüge bei mehreren Verfahrensmängeln).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 StPO

Kommen nach den vorgetragenen Tatsachen mehrere Verfahrensmängel in Betracht, ist vom Beschwerdeführer darzutun, welcher Verfahrensmangel geltend gemacht wird, um somit die Angriffsrichtung der Rüge deutlich zu machen.

**1033. BGH 2 StR 576/15 – Urteil vom 3. Mai 2017 (LG Darmstadt)**

Pflicht zur Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Begriff des Verständigungsgesprächs: erforderliche Konnexität von prozessuellem Verhalten und Verfahrensergebnis,

Mitteilungspflicht bei Gesprächen über Einstellungen nach §§ 153 StPO ff.; Zulässigkeitsanforderungen an die Revision: erforderlicher Revisionsvortrag); Protokollierung von Mitteilungen nach § 243 Abs. 4 StPO.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 273 Abs. 1a StPO

1. Gespräche, die auf eine Einstellung von Taten während laufender Hauptverhandlung nach § 154 Abs. 2 StPO hinzielen, lösen grundsätzlich keine Mitteilungspflicht gemäß § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO aus. An seiner gegenteiligen Rechtsauffassung (vgl. BGH NStZ 2016, 171) hält der Senat nicht mehr fest.

2. Eine Teileinstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO, eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a Abs. 2 StPO oder eine Einstellung nach den §§ 153, 153a StPO können grundsätzlich ohne Verletzung des Verbots der Verständigung über den Schuldspruch gemäß § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO Gegenstand einer förmlichen Verständigung sein (vgl. BVerfG NStZ 2016, 221). Erforderlich ist aber, dass die Teileinstellung, die Verfahrensbeschränkung oder Einstellungen nach den §§ 153, 153a StPO aus Gründen der Opportunität Teil verständigungsbezogener Gespräche sind und in einen Konnex zu Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten gebracht werden.

3. Hierfür reicht es im Zusammenhang mit § 154 Abs. 2 StPO etwa noch nicht, dass zwischen den Verfahrensbeteiligten Gespräche geführt werden, die allein auf die Möglichkeit einer Teileinstellung gerichtet sind. Erforderlich ist vielmehr, dass sich die Entscheidung nach § 154 Abs. 2 StPO durch das Gericht oder der darauf gerichtete Antrag der Staatsanwaltschaft als notwendige Voraussetzung für eine solche Entscheidung als „Gegenleistung“ für eine von einem anderen Verfahrensbeteiligten in Aussicht gestellte oder zugesagte Leistung darstellt.

4. Die Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 3 StPO greift ein, sobald bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung nahe liegt. Diese Mitteilung ist sodann gemäß § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO zu protokollieren (vgl. BVerfGE 133, 168, 215 ff.).

5. Für die Zulässigkeit künftiger Rügen nach § 243 Abs. 4 StPO im Zusammenhang mit Teileinstellungen nach § 154 Abs. 2 StPO weist der Senat darauf hin, dass nach dem oben genannten Maßstab das Rügevorgehen, es habe Gespräche zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft über eine Teileinstellung außerhalb der Hauptverhandlung gegeben, an denen die Verteidigung nicht beteiligt worden sei, nicht den Zulässigkeitsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entspricht. Erforderlich ist ein nicht ins Blaue hinein gemachter Vortrag, der die schlüssige Behauptung enthält, es habe ein Konnex zwischen der angefragten Mitwirkung bei der Teileinstellung und dem Verfahrensergebnis, etwa durch Zusage einer Strafe in einer bestimmten Höhe, gegeben.

**1042. BGH 1 StR 216/17 – Urteil vom 22. August 2017 (LG Weiden)**

Entfernung des Angeklagten bei Vernehmung von Mitangeklagten und Zeugen (Unterrichtungspflicht: vorrangige Erfüllung durch eine simultane Videoübertragung); sexueller Missbrauch von Kindern (Erheblichkeit einer sexualbezogenen Handlung); Urteilsgründe (Strafzumessungserwägungen des Instanzgerichts).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 176 StGB; § 238 Abs. 1 StPO; § 247 Satz 4 StPO; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Die Ablehnung der beantragten audiovisuellen Übertragung der Zeugenvernehmung in den Raum, in dem sich der Angeklagte während seines Ausschlusses aufhielt, kann sich im Einzelfall als ermessens- und deshalb rechtsfehlerhaft erweisen.
2. In welcher Weise der Vorsitzende im Fall des Ausschlusses während einer Zeugenvernehmung die gebotene Unterrichtung des Angeklagten vornimmt, wird durch das Gesetz nicht näher bestimmt. Es obliegt der Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden zu beurteilen, wie dies im konkreten Fall erfolgt. Hinsichtlich des Zeitpunkts der Unterrichtung schreibt das Gesetz jedenfalls vor, dass diese vor der Vornahme jeder weiteren Verfahrenshandlung zu erfolgen hat.
3. Über seine bisherige Rechtsprechung hinaus hält der Senat die Erfüllung der Unterrichtungspflicht durch eine simultane Videoübertragung der während des Ausschlusses erfolgenden Zeugenvernehmung im Grundsatz gegenüber der nachträglichen Unterrichtung über die wesentlichen Inhalte der Vernehmung und der sonstigen Verhandlung seitens des Vorsitzenden für vorrangig. Dieser grundsätzliche Vorrang ergibt sich aus einer teleologischen Auslegung unter Berücksichtigung des Rechts des Angeklagten auf effektive Verteidigung.
4. Bei der Ausübung seiner Sachleitungsbefugnis ist der Vorsitzende damit gehalten, seine Unterrichtungspflicht vorrangig durch die Ermöglichung einer Videoübertragung während der Dauer des Ausschlusses zu erfüllen. Rügt die Revision eine unzureichende Erfüllung dieser Pflicht, bedarf es dazu einer entsprechenden Beanstandung.
5. Durch die (rechtsfehlerfreie) Unterrichtung soll der Angeklagte in die Lage versetzt werden, den weiteren Gang der Verhandlung sofort zu beeinflussen und noch im Zusammenhang mit der von den anderen Prozessbeteiligten gehörten Zeugenaussage Stellung zu nehmen. Ein Beruhen der Entscheidung auf der rechtsfehlerhaften Ablehnung der Simultanübertragung wird nach Maßgabe dessen insbesondere dann auszuschließen sein, wenn keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass sich der Angeklagte bei zeitlich früher oder in anderer Form als geschehen erfolgter Unterrichtung wirksamer hätte verteidigen können.
6. Als erheblich sind solche sexualbezogenen Handlungen zu werten, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen lassen. Dazu bedarf es einer Gesamtbetrachtung aller

Umstände im Hinblick auf die Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut; unter diesem Gesichtspunkt belanglose Handlungen scheiden aus. Diese Maßstäbe für die Beurteilung der Erheblichkeit sind durch die Einführung von § 184i StGB nicht verändert worden. Vor allem ist daran festzuhalten, dass bei der Bewertung der Erheblichkeit im Rahmen von Sexualstraftatbeständen zum Nachteil von Kindern und Jugendlichen wegen deren besonderen Schutzwürdigkeit weniger strenge Anforderungen gestellt werden dürfen.

**1031. BGH 2 StR 327/17 – Beschluss vom 21. September 2017 (LG Gera)**

Eröffnungsbeschluss (Zuständigkeit der Strafkammer in ihrer Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung auch bei Nachholung der Eröffnungsentscheidung in der Hauptverhandlung); schwere räuberische Erpressung (Vermögensnachteil: Drogen als Vermögenstatbestand; Kennzeichnung der Qualifikation in der Urteilsformel).

§ 203 Abs. 1 StPO; § 76 Abs. 1 GVG; § 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

1. Für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist die Strafkammer in der Besetzung zuständig, die außerhalb der Hauptverhandlung zu entscheiden hat, also mit drei Berufsrichtern (§ 76 Abs. 1, 1. Halbs. GVG). Schöffen können am Eröffnungsbeschluss nicht mitwirken, da sie mangels Aktenkenntnis nicht das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts im Sinne von § 203 StPO beurteilen können. Auch dann, wenn eine zunächst unterbliebene Eröffnungsentscheidung erst in der Hauptverhandlung nachgeholt werden soll, muss die Strafkammer in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung entscheiden (st. Rspr.). Entscheidet sie in einer Besetzung, die für die Beurteilung der Voraussetzungen generell ungeeignet ist, liegt ein Verfahrensfehler vor. Der Eröffnungsbeschluss einer Strafkammer, der nur von zwei statt von drei Berufsrichtern unter Mitwirkung der Schöffen gefasst wurde, ist daher unwirksam.
2. Wer unter Einsatz einer Waffe einen anderen mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Herausgabe von Drogen nötigt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, macht sich der besonders schweren räuberischen Erpressung schuldig (vgl. BGH NStZ-RR 2017, 111, 112).
3. § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO verlangt dabei die Kennzeichnung der Qualifikation in der Urteilsformel, bei welcher der gegenüber § 250 Abs. 1 StGB erhöhte Unrechtsgehalt zum Ausdruck kommt (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 377).

**1026. BGH 5 StR 593/16 – Urteil vom 19. September 2017 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Annahme fehlender örtlicher Zuständigkeit (Einwand der örtlichen Unzuständigkeit; Prüfungsumfang; Zuständigkeit für vorliegenden Lebenssachverhalt; Eröffnungsbeschluss; abschließende Entscheidung; hinreichender Tatverdacht im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses; Reichweite der Entscheidung des Beschwerdegerichts im Zwischenverfahren).



§ 7 StPO; § 16 StPO; § 207 StPO; § 210 StPO

Auf den Einwand gemäß § 16 S. 2 StPO hin hat das Gericht ausschließlich zu prüfen, ob es für den ihm vorliegenden Lebenssachverhalt örtlich zuständig ist. Eine inhaltliche Prüfung dahin, ob hinreichender Tatverdacht für die seiner Kognitionspflicht unterliegende Tat oder Teile dieser Tat vorliegt, findet dagegen nicht statt. Denn insoweit liegt mit dem Eröffnungsbeschluss eine abschließende Entscheidung vor, die im Verfahren nach § 16 StPO nicht erneut zu beurteilen ist. Für die dort noch vorzunehmende Prüfung ist vielmehr allein maßgeblich, ob im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Bestehen eines die örtliche Zuständigkeit begründenden Gerichtsstands gegeben waren.

**1073. BGH 4 StR 233/17 – Beschluss vom 12. September 2017 (LG Essen)**

Revisionsbegründungsfrist (Fristbeginn: Zustellung bei mehrfacher Verteidigung).

§ 345 Abs. 1 StPO

1. Bei mehrfacher Verteidigung genügt grundsätzlich die förmliche Zustellung des Urteils an einen der Verteidiger; hierdurch beginnt für alle Verteidiger die Revisionsbegründungsfrist.

2. Wird das Urteil mehreren Empfangsberechtigten (förmlich) zugestellt, beginnt die Revisionsbegründungsfrist zwar grundsätzlich nicht vor dem Zeitpunkt, zu dem eine wirksame Zustellung an den letzten Zustellungsempfänger vollzogen.

3. Ist aber die Revisionsbegründungsfrist aufgrund der ersten Zustellung(en) bei einer der weiteren Zustellungen bereits abgelaufen, wird durch diese keine neue Frist in Gang gesetzt.

## Rechtsprechung

# V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**997. BGH 3 StR 57/17 – Urteil vom 27. Juli 2017 (OLG Frankfurt am Main)**

BGHSt; Strafbarkeit von Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten (Leichnam als nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person; Analogieverbot; Völkergewohnheitsrecht; außer Gefecht gesetzte Kämpfer; „hors combat“; entwürdigende oder erniedrigende Behandlung; Fotografieren mit aufgespießten Köpfen; schwerwiegender Verstoß; Gräueltat; Kriegsverbrechen; IGH-Statut; nichtinternationaler oder internationaler Konflikt); Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bei der Strafrahmenwahl.

§ 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB; Art. 20 GG; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Zur Strafbarkeit von Leichenschändungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB. (BGHSt)

2. Die nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB strafbewehrte schwerwiegende entwürdigende oder erniedrigende Behandlung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person erfasst auch Verstorbene; die Vorschrift dient insoweit dem Schutz der Totenehre bzw. der über den Tod hinaus fortwirkenden Würde des Menschen (vgl. bereits BGH HRRS 2016 Nr. 928). Die Strafbarkeit von Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten ist insoweit dem gesicherten Bestand des Völkergewohnheitsrechts zuzurechnen. (Bearbeiter)

3. Es stellt keinen Verstoß gegen das Analogieverbot dar, Verstorbene als nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende „Personen“ im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 9

VStGB anzusehen. Der Begriff „Person“ ist nach allgemeinem Sprachgebrauch im Wesentlichen gleichbedeutend mit „Mensch“. Er erfasst gleichermaßen lebende und tote Menschen; ob der betreffende Mensch lebendig oder tot ist, wird durch Beifügung des entsprechenden Adjektivs deutlich gemacht. (Bearbeiter)

4. Zu den nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Personen gehören in einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt unter anderem solche Personen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen und sich in der Gewalt der gegnerischen Partei befinden (vgl. § 8 Abs. 6 Nr. 2 VStGB). Dazu gehören u.a. feindliche Kämpfer, die „hors de combat“, das heißt außer Gefecht gesetzt, sind. (Bearbeiter)

5. Als „Behandeln“ im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB kommt jedes unmittelbar auf das Opfer bezogene Verhalten in Betracht. Eine physische Einwirkung ist nicht zwingend erforderlich. Ausreichend ist, dass sich das Verhalten unmittelbar auf die Person bezieht. Wer sich mit abgetrennten und auf Stangen aufgespießten Köpfen getöteter Personen fotografieren lässt, „behandelt“ diese daher im Sinne der erwähnten Norm. (Bearbeiter)

6. Nach der Intention des Gesetzgebers sollen durch die Formulierung „in schwerwiegender Weise“ in § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB insbesondere Beleidigungen von nur geringer Schwere vom Anwendungsbereich des Tatbestands ausgenommen werden. Dieses Merkmal bedarf indes im Hinblick auf den Verbrechenscharakter des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB und die damit verbundene Mindeststrafandro-

hung von einem Jahr Freiheitsstrafe vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gebots schuldangemessenen Strafens einer einschränkenden Auslegung. (Bearbeiter)

7. Als Kriegsverbrechen erfasst das IStGH-Statut nur solche entwürdigenden oder erniedrigenden Behandlungen, welche die Würde des Betroffenen in solchem Ausmaß verletzen, dass die betreffende Tat als Gräueltat anzusehen ist. Ausschlaggebend ist insoweit ein objektiver Maßstab, bei dem der kulturelle Hintergrund des jeweiligen Opfers zu berücksichtigen ist. Dementsprechend ist auch der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auf solche Taten zu beschränken, durch welche die Würde des Betroffenen in einem Ausmaß verletzt wird, dass sich die Tat aus der Sicht eines objektiven Beobachters unter Berücksichtigung des kulturellen Hintergrundes des Opfers als Gräueltat darstellt, wenn also das Verhalten des Täters grauenerregend bzw. grauenerregend erscheint. (Bearbeiter)

8. Bloße Beschimpfungen, Beleidigungen oder sonstige nicht mit physischer Einwirkung verbundene entwürdigende oder erniedrigende Behandlungen Verstorbener sind demgegenüber grundsätzlich nicht geeignet, als Gräueltat angesehen zu werden. Etwas anderes kann nur gelten, wenn ein derartiges Verhalten ausnahmsweise gleichermaßen grauenerregend bzw. grauenerregend erscheint wie eine durch körperliche Einwirkung begangene Gräueltat. So kann es sich verhalten, wenn der Angeklagte sich in einer Pose, die Überlegenheit und Gnadenlosigkeit vermittelt, in unmittelbarer Nähe zu abgetrennten, auf Metallstangen gespießten Köpfen von Soldaten fotografieren lässt, da dies an deren vorangegangene entwürdigende und erniedrigende Behandlung anknüpft. (Bearbeiter)

9. Unter einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt im Sinne des § 8 Abs. 1 VStGB sind Auseinandersetzungen zu verstehen, bei denen Streitkräfte innerhalb eines Staates gegen organisierte bewaffnete Gruppen oder solche Gruppen untereinander kämpfen, sofern die Kampfhandlungen von einer gewissen Dauer und Intensität sind. Die Erfordernisse einer gewissen Organisationsstruktur der betreffenden Gruppen sowie der Intensität und Dauer der bewaffneten Auseinandersetzungen stellen sicher, dass bloße innere Unruhen, Spannungen, Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten und andere ähnliche Handlungen nicht als bewaffnete Konflikte eingestuft werden. (Bearbeiter)

10. Es ist dem Gesetzgeber grundsätzlich unbenommen, Art und Mindestmaß der Strafe zu bestimmen, die er für die Begehung einer Straftat androht. Die Festlegung eines Strafrahmens beruht auf einem nur in Grenzen rational begründbaren Akt gesetzgeberischer Wertung. Ein Verstoß gesetzlicher Strafdrohungen gegen den Schuldgrundsatz und das Übermaßverbot kommt deshalb nur in Betracht, wenn die gesetzliche Regelung – gemessen an der Idee der Gerechtigkeit – zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führt. (Bearbeiter)

Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (Wesen des Glücksspiels; nicht unbeträchtlicher Einsatz eines Vermögenswertes); Steuerhinterziehung (Schätzung von Besteuerungsgrundlagen: Anforderungen an die Zuschätzungen und deren Darstellung); Grundsätze der Strafzumessung (Zusammentreffen von Freiheitsstrafe und Einzelgeldstrafen).

§ 46 StGB; § 284 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO

1. Das Wesen eines Glücksspiels besteht nach allgemeiner Auffassung darin, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust nach den Vertragsbedingungen nicht wesentlich von den Fähigkeiten, den Kenntnissen und der Aufmerksamkeit der Spieler abhängt, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall.

2. Um Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB annehmen zu können, bedarf es eines nicht unerheblichen Einsatzes eines Vermögenswertes. Einsatz ist jede Vermögensleistung, die in der Hoffnung auf Gewinn und mit dem Risiko des Verlustes an den Gegenspieler oder Veranstalter erbracht wird, wobei es sich wegen der notwendigen Abgrenzung zum bloßen Unterhaltungsspiel um einen Einsatz handeln muss, der nicht ganz unbeträchtlich ist.

3. Ob ein Einsatz als nicht ganz unbeträchtlich einzuordnen ist, bestimmt sich jedenfalls bei jedermann offenstehenden Glücksspielen nach den gesellschaftlichen Anschauungen. Dabei kann das Kriterium des erforderlichen Aufwands für eine anderweitige unterhaltende Veranstaltung zur Orientierung herangezogen werden. Danach dürfte derzeit ein möglicher Verlust von mehr als 10 € in der Stunde auf ein Glücksspiel hindeuten.

4. Im Steuerstrafverfahren ist die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen zulässig, wenn feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, die tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen aber ungewiss sind. Die Darstellung der gewählten Schätzungsmethode ist jedoch rechtsfehlerhaft, wenn sich eine einheitliche Verfahrensweise der Aufstellung der errechneten Verkürzungsbeträge nicht entnehmen lässt und die Aufstellung auch nicht durchgängig ermöglicht, dass für jede Steuerart und jeden Steuerabschnitt gesondert die Berechnung der verkürzten Steuern im Einzelnen nachvollzogen werden kann.

5. Ob beim Zusammentreffen einer Freiheitsstrafe mit Einzelgeldstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet wird oder eine Geldstrafe oder Gesamtgeldstrafe selbstständig neben der Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Dabei hat es unter Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungserwägungen zu prüfen, ob eher eine längere Gesamtfreiheitsstrafe oder eine kürzere Freiheitsstrafe neben einer Geldstrafe den Strafzwecken entspricht. Die Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe bildet die Ausnahme; sie bedarf daher – anders als der Regelfall der Gesamtstrafenbildung – regelmäßig besonderer Begründung.

**1049. BGH 1 StR 519/16 – Urteil vom 8. August 2017 (LG Chemnitz)**

**1017. BGH 3 StR 490/16 – Urteil vom 27. Juli 2017 (LG Koblenz)**

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht; Nachteil; gegenseitige Verträge; Unkenntnis des Vermögensinhabers von der Verfügbarkeit der Gegenleistung; Kompensation; objektive Betrachtung; individueller Schadenserschlag; Abgrenzung zu „schwarzen Kassen“); Deliktsserie bei Korruptionsdelikten (allgemeine Willensübereinkunft zur fortgesetzten Deliktsbegehung; Verantwortlichkeit für einen Geschäftsbetrieb; konkrete Beteiligung am Einzeldelikt; Konkurrenzen; Tateinheit; Tatmehrheit; natürliche Handlungseinheit; Gewerbsmäßigkeit bei Vorteilsnehmer oder Vorteilsgeber; mittelbare Gewinnerzielung über Gesellschaftsbeteiligung; vorteilsbegünstigter Dritter); Strafzumessung (minder schwerer Fall; Gesamtwürdigung aller strafzumessungserheblichen Umstände; bestimmendes Gewicht einzelner Umstände).

§ 25 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 266 StGB; § 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; § 335 StGB

1. Im Rahmen des § 266 StGB wird eine den Vermögensnachteil hindernde Kompensation bei gegenseitigen Verträgen nicht ohne Weiteres dadurch ausgeschlossen, dass der Vermögensinhaber keine Kenntnis von der Existenz und Verwendbarkeit einer erlangten Gegenleistung hat. Ein tatsächlicher Vermögenszuwachs verliert nicht allein deshalb seine kompensierende Wirkung, weil er dem Vermögensinhaber bis zur Aufdeckung der Tat nicht bekannt war. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich der Vermögensinhaber die Kenntnis, etwa durch eine Inventur, verschaffen könnte. Mit der Verbringung von Geld in sog. „schwarze Kassen“ ist diese Konstellation nicht ohne Weiteres vergleichbar.

2. Verabreden sich Mehrere, auf eine bestimmte Weise fortgesetzt eine Vielzahl von Straftaten zu begehen, so hat dies nicht zur Folge, dass alle auf Grund der allgemeinen Willensübereinkunft ausgeführten Taten der Serie den an der Abrede Beteiligten als gemeinschaftlich begangen im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen wären. Vielmehr ist gesondert für jeden von ihnen und jede einschlägige Tat zu beurteilen, inwieweit der Einzelne hieran als (Mit-)Täter, Anstifter oder Gehilfe mitgewirkt oder ob er hierzu gegebenenfalls überhaupt keinen tatfördernden Beitrag geleistet hat.

3. Die unter 2. genannten Grundsätze, die für die Zurechnung von auf Grund einer Bandenabrede ausgeführten Taten an die Bandenmitglieder entwickelt wurden und inzwischen gefestigte Rechtsprechung sind (vgl. etwa BGH HRRS 2013 Nr. 442), sind ohne weiteres auf andere Formen einer allgemeinen Willensübereinkunft zur fortgesetzten Deliktsbegehung zu übertragen. Die (Mit-)Verantwortlichkeit für einen Geschäftsbetrieb, dessen sich die Handelnden abdegemäß für die Ausführung der einzelnen Taten bedienen, vermag für sich gesehen eine individuelle Beteiligung an dem Einzeldelikt nicht zu begründen.

4. Erfüllt ein Mittäter hinsichtlich aller oder einzelner Taten einer Deliktsserie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für sämtliche oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten, soweit

nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt, als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Erbringt dagegen ein Mittäter oder Gehilfe im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeldelikte der Mit- bzw. Haupttäter gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm diese insoweit als Tateinheitlich begangen zuzurechnen, weil sie in seiner Person durch den jeweiligen einheitlichen Beitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die (Mit-)Täter die einzelnen ihnen zurechenbaren Delikte tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang.

5. Gewerbsmäßig handelt, wer die Absicht hat, sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle zu verschaffen. Dass der Täter tatbedingt tatsächlich Einnahmen erzielt, ist indes nicht erforderlich. Bei Korruptionsdelikten kann gewerbsmäßig nicht nur der Vorteilsannehmende handeln, der sich aus den Bestechlichkeitstaten eine Einnahmequelle erschließen will, sondern auch der Gewährende, bei dem sich aus den Bestechungstaten nur mittelbar Einnahmen infolge der pflichtwidrigen Diensthandlungen ergeben können. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Vorteile dem Täter direkt zufließen sollen; insbesondere reicht es aus, wenn er beabsichtigt, von ihnen über eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu profitieren.

#### **1050. BGH 1 StR 573/16 – Beschluss vom 10. August 2017 (LG Stade)**

Betrug (Vermögensschaden: Schadensberechnung bei Hingabe eines Darlehens); Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Verstoß gegen eine insolvenzrechtlich begründete Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO

1. Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwertes seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswertes unmittelbar vor und nach der Verfügung.

2. Ob und in welchem Umfang die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist daher durch einen für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellenden Wertvergleich mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs wird dabei durch die Bonität des Schuldners und den Wert der bestellten Sicherheiten bestimmt. Ein Schaden entsteht nur, wenn die vorgespiegelte Rückzahlungsmöglichkeit nicht besteht und auch gegebene Sicherheiten wertlos oder minderwertig sind. Auch bei einer eingeschränkten oder fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners entsteht demnach insoweit kein Schaden, wenn und soweit der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und – ohne dass der Schuldner dies vereiteln könnte – mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind. Ein Minderwert des Rückzahlungsanspruchs, etwa infolge einer Täuschung über die

Bonität, kann mithin durch den Wert hinreichend werthaltiger und liquider Sicherheiten kompensiert werden.

3. Der Verstoß gegen eine insolvenzrechtlich begründete Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht erfüllt nicht ohne weiteres den Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO. Tatbestandsmäßig ist nur pflichtwidriges Unterlassen gegenüber den Finanzbehörden. Nach ständiger Rechtsprechung kann Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen nur derjenige sein, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist und nicht derjenige, der nur „bewirkt, dass die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis gelassen werden“.

**1028. BGH 1 StR 306/16 – Beschluss vom 16. Mai 2017 (LG München I)**

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Ermittlung des Werts von Aktien); unrichtige Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft (Begriff der Unrichtigkeit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 331 Nr. 1 HGB

1. Wurde der Getäuschte bei § 263 Abs. 1 StGB zur Ausübung der Option zur Zeichnung von Aktien veranlasst, sind bei der für die Schadensbestimmung erforderlichen Gesamtsaldierung der Wert (Marktwert) der (vermeintlich) erworbenen Aktien und der hierfür entrichtete Kaufpreis miteinander zu vergleichen. Für die erworbenen Aktien ist zunächst ein Verkehrs- oder Marktwert ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen zu ermitteln (vgl. BGH NJW 2016, 3543). Dabei wird der vereinbarte Kaufpreis der Aktien als Anhaltspunkt für den maßgeblichen Marktwert zu berücksichtigen sein. Ein wichtiges Indiz dafür, dass der Kaufpreis dem Marktwert entsprach, wäre der Umstand, dass die vermeintlich erworbenen Aktien auch anderen Anlegern am Markt für denselben Stückpreis angeboten und verkauft wurden (vgl. BGHSt 61, 149). Bei einer Bewertung des Vermögensschadens anhand des vereinbarten Stückpreises muss im Blick behalten werden, dass der Erwerb von Aktien auch immer das zukünftige Gewinnerwartungspotential eines Unternehmens zum Ausdruck bringt und diese Erwartung gerade nicht den gegenwärtigen wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung widerspiegelt. Insofern wäre der Kaufpreis der Aktie jedenfalls um derartige Erwartungen zu bereinigen (vgl. NStZ-RR 2015, 374).

2. Die unrichtige Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft beschränkt sich nicht auf unwahre Angaben. Unrichtig können nicht nur Aussagen über Tatsachen, sondern auch – evtl. auf zutreffenden Tatsachen beruhende – Schlussfolgerungen, wie Bewertungen, Schätzungen und Prognosen sein.

**1041. BGH 1 StR 180/17 – Beschluss vom 26. Juli 2017 (LG Frankfurt am Main)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Beendigung).

§ 266a Abs. 1 und 2 StGB

Taten nach § 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB sind erst beendet, wenn die Beitragspflicht erloschen ist, sei es durch Beitragsentrichtung oder Wegfall des Beitragsschuldners.

**998. BGH 3 StR 69/17 – Urteil vom 4. Mai 2017 (LG Hannover)**

Strafbare Teilnahme an der unerlaubten Einreise trotz etwaiger Straflosigkeit des Einreisenden (Vorrang des Rückführungsverfahrens; persönlicher Strafaufhebungsgrund; Prozesshindernis): Flüchtlingsschutz trotz Durchreise durch einen europäischen Drittstaat; Beweiswürdigung; Strafzumessung.

§ 261 StPO; § 46 StGB; § 95 AufenthG; Art. 31 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention

1. Eine Strafbarkeit wegen Teilnahme an der unerlaubten Einreise eines Ausländers scheitert nicht an einer etwaigen Straflosigkeit des Einreisenden, sofern diese aus dem Vorrang des Rückführungsverfahrens folgt, der von der sogenannten „Rückführungsrichtlinie“ in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof angeordnet wird (vgl. bereits zu § 96 AufenthG BGH HRRS 2017 Nr. 421). Dabei muss der Senat nicht entscheiden, in welchen Fallkonstellationen und unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen die Regelungen der Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung von Drittstaatsangehörigen entgegenstehen.

2. Eine etwaige Straflosigkeit des unerlaubt Einreisenden wirkt sich jedenfalls deshalb nicht auf die Strafbarkeit des Teilnehmers aus, weil es auch mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH und die darin angestellten Erwägungen, die sich auf einer praktischen Ebene bewegen, nicht geboten ist, den Vorrang des Rückführungsverfahrens dadurch zu erreichen, dass schon die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des illegalen Aufenthalts verneint werden. Vielmehr kann aus diesem Vorrang allenfalls die persönliche Straflosigkeit der illegal Aufhältigen bzw. Eingereisten oder ein diesbezügliches (partielles) Bestrafungsverbot hergeleitet werden, was etwa durch die Annahme eines persönlichen Strafaufhebungsgrundes oder eines Prozesshindernisses realisiert werden kann.

**1079. BGH 4 StR 298/17 – Beschluss vom 12. September 2017 (LG Bochum)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen).

§ 29a Abs. 1 BtMG

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwirklicht der gleichzeitige Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal.

2. Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das täterschaftlich begangene unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zurück, während zwischen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Besitz Tateinheit besteht.

3. Besitzt der Täter Betäubungsmittel teils zur gewinnbringenden Weiterveräußerung und teils zu anderen Zwecken, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmengemenge im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf. Für die anderen Zwecken dienende Menge verbleibt es dagegen bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln.

Zwischen dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmengen besteht Tateinheit.

4. Mangels Wertgleichheit hat der Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht die Kraft, selbständige, die Voraussetzungen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden. Demgegenüber werden an sich selbständige Taten der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch einen einheitlichen Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer materiellrechtlichen Tat verklammert.

**1014. BGH 3 StR 331/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Koblenz)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beisichführen; jederzeitige Gebrauchsbereitschaft; Zugriffsmöglichkeit ohne Zeitaufwand; mehrere Einzelakte; gleichzeitiger Zugriff auf Betäubungsmittel und Waffe); keine Begehung während laufender Bewahrung bei lediglich noch ausstehendem Beschluss über Straferlass; rechtsfehlerhafte Berechnung des Vorwegvollzugs.

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 56a StGB; § 56g StGB; § 67 StGB

1. Bewaffnetes Handeltreiben im Sinne von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt voraus, dass der Täter die Schusswaffe (oder den sonstigen Gegenstand) bei der Tat mit sich führt, sie also bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann. Das

ist der Fall, wenn dem Täter die Waffe in Griffnähe oder zumindest so zur Verfügung steht, dass ihm der Zugriff hierauf ohne nennenswerten Zeitaufwand möglich ist.

2. Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist. Jedoch erfordert § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG für diesen Fall, dass der Täter zugleich Betäubungsmittel und Waffe in der Weise verfügbare hält, dass er beim Umgang mit dem Betäubungsmittel jedenfalls ohne nennenswerten Zeitaufwand auf die Waffe zugreifen kann; es genügt insoweit, dass der Täter sowohl die Waffe als auch das Betäubungsmittel dergestalt in der Verwahrung hält, dass ihm der gleichzeitige Zugriff hierauf möglich wäre.

**1030. BGH 2 StR 280/17 – Urteil vom 6. September 2017 (LG Erfurt)**

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung des sonstigen Gegenstands zur Verletzung von Personen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt voraus, dass der Täter den bei der Tat mit sich geführten Gegenstand, wenn es sich bei diesem nicht um eine Schusswaffe handelt, zur Verletzung von Personen bestimmt hat. Um dieses Qualifikationsmerkmal zu verwirklichen, bedarf es einer darauf gerichteten Zweckbestimmung des Täters. Eine solche Zweckbestimmung muss grundsätzlich vom Tatrichter näher festgestellt und begründet werden.

Aufsätze und Anmerkungen

## Die Legende von der Gefahrenabwehr

Besprechung von BGH 2 StR 247/16 – 26. April 2017 (= HRRS 2017 Nr. 784)

Von Prof. Dr. Anna H. Albrecht, Universität Potsdam

### I. Einführung

Die für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehene Entscheidung befasst sich mit drei Ausprägungen der ganz grundlegenden Frage, inwieweit die Strafverfolgungsbehörden Art und Umfang ihrer strafrechtlichen Ermittlungen gegenüber dem Beschuldigten verschweigen dürfen, um ein aufwendig aufgebautes System heimlicher Ermittlungsmaßnahmen auch weiterhin geheim halten zu können. Ausgangspunkt ist die

Durchführung einer in der Strafverfolgungspraxis mittlerweile üblichen sog. legendierten Kontrolle,<sup>1</sup> also einer Durchsuchung, die zwar durch ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren veranlasst, aber auf der Grundlage einer außerstrafprozessualen Ermächtigungsgrundlage

<sup>1</sup> S. dazu etwa Huth/Proyer Der Kriminalist 11/2012, 10; Müller/Römer NStZ 2012, 543 ff.; Nowroussian, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren (2015), S. 19; Tönsgelermann AW-Prax 2012, 168.

<sup>1</sup> Huth/Proyer Der Kriminalist 11/2012, 10; Nowroussian Kriminalistik 2012, 174.

durchgeführt wurde, um dem Beschuldigten die gegen ihn oder – im vorliegenden Fall – gegen einen Mitbeschuldigten laufenden Ermittlungen weiterhin zu verbergen (dazu III.1.). Um diesem Geheimhaltungsbedürfnis auch im Weiteren zu genügen, wurden sowohl bei der Eröffnung des Tatvorwurfs in der anschließenden Beschuldigtenvernehmung (dazu III.2.) als auch zunächst in der Ermittlungsakte (dazu III.3) sämtliche Hinweise auf das im Hintergrund laufende Ermittlungsverfahren unterlassen und nur die Erkenntnisse aus der legendierten Kontrolle dem Beschuldigten offengelegt. Dass mit einem solchen Vorgehen der Effektivität der Strafverfolgung erheblich gedient ist, ist offensichtlich; ob diese dadurch – wie in der Literatur überwiegend angenommen –<sup>2</sup> ein unzulässiges Übergewicht gegenüber den Schutzinteressen des Beschuldigten erlangt, soll im Folgenden in Auseinandersetzung mit der Entscheidung des 2. Strafsenats untersucht werden.<sup>3</sup>

## II. Sachverhalt<sup>4</sup>

Aufgrund der Angaben einer Vertrauensperson ermittelte die Staatsanwaltschaft Frankfurt gegen den Beschuldigten sowie den gesondert verfolgten B. wegen des Handels mit Betäubungsmitteln und setzte dazu in erheblichem Maße geheime Ermittlungsmaßnahmen ein. Mittels Telekommunikationsüberwachung, eines aufgrund eines ermittlungsrichterlichen Beschlusses angebrachten Peilsenders am Pkw des Beschuldigten und Observation gelang es der Frankfurter Kriminalpolizei, eine Kurierfahrt des Beschuldigten auszumachen, mit der dieser im Auftrag des B. Betäubungsmittel aus den Niederlanden nach Deutschland einführen sollte. Die Beamten sahen sich nach den Feststellungen nun in einem Dilemma: Einerseits wollten sie eine Verbreitung der Betäubungsmittel verhindern und Beweise sichern, andererseits B. nicht ihre heimlichen Ermittlungen offenbaren und ihn dadurch von einer Wiedereinreise aus dem Ausland abhalten. Daher zogen sie Beamte der Verkehrspolizei Wiesbaden und einen Diensthundeführer dazu heran, bei dem Beschuldigten eine legendierte Kontrolle durchzuführen. Sie teilten der Verkehrspolizei eine Beschreibung des Beschuldigtenfahrzeugs und sein Kennzeichen mit sowie die Vermutung, dass in dem Pkw Betäubungsmittel professionell verbaut seien. „Es solle versucht werden, das Fahrzeug anzuhalten. Falls sich für eine Kontrolle ein Vorwand fände, wäre das ‚schön‘. Sofern der Fahrer

flüchten würde, sollte er jedoch nicht verfolgt werden.“<sup>5</sup> Ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss wurde nicht für erforderlich erachtet und daher auch nicht eingeholt.

Das Observationsteam half der Verkehrspolizei, sich dem Pkw des Beschuldigten zu nähern. Diese nahm eine Geschwindigkeitsüberschreitung zum Vorwand, diesen anzuhalten. Nachdem er die Frage, ob er verbotene Gegenstände bei sich führe, verneinte, wurde sein Fahrzeug mit weiteren, hinzugekommenen Polizeibeamten einschließlich des Diensthundeführers mit einem Betäubungsmittelspürhund durchsucht. Die Beamten fanden in einem Versteck neun Pakete Kokain mit einem Gewicht von insgesamt knapp 8 kg. Nach einer Belehrung als Beschuldigter, deren Inhalt im Urteil nicht mitgeteilt wird,<sup>6</sup> nahmen die Polizeibeamten den Beschuldigten vorläufig fest. In dem anschließend gefertigten Bericht ließen die Beamten der Verkehrspolizei Wiesbaden die Ermittlungen der Frankfurter Kriminalpolizei unerwähnt und hielten dadurch den Eindruck der zufälligen Verkehrskontrolle aufrecht.

Der Beschuldigte wurde anschließend von einem Polizeibeamten der Polizeidirektion Limburg vernommen und in diesem Rahmen erneut als Beschuldigter belehrt. Dabei erwähnte der Vernehmungsbeamte das durch die Frankfurter Behörden geführte Ermittlungsverfahren nicht. Auch eröffnete er dem Beschuldigten nur den Tatvorwurf des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, wohl aber nicht den der Einfuhr einer nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln.<sup>7</sup> Ob ihm diese Informationen überhaupt bekannt waren, ist offen.<sup>8</sup> Der Beschuldigte beantwortete lediglich die Frage nach der Menge des sichergestellten Betäubungsmittels, gab diese mit 6,5 kg zu niedrig an und zuckte auf Vorhalt der tatsächlichen Menge von 8 kg mit den Schultern; im Übrigen schwieg er sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Hauptverhandlung. Zwei Monate nach dem Erlass eines Haftbefehls gegen den Beschuldigten sowie einen Tag nach der Festnahme des B. wurde der Hintergrund der Durchsuchung des Pkw in der Ermittlungsakte dokumentiert und mit deren Übersendung zur Kenntnis der verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft gebracht.

Der Beschuldigte wurde wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge gem. §§ 29a Abs. 1 Nr. 2, 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, § 52 StGB verurteilt.

<sup>2</sup> Kritisch etwa *Hauschild*, in: Münchener Kommentar zur StPO Bd. 1 (2014), § 108 Rn. 7; *Gubitz* NStZ 2016, 128 ff.; *Köbel*, in: Münchener Kommentar zur StPO Bd. 2 (2016), § 163 Rn. 28; *Mosbacher* JuS 2016, 706 ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, 60. Auf. (2017), § 105 Rn. 1a f.; *Müller/Römer* NStZ 2012, 543; die Zulässigkeit befürwortend demgegenüber *Huth/Proyer* Der Kriminalist 11/2012, 10 ff.; *Nouwroussian* a.a.O. (Fn. 1); *ders.* Kriminalistik 2011, 370 ff.; *ders.* Kriminalistik 2012, 174 ff.; *ders.* Kriminalistik 2013, 105 ff.; *ders.* NStZ 2015, 625 ff.; *Tönsgerlemann* AW-Prax 2012, 168 ff.; *neutral Klötzer-Assion* ZWH 2017, 160 f.

<sup>3</sup> Ausgespart bleibt daher die Frage, inwieweit die erstinstanzliche Entscheidung auf etwaigen Verfahrensfehlern beruht.

<sup>4</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 3 ff. = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>5</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 7 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>6</sup> Allerdings kann angesichts der Zielsetzung und üblichen Praxis legendierter Kontrollen (s. etwa *Tönsgerlemann* AW-Prax 2012, 168, 170) davon ausgegangen werden, dass der Gegenstand der Belehrung über denjenigen bei der Beschuldigtenvernehmung jedenfalls nicht hinausging.

<sup>7</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 10, 49 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>8</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 49 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

### III. Die Entscheidung des 2. Strafsenats und ihre Bewertung

#### 1. Zur legendierten Kontrolle

Der 2. Strafsenat nimmt diesen Sachverhalt erstmals zum Anlass, sich grundsätzlich mit der Zulässigkeit legendierter Kontrollen auseinanderzusetzen. 2010 hatte der 4. Strafsenat<sup>9</sup> diese Frage zu einem ähnlich gelagerten Fall noch ausgespart und lediglich in einem obiter dictum Bedenken angebracht, ob die Legendierung einer Durchsuchung durch das Vortäuschen eines Zufallsfunds in mehreren Vernehmungen des Beschuldigten sowie der Ermittlungsakte mit dem allgemeinen Fairnessprinzip vereinbar sei. Im folgenden Jahr äußerte der 5. Strafsenat<sup>10</sup> Zweifel an der Verwertbarkeit von Erkenntnissen, die wohl ebenfalls mittels einer legendierten Kontrolle, nämlich einer in ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingebundenen, durch die Strafverfolgungsbehörden veranlassten, aber durch das Zollamt auf zollrechtlicher Grundlage durchgeführten Durchsuchung, erlangt wurden. Diese stütze er auch auf den in § 105 Abs. 1 StPO geregelten Richtervorbehalt, der bei einer Durchsuchung nach Zollrecht nicht greift. 2015 lehnte der 3. Strafsenat<sup>11</sup> hingegen einen Verstoß gegen den Richtervorbehalt in einem Fall ab, in dem eine Durchsuchung auf gefahrenabwehrrechtlicher Grundlage und damit ohne vorherige richterliche Anordnung durchgeführt wurde, obwohl jedenfalls zu diesem Zeitpunkt ein Anfangsverdacht gegen den Beschuldigten bestand. Ob dieser bereits zuvor aufgekommen war und Gegenstand von Ermittlungen, vielleicht sogar Anlass der Durchsuchung war, wird in der Entscheidung nicht mitgeteilt.

Die Tendenz dieser letzten Entscheidung setzt der 2. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung fort. Er verneint die mit der Revision gerügte Verletzung der §§ 105 Abs. 1 Satz 1, 102 StPO sowie ein daraus abgeleitetes Verwertungsverbot. Entgegen der Urteilsbegründung der Vorinstanz könne die Maßnahme zwar nicht auf die Ermächtigung zu allgemeinen Verkehrskontrollen nach § 36 Abs. 5 StVO gestützt werden. Die Durchsuchung des Pkw des Beschuldigten sei aber nach § 37 Abs. 1 Nr. 1, 3 HSOG zulässig und insbesondere nicht an den strafprozessualen Vorgaben der §§ 102 ff. StPO zu messen gewesen, da sie sowohl der Beweisgewinnung als auch der Gefahrenabwehr gedient habe. Bei solch doppelrelevanten Maßnahmen bleibe der Rückgriff auf die gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigung weiterhin möglich, weil auch bei Bestehen eines Anfangsverdachts gegen den Beschuldigten die polizeilichen Aufgaben der

Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung weiterhin gleichberechtigt nebeneinander stünden.<sup>12</sup>

Die dadurch erlangten Erkenntnisse seien gem. § 161 Abs. 2 StPO im Strafverfahren gegen den Beschuldigten verwertbar. Nach dieser Vorschrift setze die repräsentative Verwertung von auf gefahrenabwehrrechtlicher Ermächtigungsgrundlage erlangten Erkenntnissen gerade nicht die Einhaltung der formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Maßnahme nach Strafverfahrensrecht voraus.<sup>13</sup> Auch seien diese durch die Wahl der präventivpolizeilichen Ermächtigungsgrundlage wegen der auch präventiven Zielsetzung der Maßnahme nicht rechtsmissbräuchlich umgangen worden.<sup>14</sup>

#### a. Die Voraussetzungen der § 37 Abs. 1 HSOG, § 161 Abs. 2 StPO

Nach den Feststellungen waren die Voraussetzungen einer Durchsuchung nach § 37 Abs. 1 Nr. 1, 3 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) sowie einer Einführung der dadurch erlangten Erkenntnisse nach § 161 Abs. 2 StPO gegeben.<sup>15</sup> §§ 37 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 36 Abs. 1 Nr. 1 HSOG gestattet die Durchsuchung von Sachen, wenn eine Person sie mitführt, bei der Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Sachen mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen. § 37 Abs. 1 Nr. 3 HSOG ermächtigt dazu, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in oder an der Sache selbst Gegenstände finden, die sichergestellt werden dürfen. Das war hier angesichts der Erkenntnisse aus den heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, die auf das Vorhandensein einer größeren Menge von Betäubungsmitteln hinwiesen, der Fall. Die Maßnahme war auch verhältnismäßig.

§ 161 Abs. 2 StPO ermöglicht die Umwidmung von „auf Grund einer entsprechenden Maßnahme nach anderen Gesetzen erlangten personenbezogenen Daten“ zur Verwertung im Strafverfahren, wenn die Ermittlungen eine Straftat betreffen, „zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen“. Die Regelung basiert auf dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs.<sup>16</sup> Allerdings herrscht Uneinigkeit darüber, in welchem Umfang die Voraussetzungen der hypothetisch gebliebenen Ermittlungsmaßnahme nach Strafprozessrecht im Zeitpunkt der Um-

<sup>9</sup> BGH NStZ 2010, 294 = HRRS 2010 Nr. 269, in Bezug genommen u.a. in BGH 2 StR 247/16, Rn. 35 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784

<sup>10</sup> BGH StraFo 2011, 358, 359 = HRRS 2011 Nr. 780; in Bezug genommen u.a. in BGH 2 StR 247/16, Rn. 35 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>11</sup> BGH NStZ-RR 2016, 176 = HRRS 2016 Nr. 106, in Bezug genommen u.a. in BGH 2 StR 247/16, Rn. 36 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>12</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 13, 15 ff. = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>13</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 13, 37 ff. = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>14</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 41 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>15</sup> Vorausgesetzt, § 22 Abs. 2 Nr. 1 HSOG ist als hinreichend konkrete Übermittlungsermächtigung für die präventiv erlangten Daten an die Strafverfolgungsbehörden anzuerkennen, weil er die Übermittlung an Behörden zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben gestattet, zu denen auch die Strafverfolgung gehört (zum Erfordernis einer solchen BGHSt 54, 69, 82 = HRRS 2012 Nr. 578 zu § 100d Abs. 5 a.F.; Erb, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Nachtrag, 26. Aufl. [2014], § 161 Abs. 2 Rn. 9; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. [Fn. 2], § 161 Abs. 18c; Singelstein ZStW 120 [2008], 854, 873).

<sup>16</sup> BR-Drucks. 275/07, S. 148; BT-Drucks. 16/5846, S. 64; s. dazu a. Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 434 f.

widmung vorliegen müssen.<sup>17</sup> Darauf kommt es hier indes nicht an. Die materiellen Voraussetzungen einer Durchsuchung auch nach § 102 StPO lagen vor.<sup>18</sup> Es bestanden ein Anfangsverdacht gegen den Beschuldigten sowie die Vermutung, dass sich durch die Durchsuchung des Pkw Beweismittel auffinden ließen. Auch im Hinblick auf die Strafverfolgungsinteressen war die Maßnahme angesichts der Schwere des Tatvorwurfs, der Einfuhr in Tateinheit mit einem Handelstreiben jeweils in Bezug auf Betäubungsmittel in nicht geringer Menge gem. §§ 29a Abs. 1 Nr. 2, 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, § 52 StGB, verhältnismäßig. Allein die richterliche Anordnung der Maßnahme fehlte. Eine Einhaltung der formellen Voraussetzungen verlangt § 161 Abs. 2 StPO aber gerade nicht.<sup>19</sup>

Teilweise wird der Anwendungsbereich des § 161 Abs. 2 StPO wohl gemäß der gesetzgeberischen Vorstellung<sup>20</sup> enger gefasst und auf die Umwidmung von Erkenntnissen aus Maßnahmen, die die StPO nur bei bestimmten oder sogar nur bei Katalogstraftaten zulässt, beschränkt. Setze die entsprechende Maßnahme nach der StPO – wie die Durchsuchung – nicht den Verdacht einer solchen Straftat voraus, erfolge die Umwidmung der Erkenntnis auf Grundlage der Ermächtigungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO.<sup>21</sup> Auch das bedeutet keinen Unterschied in der Sache: Nimmt man an, dass § 161 Abs. 2 StPO mit dem Rückgriff auf den hypothetischen Ersatzeingriff einen allgemeinen Rechtsgrundsatz regelt,<sup>22</sup> unterliegt eine Umwidmung nach § 161 Abs. 1 StPO denselben Anforderungen wie diejenige nach § 161 Abs. 2 StPO; in jedem Falle sind diejenigen nach § 161 Abs. 2 StPO nicht höher.

<sup>17</sup> S. dazu etwa BGH 2 StR 247/16, Rn. 38 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien: Erfordernis der materiellen Voraussetzungen der Maßnahme nach Strafprozessrecht und Entbehrlichkeit nur der formellen Voraussetzungen; in diesem Sinne etwa auch Engelhardt, Verwendung präventivpolizeilich erhobener Daten im Strafprozess, 2011, S. 172 ff.; Zöller, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. (2012), § 161 Rn. 31; einschr. Wohlers/Deiters, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Bd. III, 5. Aufl. (2016), § 161 Rn. 44; Kölbl, in: Münchener Kommentar zur StPO Bd. 2 (2016), § 161 Rn. 47.

<sup>18</sup> S.a. BGH 2 StR 247/16, Rn. 39 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>19</sup> Statt vieler Ziegler/Vordermayer, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2. Aufl. (2016), § 161 Rn. 27.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 16/5846, S. 64.

<sup>21</sup> Nur bei einer irgendwie gearteten Begrenzung der strafprozessualen Ermächtigung auf bestimmte Straftaten Rehbein, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011, S. 231; Singelstein ZStW 120 (2008), 854, 879; Voigt StV 2017, 435; nur bei einer Begrenzung auf Katalogstraftaten etwa Kölbl, in: MK-StPO Bd. 2 (Fn. 17), § 161 Rn. 46; für die Anwendbarkeit von § 161 Abs. 2 StPO hingegen spezifisch in dieser Fallkonstellation außer dem BGH auch LG Münster NStZ 2016, 126, 127; Mosbacher JuS 2016, 706, 708; allgemein Zöller, in: HK-StPO (Fn. 17), § 161 Rn. 31; Plödt, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung (56. EL. 2009), § 161 Rn. 25; wohl auch Griesbaum, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. (2013), § 161 Rn. 35; Ziegler/Vordermayer, in: SSW-StPO (Fn. 9), § 161 Rn. 27.

<sup>22</sup> So etwa Singelstein ZStW 120 (2008), 854, 861, 876; Mosbacher JuS 2016, 706, 708.

## b. Die Kategorisierung der Maßnahme als repressiv

Die grundlegendere Frage in diesem Fall und bei legendierten Kontrollen im Allgemeinen ist vielmehr, ob die Maßnahme (ausschließlich) auf gefahrenabwehrrechtlicher Grundlage durchgeführt werden durfte. Der 2. Strafsenat rezipiert daher den vor allem im Hinblick auf den richtigen Rechtsweg geführten, aber auch über die Eingriffsvoraussetzungen, das Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft und die Gesetzgebungskompetenz bestimmenden Streit um die richtige Ermächtigungsgrundlage bei sog. doppelunktionalen Maßnahmen, denen sowohl die Aufgabe der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung zukommt. Für die hier aufgeworfene Fragestellung ist es zweckmäßig, die dazu vertretenen Auffassungen in zwei Gruppen zu unterteilen, auf der einen Seite diejenigen, denen zufolge bei einer jeglichen repressiven Ausrichtung der Maßnahme nur oder auch ihre strafprozessrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, gegenüber denjenigen, nach denen eine auch repressive Zwecksetzung den ausschließlichen Rückgriff auf eine gefahrenabwehrrechtliche Rechtsgrundlage nicht von vornherein verwehrt.

Zu der ersten Gruppe zählt die insbesondere zu den legendierten Kontrollen in der Literatur vertretene Auffassung, nach der ab Bestehen eines Anfangsverdachts<sup>23</sup> oder – restriktiver – Eintritt des Beschuldigtenstatus<sup>24</sup> ein Vorgehen jedenfalls dann nur noch auf der Grundlage strafprozessualer Vorschriften zulässig sei, wenn die Maßnahme auch Strafverfolgungszwecken dient.<sup>25</sup> Denselben Maßstab wendet eine vom BGH nicht explizit erwähnte Auffassung aus insbesondere der öffentlich-rechtlichen Literatur an, der zufolge doppelunktionale Maßnahmen den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sowohl der präventiven als auch der repressiven Ermächtigungsgrundlage genügen müssen,<sup>26</sup> für die jeweilige Zwecksetzung aber nur die Rechtmäßigkeit anhand der

<sup>23</sup> Gubitza NStZ 2016, 128; Huth/Proyer Kriminalist 2012, 10, 11; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 2), § 105 Rn. 1b; Müller/Römer NStZ 2012, 543, 546 f.; Schoreit, in: KK-StPO, 6. Aufl. (2008), § 152 Rn. 18c.; ders. DRiZ 1982 401, 402 f.; Wohlers/Jäger, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Bd. II, 5. Aufl. (2016), § 105 Rn. 5c; tendenziell auch Lenk StV 2017, 692, 695.

<sup>24</sup> Mosbacher JuS 2016, 706, 709.

<sup>25</sup> Vereinzelt wird sie auf das Legalitätsprinzip gestützt, das ab Entstehen eines Anfangsverdachts grundsätzlich einen Vorrang des repressiven Handelns begründe (Schoreit DRiZ 1982 401, 402), im Übrigen auf den besonderen Schutz des Beschuldigten im Strafverfahren, der nicht durch den Rückgriff auf präventive Ermächtigungsgrundlagen unterlaufen werden dürfe (Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. [Fn. 2], § 105 Rn. 1b; Lenk StV 2017, 692, 695 f.; Müller/Römer NStZ 2012, 543, 546 f.)

<sup>26</sup> Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge (2001), S. 96; Bertram, Die Verwendung präventivpolizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren (2009), S. 216 ff.; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht (2012), 1. Kap. Rn. 64; Rieger, Die Abgrenzung doppelunktionaler Maßnahmen (1995), S. 147 ff.; Schoch, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. (2013), 2. Kap. Rn. 11; Walden, Zweckbindung und -änderung präventiv und repressiv erhobener Daten im Bereich der Polizei (1994), S. 191 ff.; Wolter Jura 1992, 520, 526; vgl. a. Schenke NJW 2011, 2838, 2841.



einschlägigen Rechtsgrundlage maßgeblich sein soll.<sup>27</sup> Für die Zwecke der Strafverfolgung ist damit entscheidend, ob die Maßnahme den Vorgaben der StPO genüge; für die Gefahrenabwehr stehen der Polizei demgegenüber die oftmals weiter gefassten Befugnisse nach Gefahrenabwehrrecht offen.

Der zweiten Gruppe ist zunächst die noch herrschende Auffassung zur rechtlichen Kategorisierung doppelfunktionaler Maßnahmen zuzuordnen, die dazu auf den Schwerpunkt der Maßnahme abstellt.<sup>28</sup> Großzügigere Auffassungen lassen es demgegenüber ausreichen, wenn die Maßnahme bereits nach einer der in Frage kommenden Rechtsgrundlagen rechtmäßig ist<sup>29</sup> oder sprechen der Polizei ein Wahlrecht hinsichtlich der Rechtsgrundlage ihres Einschreitens zu.<sup>30</sup>

Maßgeblich dafür, ob überhaupt eine doppelfunktionale Maßnahme vorliegt und – soweit nach der jeweiligen Auffassung erforderlich – welchem Rechtsgebiet diese zuzuordnen ist, ist nach ganz überwiegender Auffassung der Zweck der Maßnahme.<sup>31</sup> Ob dieser (zumindest vorrangig) anhand des angegebenen<sup>32</sup> oder auch erkennbaren Willens der Polizeibeamten<sup>33</sup> oder aber in Wege einer objektiven Beurteilung anhand des Gesamteindrucks der Maßnahme<sup>34</sup> zu beurteilen ist, ist demgegenüber umstritten. Unabhängig von all diesen Differenzierungen ist aber im vorliegenden Fall von einer repressiven Zielrichtung der Maßnahme auszugehen.

Dafür sprechen zunächst der Hintergrund der Durchsuchung sowie die Art und Weise ihrer Durchführung. Sie war vollständig in ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingebunden, das auch den Anlass für ihre Vornahme bildete,<sup>35</sup> und wurde in ihren Einzelheiten durch die Kriminalpolizei Frankfurt bestimmt. Diese sprach die

Autobahnpolizei Wiesbaden gezielt für die Umsetzung der konkreten Maßnahme an, teilte ihr Anlass und Zielsetzung der Durchsuchung mit und fragte selbst die Hinzuziehung eines Diensthundeführers an. Auch regte sie an, wie die Maßnahme eingeleitet werden könnte, und gab vor, unter welchen Voraussetzungen sie durchzuführen bzw. abbrechen war. Das Observationsteam der Kriminalpolizei half der Autobahnpolizei bei der Annäherung.

Deutlichstes Anzeichen für eine repressive Zweck- und Schwerpunktsetzung war schließlich die Maßgabe, den Beschuldigten im Falle einer Flucht nicht zu verfolgen. Sie offenbart, dass das Vorgehen vorrangig nicht darauf abzielte, die Betäubungsmittel aus dem Verkehr zu ziehen, also die Verkehrspolizei bei der Gefahrenabwehr zu unterstützen. Vielmehr wurde die Gefahrenabwehr den Strafverfolgungsinteressen vollständig untergeordnet, sie unter die Bedingung gestellt, dass das Strafverfolgungsinteresse durch sie nicht beeinträchtigt wurde. Dass die Suche nach Betäubungsmitteln *im Regelfall* auch der Gefahrenabwehr dient und die Polizei dann auch gefahrenabwehrrechtlich tätig werden darf,<sup>36</sup> vermag diesen Schluss nicht zu entkräften.

Angesichts dessen erscheint die Verkehrspolizei Wiesbaden bei ihrem punktuellen Zugriff lediglich als ein Werkzeug der Kriminalpolizei Frankfurt im Rahmen von deren Ermittlungen gegen den Beschuldigten und den gesondert verfolgten B. Sie nahm nicht lediglich auf Veranlassung der Kriminalpolizei ihre eigene Aufgabe der Gefahrenabwehr wahr, sondern handelte gemäß deren Weisungen und verzichtete auf die Ausübung des ihr gefahrenabwehrrechtlich eröffneten Ermessens.<sup>37</sup> Daher lässt sich eine präventive Ausrichtung der Maßnahme auch nicht damit begründen, dass mit der Verkehrspolizei eine von der repressiv ausgerichteten Kriminalpolizei zu unterscheidende, für die Gefahrenabwehr zuständige Stelle tätig geworden ist.<sup>38</sup>

Die Maßnahme ließe sich allenfalls dann auf die gefahrenabwehrrechtliche Grundlage stützen, wenn entweder die Rechtmäßigkeit nach nur einer Ermächtigungsgrundlage genüge oder aber den Behörden ein Wahlrecht hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage und damit der Anforderungen an die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ihrer eigenen Grundrechtseingriffe zustünde.<sup>39</sup> Diesen Auffassungen schließt sich der 2. Strafsenat demgemäß in der Sache an. Sie begründen aber in erheblichem Maße die Gefahr, dass die Voraussetzungen der restriktiver gefassten Maßnahme sowie das Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft unterlaufen werden.<sup>40</sup> Daher muss auch nach diesen ein Rückgriff auf die dem untergeordneten Zweck zuzuordnende Rechtsgrundlage jedenfalls dann ausscheiden, wenn dieser nur wenig mehr als ein

<sup>27</sup> Bertram a.a.O. (Fn. 26), S. 220 f.; Rieger a.a.O. (Fn. 26), S. 148; Walden a.a.O. (Fn. 26), S. 191, 193 f.

<sup>28</sup> Statt vieler BVerwGE 47, 255, 262 f.; in BVerwG NVwZ 2001, 1285, 1286 allerdings begrenzt auf die Rechtswegabgrenzung; VGH NW NVwZ-RR 2005, 540; Erichsen Jura 1993, 45, 49; Württenberger, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Bd. 3, 2. Aufl. (2013), § 69 Rn. 137, s. aber a. Rn. 140; Welp NStZ 1995, 602; Zöller NVwZ 2005, 1235, 1240.

<sup>29</sup> Schwan VerwArch 70, 1979, 109, 129 f.; Ahlers, Grenzbe- reich zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung (1998), S. 133; Dörschuck Kriminalistik, 1997, 770, 774; wohl auch LG Münster NStZ 2016, 126, 127 spezifisch für den Rechtsweg Schoch Jura 2001, 628, 631

<sup>30</sup> Bäcker, Kriminalpräventionsrecht (2015), S. 358; Emmerig DVBl. 1958, 338, 342.

<sup>31</sup> S. etwa Bäcker a.a.O. (Fn. 30), S. 356; Kugelmann a.a.O. (Fn. 26), 1. Kap. Rn. 62; Schenke NJW 2011, 2838, 2842; s.a. BVerwGE 47, 255, 264 f.; 121, 345, 347 f.

<sup>32</sup> Ahlers a.a.O. (Fn. 29), S. 84 ff.

<sup>33</sup> In diesem Sinne etwa BVerwGE 47, 255, 265; BayVGH BayVBl. 2010, 220, 221.

<sup>34</sup> In diesem Sinne etwa Emmerig DVBl. 1958, 338, 342; Kugelmann a.a.O. (Fn. 26), 1. Kap. Rn. 62; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. (2016), Rn. 423; Welp NStZ 1995, 602; Württenberger a.a.O. (Fn. 28), § 69 Rn. 137.

<sup>35</sup> Vgl. a. BayVGH BayVBl 2010, 220, 221: repressive Zielsetzung, wenn ein Straftatverdacht der Anlass der Maßnahme war; OLG Celle NZV 2013, 409, 411: kein Rückgriff auf eine präventiv ausgerichtete allgemeine Verkehrskontrolle nach § 36 Abs. 5 StVO, wenn Anlass ein konkreter Straftat- oder Ordnungswidrigkeitenverdacht ist.

<sup>36</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 42 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>37</sup> Vgl. BVerwGE 47, 255, 265: Indiz für Schwerpunkt auf Strafverfolgung, wenn die Polizei auf Weisung der Staatsanwaltschaft handelt.

<sup>38</sup> Wie hier Lenk StV 2017, 692, 695 f.; anders wohl Nouwrou- sian a.a.O. (Fn. 1), S. 103; ders. Kriminalistik 2013, 105, 106.

<sup>39</sup> S.a. Gusy StV 1991, 499.

<sup>40</sup> Bertram a.a.O. (Fn. 26), S. 214, 221; s.a. Lenk StV 2017, 692, 696.

Feigenblatt darstellt. Diese Gefahr spricht auch der 2. Strafsenat an und nennt als Beispiel den Rückgriff auf eine präventive Rechtsgrundlage, „weil eine vergleichbare Maßnahme nach der Strafprozessordnung nicht möglich wäre“.<sup>41</sup> Entgegen seiner Einschätzung liegt ein solcher Fall aber gerade vor: Zwar gestattet auch die Strafprozessordnung eine Durchsuchung, aber nur in einer Art und Weise, die dem Betroffenen Rückschlüsse auf ihre repressiven Hintergründe ermöglicht (s. dazu c.c.c.). So hält der Senat selbst fest: „Vom Einsatz strafprozessualer Maßnahmen wurde allein deshalb abgesehen, um die gegen den gesondert Verfolgten B. laufenden Ermittlungen nicht zu offenbaren, wodurch dessen Ergreifung vereitelt worden wäre.“<sup>42</sup>

**c. Die Folgen der fehlerhaften Kategorisierung**

Die Strafverfolgungsbehörden haben ihre Maßnahme demnach zu Unrecht auf § 37 HSOG und nicht die §§ 102 ff. StPO gestützt und daher die nach § 105 Abs. 1 StPO erforderliche richterliche Anordnung nicht eingeholt. Auf eine Eilkompetenz wegen Gefahr im Verzug hätten sie sich nicht berufen können, nachdem sich die Kurierfahrt bereits mehrere Tage zuvor abgezeichnet hatte und drei Tage zuvor ein richterlicher Beschluss zur Observation und zum Anbringen eines Peilsenders eingeholt worden war.<sup>43</sup> Die Erkenntnisse aus der Durchsuchung wurden folglich wegen Missachtung des Richtervorbehalts rechtswidrig erlangt. Das erstinstanzliche Gericht hätte sich damit mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob diese einem Verwertungsverbot unterlagen.

**aa. Zur Umwidmung rechtswidrig erlangter Erkenntnisse gem. § 161 Abs. 2 StPO**

Zunächst könnte sich ein solches aus § 161 Abs. 2 StPO selbst ergeben. Zwar wäre die Vorschrift bei zutreffender Einordnung der Maßnahme gar nicht anwendbar; eine Umwidmung der dann repressiv erlangten Erkenntnisse wäre nicht erforderlich. Wenn aber schon bei der Beweiserhebung die Voraussetzungen der repressiven Ermächtigunggrundlage nicht beachtet wurden, stellt die Anwendung der auf dem hypothetischen Ersatzeingriff beruhenden Umwidmungsnorm wenigstens sicher, dass sie in ihrem Kern im Zeitpunkt der Umwidmung der Daten vorliegen müssen. Es könnten sonst Daten in das Strafverfahren eingeführt werden, obwohl zu keinem Zeitpunkt zumindest die nach § 161 Abs. 2 StPO maßgeblichen Grenzen der repressiven Maßnahme eingehalten wurden. Eine Nichtanwendung der Umwidmungsvorschrift würde den Betroffenen demnach doppelt schutzlos stellen.

Nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung erfasst § 161 Abs. 2 StPO aber nur die Umwidmung rechtmäßig erlangter Erkenntnisse; eine Einführung rechtswidrig erhobener Erkenntnisse in das Strafverfah-

ren scheidet mangels Ermächtigunggrundlage aus.<sup>44</sup> Hätte sich diese Frage dem 2. Strafsenat gestellt, hätte er vermutlich entgegengesetzt, dass dann Verstöße gegen andere Gesetzen umfassender ein Verwertungsverbot nach sich zögen als solche gegen die StPO,<sup>45</sup> und mit der Gegenauffassung auf die allgemeinen Grundsätze zur Bestimmung von Verwertungsverboten zurückgegriffen.<sup>46</sup> Danach entsteht ein Verwertungsverbot jedenfalls bei schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind,<sup>47</sup> wenn also etwa durch den Umweg über die „Umwidmung“ präventiv erlangter Daten gezielt Eingriffsvoraussetzungen umgangen werden.<sup>48</sup>

**bb. Strukturelle Umgehung des Richtervorbehalts**

Umgangen wird hier der Richtervorbehalt, der die Einschränkungen der Rechtsschutzmöglichkeiten ausgleichen soll, die dem von der Durchsuchung Betroffenen durch ihren Überraschungscharakter entstehen.<sup>49</sup> Der 2. Strafsenat setzt sich mit diesem in der Literatur<sup>50</sup> vorgebrachten und entgegen seiner Einschätzung<sup>51</sup> auch vom 5. Strafsenat<sup>52</sup> erwogenen Einwand gegen legendierte Kontrollen auseinander, sieht in der Umgehungsgefahr aber allein eine Frage der Verwertbarkeit und nicht schon der Wahl der richtigen Rechtsgrundlage für die Beweiserhebung.<sup>53</sup> Ob sich die Verwertbarkeit vollständig von der Zulässigkeit der Durchführung einer Maßnahme auf präventiv-polizeilicher Grundlage trennen lässt, ist aber zu bezweifeln. Läge in letzterer eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Richtervorbehalts, würde dies schon die Zulässigkeit eines Rückgriffs auf § 37 HSOG in Frage stellen. Die Verknüpfung zwischen richtiger Rechtsgrundlage und Umgehung des Richtervorbehalts dürfte

<sup>41</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 41 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.  
<sup>42</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 42 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.  
<sup>43</sup> S. dazu LG Limburg, Urt. v. 1.3.2016, Az. 4 Js 12755/15 – 5 Kls – nicht veröffentlicht.

<sup>44</sup> Kölbl, in: MK-StPO Bd. 2 (Fn. 17), § 161 Rn. 46; Singelstein ZStW 120 (2008), 854, 888 f.; Rieß FG Hilger (2003), S. 171, 177 Fn. 17; zu § 161 Abs. 1 StPO Zöller, in: HK-StPO (Fn. 17), § 161 Rn. 3; zu § 161 StPO a.F. Erb, in: Löwe/Rosenberg Bd. 5, 26. Aufl. (2008), § 161 Rn. 75; Wollweber NJW 2000, 3623.  
<sup>45</sup> So BGHSt 54, 69, 87 ff. = HRRS 2012 Nr. 578 zu § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO a.F.  
<sup>46</sup> Brodersen NJW 2000, 2536, 2539; Griesbaum, in: KK-StPO (Fn. 21), § 161 Rn. 40; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 2), § 161 Abs. 18c; Rehbein a.a.O. (Fn. 21), S. 233 f.; s.a. zu § 100d StPO a.F. BGHSt 54, 69, 87 ff. = HRRS 2012 Nr. 578.  
<sup>47</sup> BVerfGE 113, 29, 61 = HRRS 2005 Nr. 549; Griesbaum, in: KK-StPO (Fn. 21), § 162 Rn. 40; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 2), § 161 Rn. 18c.  
<sup>48</sup> BGHSt 54, 69, 89 f. = HRRS 2012 Nr. 578 zu § 110d Abs. 5 StPO; s.a. Wohlers/Deiters, in: SK-StPO Bd. III (Fn. 17), § 161 Rn. 46 f.  
<sup>49</sup> Zu diesem Zweck des Richtervorbehalts in § 105 StPO statt vieler BVerfGE 103, 152, 151; Amelung NStZ 2001, 337, 338.  
<sup>50</sup> GubitZ NStZ 2016, 128; Mosbacher JuS 2016, 706, 708; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 2), § 105 Rn. 1b; Müller/Römer NStZ 2012, 543, 544; Wohlers/Jäger, in: SK-StPO Bd. II (Fn. 23), § 105 Rn. 5c.  
<sup>51</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 35 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.  
<sup>52</sup> BGH StraFo 2011, 358, 359 = HRRS 2011 Nr. 780.  
<sup>53</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 32 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

tatsächlich aber genau umgekehrt sein: Durfte die Maßnahme aufgrund einer nicht nur vollständig untergeordneten präventiven Zwecksetzung auf ausschließlich gefahrenabwehrrechtlicher Grundlage durchgeführt werden, wäre eine richterliche Anordnung entbehrlich. Eine Umgehung des Richtervorbehalts läge – wie der 2. Strafsenat zu Recht schließt<sup>54</sup> – nicht vor.<sup>55</sup> Dann wäre aber nicht ersichtlich, weshalb die durch die Maßnahme erlangten Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen, zumal § 161 Abs. 2 StPO gerade von der Einhaltung der formellen Vorgaben entbindet. Weil das hier aber gerade nicht der Fall war, die Durchsuchung des Pkw des Beschuldigten daher (auch) strafprozessualen Vorgaben einschließlich des § 105 StPO genügen musste und Gefahr im Verzug nicht vorlag, fehlte die erforderliche richterliche Anordnung.

Allein das würde nach der überwiegenden Auffassung zu Verwertungsverboten bei Missachtung des Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot noch nicht begründen.<sup>56</sup> Ein solches soll erst dann anzunehmen sein, wenn die Verfahrensverstöße „schwerwiegend waren oder bewusst bzw. willkürlich begangen wurden“<sup>57</sup> oder der Richtervorbehalt grob verkannt wurde.<sup>58</sup> All das wird man im vorliegenden Fall verneinen müssen. Zwar riefen die Polizeibeamten den Richter gezielt nicht an. Dies war notwendiges Zwischenziel für ihr Endziel, dem Beschuldigten das Ermittlungsverfahren der Frankfurter Kriminalpolizei zu verheimlichen. Der 2. Strafsenat geht allerdings davon aus, dass sie ein Vorgehen auf präventiver Grundlage für zulässig erachteten, sich also der Verfahrenswidrigkeit ihres Vorgehens nicht bewusst waren. Bemerkenswert ist insoweit, dass nach dem erstinstanzlichen Urteil die Beamten der Kriminalpolizei „im Rahmen ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung jeweils versucht haben, zu betonen, dass die Entscheidung zur Kontrolle erst mitten in der Nacht getroffen worden sei, also zu einem Zeitpunkt, zu dem in F. kein Bereitschaftsrichter erreicht werden könne.“<sup>59</sup> Sie suchten also die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug und damit die Entbehrlichkeit der richterlichen Anordnung auch nach Strafprozessrecht zu begründen. Da aber die Durchführung legendierter Kontrollen ohne Anrufung des Richters der üblichen Praxis entsprach, kann daraus nicht zwingend rückgeschlossen werden, dass die Beamten damit einen von vornherein erkannten oder beabsichtigten Verfahrensfehler überdecken wollten. Wie auch vom LG Limburg angenommen, ist ebenso denkbar, dass sie nur nachträglich auf das Vorbringen der Verteidigung, ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss sei erforderlich

gewesen, reagierten, um ihre Erkenntnisse zu retten.<sup>60</sup> Angesichts der vorliegenden Entscheidung wird man auch ein willkürliches Vorgehen der Polizeibeamten oder eine grobe Verkennung des Richtervorbehalts kaum annehmen können.<sup>61</sup> Bei der Abwägung ist zudem zu berücksichtigen, dass Gegenstand der Durchsuchung ein nicht vom Schutz des Art. 13 GG erfasster Pkw war und damit kein grundgesetzlich gewährleisteter Richtervorbehalt verletzt wurde. Und schließlich würde die wohl überwiegende Auffassung gegen ein Verwertungsverbot den Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs anbringen, der jedenfalls dann zu berücksichtigen sei, wenn nicht ein bewusster oder willkürlicher Verstoß vorliegt.<sup>62</sup>

Will man den Richtervorbehalt aber nicht in vielen Fällen für unbeachtlich erklären, ist bei dessen Umgehung ein Rückgriff auf den Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs verwehrt.<sup>63</sup> Besonderes Gewicht erlangt der Verfahrensverstoß dadurch, dass die Umgehung des Richtervorbehalts strukturell angelegt ist. In dem gesamten Bereich repressiv einzuordnender legendierter Kontrollen wird die gesetzlich vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters nach § 105 StPO<sup>64</sup> vollständig ausgehebelt.

### cc. Verstoß gegen den offenen Charakter der Durchsuchung

Diese Versagung des präventiven Rechtsschutzes wog besonders schwer, weil auch der eigene Rechtsschutz des Beschuldigten durch die Legendierung herabgesetzt war. Der Beschuldigte wurde nicht nur – wie bei jeder Durchsuchung – von der Maßnahme überrascht. Ihm blieben zudem ihre wahren Gründe verborgen. Insoweit besteht ein Zusammenhang mit dem weiteren Einwand der Literatur gegen legendierte Kontrollen, dass sie dem Charakter der Durchsuchung als offene Maßnahme<sup>65</sup> widerspreche,<sup>66</sup> verwiesen wird dazu auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Onlinedurchsuchung, der zufolge eine verdeckte Durchsuchung nicht auf die §§ 102 ff. StPO gestützt werden kann.<sup>67</sup> Die Ermittlungsbehörden haben die Einbindung der Durchsuchung in ein laufendes Ermittlungsverfahren aber nicht nur verheimlicht, sondern den Beschuldigten sogar darüber zumindest konkludent aktiv getäuscht, indem sie die Geschwindigkeits-

<sup>54</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 41 f. = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>55</sup> So auch LG Münster NStZ 2016, 126, 127; *Nouwroussian* a.a.O. (Fn. 1), S. 103 f.

<sup>56</sup> S. aber *Lenk* StV 2017, 692, 697.

<sup>57</sup> Statt vieler BVerfG NJW 2006, 2684, 2686; NJW 2009, 3225 = HRRS 2009 Nr. 648; BGH NJW 2007, 2269 = HRRS 2007 Nr. 463; *Bruns*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 105 Rn. 21.

<sup>58</sup> Statt vieler BGHSt 51, 285, 295 = HRRS 2007 Nr. 463; BGH NJW 2007, 2269 = HRRS 2007 Nr. 463; *Hauschild*, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 105 Rn. 58. 1.

<sup>59</sup> LG Limburg, Urt. v. 1.3.2016, Az. 4 Js 12755/15 – 5 Kls – nicht veröffentlicht.

<sup>60</sup> LG Limburg a.a.O.

<sup>61</sup> Vgl. a. LG Münster NStZ 2016, 126, 128.

<sup>62</sup> Statt vieler BGHSt 51, 285, 295 f. = HRRS 2007 Nr. 463; BGH NJW 2007, 2269, 2271 = HRRS 2007 Nr. 463; s.a. *Roxin* NStZ 1989, 375, 379.

<sup>63</sup> *Hauschild*, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 105 Rn. 39; *Mosbacher* JuS 2016, 706, 707; *ders.* NJW 2007, 3686, 3687; *Krehl* NStZ 2003, 461, 464 f.; *Krekeler* NStZ 1993, 263, 264; *Wohlers/Jäger*, in: SK-StPO Bd. II (Fn. 23), § 105 Rn. 75; einschr. *Roxin* NStZ 1989, 375, 379: Anwendbarkeit bei bloß fahrlässigem Verstoß.

<sup>64</sup> In Abgrenzung zur Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen *Tsambikakis*, in: Löwe-Rosenberg Bd. 3, 26. Aufl. (2014), § 105 Rn. 83.

<sup>65</sup> Zur Offenheit der Durchsuchung statt vieler BVerfGE 115, 166, 195 = HRRS 2006 Nr. 235; BGHSt 51, 211, 212 ff. = HRRS 2007 Nr. 197; *Hoffmann-Holland/Koranyi* ZStW 125 (2014), 837 ff.; *Tsambikakis*, in: LR (Fn. 64), § 102 Rn. 1; a.A. *Hofmann* NStZ 2005, 121, 123.

<sup>66</sup> S. die Nachweise in Fn. 50.

<sup>67</sup> BGHSt 51, 211, 212 f. = HRRS 2007 Nr. 197.

begrenzung als Anlass der Kontrolleangaben.<sup>68</sup> Dementprechend wird in dem Zusammenhang der legendierten Kontrolle auch diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen den Ermittlungsbehörden eine solch aktive Täuschung gestattet ist.<sup>69</sup>

Nun war die Maßnahme als Durchsuchung erkennbar und wurde insoweit offen durchgeführt. Die Offenheit der Durchsuchung soll den von der Durchsuchung Betroffenen jedoch nicht nur die Durchführung der Maßnahme an sich erkennen lassen. Sie soll ihm auch ermöglichen, die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung während der Durchführung selbst zu überprüfen sowie nachträglich gerichtlich überprüfen zu lassen.<sup>70</sup> Das ist ihm aber nicht nur dann erschwert, wenn ihm die Maßnahme gänzlich verborgen bleibt,<sup>71</sup> sondern – in geringerem Maße – auch dann, wenn er in Folge der Legendierung den Maßstab für die Rechtmäßigkeit nach Strafprozessrecht verkennt. Durch die Täuschung über den Anlass der Durchsuchung wurde er diesbezüglich sogar in falscher Sicherheit gewogen.

Von dieser Pflicht zur Offenheit waren die Strafverfolgungsbehörden nicht entbunden. In der Entscheidung zur Onlinedurchsuchung stellt der Bundesgerichtshof klar, dass eine heimliche Durchsuchung eingriffsintensiver und daher „eine Zwangsmaßnahme mit einem neuen, eigenständigen Charakter“ ist,<sup>72</sup> die „hohe formelle [...] und materielle Anforderungen an die Anordnung und die Durchführung“ voraussetze.<sup>73</sup> Im Gesetz schlägt sich dies in den §§ 100a ff. StPO als Rechtsgrundlagen für heimliche Ermittlungsmaßnahmen nieder.<sup>74</sup> Auch die Regelungen der §§ 101 Abs. 5, 147 Abs. 2 StPO sind Ausdruck der Notwendigkeit, ein Verheimlichen jedenfalls dann gesetzlich zu fundieren, wenn im Grundsatz die Offenlegung vorgegeben ist.<sup>75</sup>

Die Zulässigkeit von Täuschungen wird man angesichts ihrer noch erhöhten Intensität von noch strengeren Kriterien abhängig machen müssen. Eine vereinzelt, dafür aber wiederholte Stimme geht demgegenüber davon aus, dass die aktive Täuschung des Beschuldigten nicht nur zulässig, sondern im Interesse der Effektivität der Strafverfolgung sogar geboten sei, um die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen auch weiterhin geheim zu halten.<sup>76</sup> Der mögliche Bedarf entbindet aber nicht vom Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage. Wie der 4. Strafsenat

bereits ausgeführt hat, scheiden die §§ 147, 101 Abs. 5 StPO als solche aus.<sup>77</sup> Die Vorschrift des § 101 Abs. 5 StPO gestattet zwar, bei einer Gefährdung des Untersuchungszwecks die ansonsten gebotene Offenlegung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen gegenüber dem Betroffenen zurückzustellen, aber nicht, darüber zu täuschen, und ist in ihrem Anwendungsbereich eng begrenzt.<sup>78</sup> Entsprechendes gilt für die Regelung des § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO. Für die Durchsuchung existiert eine solche Regelung nicht.<sup>79</sup>

#### dd. Ergebnis: Unverwertbarkeit der Erkenntnisse aus der legendierten Kontrolle

Die unzulässige Legendierung der Durchsuchung verbindet demnach eine strukturelle Umgehung der Vorabüberprüfung durch den Ermittlungsrichter mit einer erheblichen Schwächung der Möglichkeit für den Beschuldigten, die Rechtmäßigkeit selbst zu prüfen und im Nachhinein prüfen zu lassen. Folge dieser gleich zweifachen, rechtswidrigen Beeinträchtigung der Rechtsschutzmöglichkeiten kann nur die Unverwertbarkeit der durch die Durchsuchung erlangten Erkenntnisse sein.

Zu befürchten ist zudem, dass die Effektivität einer nachträglichen Überprüfung durch ein Beschwerdegericht auch dadurch in Frage gestellt worden wäre, dass die Hintergründe der Durchsuchung zunächst nicht in den Akten dokumentiert wurden (s. dazu 3.). Man kann nur mutmaßen, ob die Ermittlungsbehörden auch bei noch ausstehender Wiedereinreise des B. eine Beschwerde des Beschuldigten zum Anlass genommen hätten, die Akten zu vervollständigen. Anderenfalls käme ihr Vorgehen einer vollständigen Aushebelung des Rechtsschutzes gleich.

## 2. Zu ihrem Verschweigen in der Beschuldigtenvernehmung

Im Anschluss widmet sich das Urteil der Verwertbarkeit der Angaben des Beschuldigten aus seiner sich an die legendierte Kontrolle anschließenden Vernehmung. In dieser wurde dem Beschuldigten die Einbindung der Durchsuchung in ein bereits zuvor umfassend betriebenes Ermittlungsverfahren ebenso verschwiegen wie der Vorwurf der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, weil dieser Rückschlüsse auf die Frankfurter Ermittlungen ermöglicht hätte. Der 2. Strafsenat wirft daher die Frage auf, ob der Vernehmungsbeamte dem Beschuldigten den Tatvorwurf gemäß dem Maßstab des § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO nur unzureichend eröffnet hat. Soweit dem Beschuldigten der Hintergrund des Tatverdachts verheimlicht wurde, verneint er dies; soweit diesem lediglich auf die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen gestützte Vorwurf

<sup>68</sup> LG Limburg, Urt. v. 1.3.2016, Az. 4 Js 12755/15 – 5 Kls – nicht veröffentlicht.

<sup>69</sup> Zu legendierten Kontrollen etwa *Nowrusian* Kriminalistik 2011, 370 ff.; *Müller/Römer* NStZ 2012, 543, 544 f.; im Allgemeinen etwa *Dencker* StV 1994, 667; *Soiné* NStZ 2010, 596.

<sup>70</sup> BGHSt 51, 211, 212 f., 215 = HRRS 2007 Nr. 197; s. allgemein zur Bedeutung der Offenheit für die Erlangung effektiven Rechtsschutzes BVerfGE 109, 279, 364 f. = HRRS 2004 Nr. 170; *Bertram* a.a.O. (Fn. 26), S. 100 ff.; *Hoffmann-Holland/Koranyi* ZStW 125 (2014), 837, 842, 844 f.

<sup>71</sup> S. dazu *Hoffmann-Holland/Koranyi* ZStW 125 (2014), 837, 841.

<sup>72</sup> BGHSt 51, 211, 215 = HRRS 2007 Nr. 197; s.a. *Hoffmann-Holland/Koranyi* ZStW 125 (2014), 837, 842.

<sup>73</sup> BGHSt 51, 211, 216 = HRRS 2007 Nr. 197.

<sup>74</sup> Vgl. a. BGHSt 51, 211, 216 = HRRS 2007 Nr. 197.

<sup>75</sup> S.a. BGH NStZ 2010, 294 = HRRS 2010 Nr. 269.

<sup>76</sup> *Nowrusian* Kriminalistik 2012, 174, 175 f.; *ders.* Kriminalistik 2011, 370, 373; *ders.* NStZ 2015, 625, 627.

<sup>77</sup> BGH NStZ 2010, 294 = HRRS 2010 Nr. 269; zu § 101 Abs. 5 StPO Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 2), § 101 Rn. 19.

<sup>78</sup> A.A. *Nowrusian* Kriminalistik 2011, 370, 371, der daraus entgegen der erhöhten Eingriffsintensität auch die Ermächtigung zu aktiven Täuschungen herleitet.

<sup>79</sup> So auch *Hoffmann-Holland/Koranyi* ZStW 125 (2014), 837, 848.

der Einfuhr von Betäubungsmitteln verschwiegen wurde, äußert er Zweifel, zieht sich dann aber darauf zurück, ein Beruhen des Urteils auf dem etwaigen Belehrungsfehler zu verneinen.<sup>80</sup>

**a. Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden als Einheit**

Dabei setzt der 2. Strafsenat zutreffend voraus, dass es für den Umfang der Pflicht zur Eröffnung des Tatvorwurfs nach § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO ohne Bedeutung ist, inwieweit der Vernehmende oder seine Behörde in den eigenen Ermittlungen mit den zu eröffnenden Tatvorwürfen befasst sind. Grundsätzlich geht er davon aus, dass diese Pflicht umfassend besteht. Nur so lässt sich erklären, dass er die Frage, ob die unabhängig von der legendierten Kontrolle bekannten Elemente des Tatvorwurfs dem Beschuldigten bekannt zu machen waren, dem Beurteilungsspielraum des Vernehmenden zuweist und auf eine mögliche Diskrepanz zwischen den Hintergründen und der entsprechenden Kenntnis des Vernehmungsbeamten verweist. Die Verpflichtungen zum Schutz des Beschuldigten und zur Gewährleistung der Justizförmigkeit des Verfahrens treffen also – wie der 2. Senat hinsichtlich einer möglichen Verletzung des Gebots wahrhaftiger und vollständiger Aktenführung ausdrücklich ausführt –<sup>81</sup> die Strafverfolgungsbehörde als Einheit und damit vollumfänglich jeden einzelnen ihrer Akteure. Das entspricht nicht nur der der StPO zugrunde liegenden Vorstellung eines einheitlichen Ermittlungsverfahrens in der Hand der Staatsanwaltschaft. Es verhindert auch, dass durch eine Arbeitsteilung der Schutz des Beschuldigten unterlaufen wird, sich die einzelnen Akteure den der Strafverfolgung in Gänze auferlegten Pflichten ihm gegenüber entziehen können. Im Grundsatz traf daher den Vernehmungsbeamten die Pflicht zur umfassenden Eröffnung des Tatvorwurfs, auch wenn er und seine Dienststelle nur mit dem durch die legendierte Kontrolle begründeten Vorwurf des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln befasst waren.

Diese Feststellung erscheint selbstverständlich, in diesem Fall aber erforderlich. Anders als der BGH andeutet,<sup>82</sup> folgt aus dieser Einheitlichkeit, dass es ebenso ohne Belang ist, ob dem vernehmenden Polizeibeamten die repressive Einbindung der legendierten Kontrolle überhaupt bekannt war. Zwar wird bei anderen Verstößen danach differenziert, ob sie absichtlich begangen wurden, etwa ein Verwertungsverbot wegen einer Verletzung des Richtervorbehalts nach § 105 StPO bei einer entsprechenden Absicht der Strafverfolgungsbehörden stets angenommen (s. 1.b.bb). Die Nachlässigkeit gegenüber einem unabsichtlichen Verstoß lässt sich aber jedenfalls dann nicht rechtfertigen, wenn das Verkennen des Verfahrensfehlers von den Strafverfolgungsbehörden selbst

verursacht wurde, wie es hier durch den Einsatz einer anderen Polizeibehörde zur Durchführung der legendierten Kontrolle und Beschuldigtenvernehmung geschehen ist. Liegt die Verantwortung für die ordnungsgemäße Verfahrensdurchführung bei den Strafverfolgungsbehörden als Einheit, müssen sie im Interesse des Beschuldigten auch die erforderliche Kenntnis derjenigen Behörden sicherstellen, derer sie sich bedienen.

**b. Kein Verstoß gegen das Verbot der Täuschung nach § 136a Abs. 1 StPO**

Das Verschweigen der repressiven Einbindung der Durchsuchung, damit auch erheblicher Teile der dem Tatverdacht zugrunde liegenden Beweislage, sowie des Vorwurfs auch der Einfuhr einer nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln war gemäß den Kriterien der h.M. keine nach § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO verbotene Täuschung. Den Entscheidungen des LG Limburg und des 2. Strafsenats ist nicht zu entnehmen, dass dem Beschuldigten ausdrücklich oder zumindest konkludent vermittelt wurde, die Eröffnung des Tatvorwurfs sowie der Beweislage sei umfassend. Das reine Verschweigen von Rechten und Tatsachen wird von der h.M. schon im Grundsatz nicht als Täuschung eingeordnet.<sup>83</sup> Das gilt auch hinsichtlich Umständen, über die nach § 136 Abs. 2 StPO zu informieren oder zu belehren ist, wie den differenzierenden Regelungen der §§ 136 Abs. 1, 136a StPO entnommen werden kann.<sup>84</sup> Die Grenze zur Täuschung ist erst dann erreicht, wenn der Beschuldigte etwa durch ein selektives Verschweigen ein erheblich verzerrtes Bild der Vorwürfe gegen ihn erhält.<sup>85</sup> Auch das ist hier nicht ersichtlich und angesichts der Nähe der Vorwürfe von Einfuhr und Handeltreiben auch nicht naheliegend.

**c. Verstoß gegen die Pflicht zur Eröffnung des Tatvorwurfs gem. § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO**

Es bleibt damit der auch vom 2. Strafsenat erwogene Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO. Die dort geregelte Pflicht zur Eröffnung der dem Beschuldigten zur Last gelegten Tat soll ihm die notwendigen Informationen zur effektiven Ausübung rechtlichen Gehörs und des Rechts auf Verteidigung verschaffen<sup>86</sup> und ist auch in Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. a IPBPR gewährleistet. Weil aber eine vollständige Offenlegung sowohl des Tatvorwurfs in all seinen Einzelheiten sowie der ihm zugrunde liegenden Beweissituation die weiteren Ermittlungen einschließlich der Vernehmung erschweren

<sup>80</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 48 f. = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>81</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 53 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784 unter Verweis auf BVerfG StV 2017, 361, 363 = HRRS 2016 Nr. 862.

<sup>82</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 49 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784; s.a. *Nowroussian* Kriminalistik 2013, 105, 106, der die präventive Zwecksetzung des Beamten aus dem präventiven Aufgabenbereich seiner Behörde ableitet und damit allein von der ihm erlaubten auf die von ihm verfolgten Zwecksetzung schließt.

<sup>83</sup> BGHSt 39, 335, 348; 40, 66, 72; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136a Rn. 21; kritisch demgegenüber *Gleiß*, in: Löwe/Rosenberg Bd. 4, 26. Aufl. (2007), § 136a Rn. 43; *Dencker* StV 1994, 667, 672.

<sup>84</sup> *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136a Rn. 21; *Gleiß*, in: LR Bd. 4 (Fn. 83), § 136a Rn. 42; *Pauckstadt-Maihold*, in: KMR (Fn. 21) (56. EL. 2012), § 136a Rn. 13; *Meyer-Goßner/Schmitt* a.a.O. (Fn. 2), § 136a Rn. 16; *Eb. Schmidt* NJW 1968, 1209, 1217; a.A. OLG Bremen NJW 1967, 2022, 2023; offengelassen in BGHSt 22, 170, 175.

<sup>85</sup> *Schuhr*, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 136a Rn. 41.

<sup>86</sup> Statt vieler *Rogall*, in: SK-StPO Bd. II (Fn. 23), § 136 Rn. 38.

kann, wird dem Vernehmenden vom 2. Strafsenat<sup>87</sup> in Einklang mit der h.M.<sup>88</sup> die Möglichkeit zur Berücksichtigung ermittlungstaktischer Erwägungen und damit ein gewisser Beurteilungsspielraum über das Ausmaß der Offenlegung zugesprochen. Teilweise finden sich Formulierungen, die den Umfang gänzlich unter den Vorbehalt effektiver Strafverfolgung stellen.<sup>89</sup> Der 2. Strafsenat<sup>90</sup> nimmt mit Teilen der Literatur<sup>91</sup> jedenfalls in der Formulierung zurückhaltender an, dass gemäß dem Rechtsgedanken des § 147 Abs. 2 StPO die Eröffnung jedenfalls der Verdachtsgründe soweit zurückgestellt werden kann, wie sie den Untersuchungszweck gefährden würde.

Nicht zuletzt deswegen ist die Grenzziehung zwischen gebotener Eröffnung und zulässiger Zurückhaltung im Einzelnen unklar. Zumindest muss der Vernehmende dem Beschuldigten den Sachverhalt in groben Zügen bekannt machen.<sup>92</sup> Zur Darlegung der Verdachtsgründe einschließlich der Beweissituation soll er nach wohl überwiegender Auffassung nicht verpflichtet sein.<sup>93</sup> Diese Einschätzung teilt auch der 2. Strafsenat und stützt sie auf den Wortlaut des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, „wonach die Tat und nicht die Beweismittel zu eröffnen“ seien. Auf dieser Grundlage sah er die Zurückhaltung von Informationen zum Hintergrund der legendierten Kontrolle („Genese des Tatverdachts“) zur Verdeckung der gegen B. laufenden Ermittlungen als gerechtfertigt an.<sup>94</sup>

Letztlich muss sich der Umfang der Belehrung nach dem Zweck der Vernehmung bemessen. Gemäß § 136 Abs. 2

StPO liegt dieser (auch)<sup>95</sup> darin, dem Beschuldigten die Gelegenheit zu verschaffen, „die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen“, ihm also die Erlangung rechtlichen Gehörs und eine effektive Verteidigung zu ermöglichen.<sup>96</sup> Der Begriff der Verdachtsgründe geht über denjenigen des Tatvorwurfs aus Absatz 1 Satz 1 insoweit hinaus, als er jedenfalls auch die Tatsachen einschließlich Indiztatsachen erfasst, auf die der Tatverdacht gründet. Wenn aber die Vernehmung nach § 136 Abs. 2 StPO dem Beschuldigten ermöglichen soll, die gegen ihn bestehenden Verdachtsgründe zu beseitigen, dann muss er diese auch kennen, was nur durch eine Pflicht zu deren Eröffnung gewährleistet ist.<sup>97</sup> Für spätere Entscheidungen kann die Stellungnahme zu den Verdachtsgründen einschließlich der Beweissituation sogar bedeutsamer sein als diejenige zum Tatvorwurf selbst. Demgemäß geht eine Gegenauffassung zu Recht davon aus, dass dem Beschuldigten zumindest im Grundsatz auch die Beweistatsachen und Beweismittel mitzuteilen sind.<sup>98</sup> Dass nach dem Wortlaut des § 136 Abs. 2 StPO die Vernehmung die Gelegenheit zur Verteidigung geben soll, steht der Annahme einer solchen Pflicht nicht entgegen, da mit der Formulierung allein die Zwecksetzung zum Ausdruck gebracht wird.<sup>99</sup> Eine Offenlegung können die Strafverfolgungsbehörden im Regelfall dadurch vermeiden, dass sie den Zeitpunkt der Beschuldigtenvernehmung hinausschieben.<sup>100</sup> Das Gesetz setzt in § 163a Abs. 1 Satz 1 StPO insoweit den Abschluss der Ermittlungen als äußerste zeitliche Grenze.<sup>101</sup>

Im vorliegenden Fall stützte das LG Limburg die Verurteilung auch auf die bereits vor der Durchsuchung erlangten Beweismittel, insbesondere diejenigen aus der TKÜ,<sup>102</sup> die Verurteilung wegen des schwerer wiegenden Vorwurfs der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG dürfte

<sup>87</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 47 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>88</sup> BGH NStZ 2012, 581, 582 = HRRS 2012 Nr. 423; *Schuhr*, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 136 Rn. 21; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 2), § 136 Rn. 6; *Rogall*, in: SK-StPO Bd. II (Fn. 23), § 136 Rn. 40.

<sup>89</sup> S. etwa *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 8: „Dem Beschuldigten ist die Zielrichtung des Vorwurfs so zu erläutern, dass er sich sachgerecht verteidigen kann, jedoch nicht so weit, dass die Aufklärung des Sachverhalts und damit die Effektivität der Strafverfolgung darunter leidet“ (Hervorhebung im Original); ähnlich Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 2), § 136 Rn. 6.

<sup>90</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 47 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>91</sup> *Gleß*, in: LR Bd. 4 (Fn. 83), § 136 Rn. 22, 56; *Pauckstadt-Maihold*, in: KMR (Fn. 21) (65. EL. 2012), § 136 Rn. 22; *Rogall*, in: SK-StPO Bd. II (Fn. 23), § 136 Rn. 69; a.A. *Grünwald*, Beweisrecht der Strafprozessordnung (1997), S. 63; restriktiv auch *Degener GA* 1992, 443, 466; wohl tendenziell weitergehend demgegenüber *Ahlbrecht*, in: HK-StPO (Fn. 17), § 136 Rn. 31; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 18.

<sup>92</sup> BGH NStZ 2012, 581, 582 = HRRS 2012 Nr. 423; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 8; *Eschelbach*, in: SSW-StPO (Fn. 9), § 136 Rn. 38; *Gleß*, in: LR Bd. 4 (Fn. 83), § 136 Rn. 21; weitergehend *Dencker StV* 1994, 667, 676: der Beschuldigte müsse „vollständig mit dem Belastungsmaterial konfrontiert werden“; *Finke ZStW* 95 (1983), 918, 959: „ausnahmslos sämtliche Details der Hypothese“.

<sup>93</sup> S. etwa *Finke ZStW* 95 (1983), 918, 959; Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O. (Fn. 2), § 136 Rn. 13; *Pauckstadt-Maihold*, in: KMR (Fn. 21) (65. EL. 2012), § 136 Rn. 22; *Rogall*, in: SK-StPO Bd. II (Fn. 23), § 136 Rn. 40, 61.

<sup>94</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 48 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>95</sup> S. zur Diskussion, ob allein darin oder auch in der Sachaufklärung der Zweck der Vernehmung zu sehen ist und wie die Zwecke ggf. zueinander zu gewichten sind, den Überblick bei *Degener GA* 1992, 456 ff.; *Eschelbach*, in: SSW-StPO (Fn. 9), § 136 Rn. 5 f.; *Lesch ZStW* 111 (1999), 624 ff.

<sup>96</sup> Statt vieler *Rogall*, in: SK-StPO Bd. II (Fn. 23), § 136 Rn. 18.

<sup>97</sup> S.a. *Dencker StV* 1994, 667, 676; *Eschelbach*, in: SSW-StPO (Fn. 9), § 136 Rn. 37; *Gleß*, in: LR Bd. 4 (Fn. 83), § 136 Rn. 56; *Grünwald a.a.O.* (Fn. 91), S. 60; *Lesch ZStW* 111 (1999), 624, 642; *Pauckstadt-Maihold*, in: KMR (Fn. 21), (65. EL. 2012), § 136 Rn. 22; *Schuhr*, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 136 Rn. 45.

<sup>98</sup> *Gleß*, in: LR Bd. 4 (Fn. 83), § 136 Rn. 22; *Grünwald a.a.O.* (Fn. 91), S. 60; s.a. *Schuhr*, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 136 Rn. 45.

<sup>99</sup> So auch *Grünwald a.a.O.* (Fn. 91), S. 63; i.Erg. a. *Degener GA* 1992, 443, 465 f.; *Gleß*, in: LR Bd. 4 (Fn. 83), § 136 Rn. 56; a.A. *Pauckstadt-Maihold*, in: KMR (Fn. 21) (65. EL. 2012), § 136 Rn. 22; *Rogall*, in: SK-StPO Bd. II (Fn. 23), § 136 Rn. 69.

<sup>100</sup> *Lesch ZStW* 111 (1999), 624, 642; *Schuhr*, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 136 Rn. 21.

<sup>101</sup> S. dazu *Wohlers/Albrecht*, in: SK-StPO Bd. III (Fn. 17), § 163a Rn. 9. Ob damit auch den Vorgaben aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. a IPBPR genügt ist, bleibt an dieser Stelle ausgespart.

<sup>102</sup> LG Limburg, Urt. v. 1.3.2016, Az. 4 Js 12755/15 – 5 Kls – nicht veröffentlicht; s.a. BGH 2 StR 247/16, Rn. 49 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

ausschließlich auf ihnen beruhen. Zudem ist der Hintergrund der legendierten Kontrolle entscheidend für die Verwertbarkeit der dadurch erlangten Beweismittel (s.o. III.1.c.). Das Ermittlungsverfahren der Frankfurter Kriminalpolizei war damit für das weitere Verfahren und die erstinstanzliche Entscheidung von grundlegender Bedeutung. Der Beschuldigte hätte folglich in die Lage versetzt werden müssen, sich auch dazu zu äußern.

Zudem wurden ihm nur Teile des Tatvorwurfs eröffnet. Der Gesetzgeber hat sich aber mit der Pflicht zur Eröffnung des Tatvorwurfs in § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO für einen Vorrang des Informationsinteresses des Beschuldigten entschieden<sup>103</sup> und dieses – anders als die Akteneinsicht gemäß der vom BGH als argumentative Stütze herangezogenen Vorschrift des § 147 Abs. 2 StPO – gerade nicht unter den Vorbehalt des Strafverfolgungsinteresses gestellt. Nun ist bei Ermittlungen wegen mehrerer Taten im prozessualen Sinne herrschende<sup>104</sup> und auch vom Senat in Bezug genommene<sup>105</sup>, aber nicht unumstrittene<sup>106</sup> Auffassung, dass nicht von Anfang an alle in Verdacht stehenden Taten offengelegt werden müssen. Ob eine sukzessive Eröffnung auch dann zulässig ist, wenn – wie hier – Teile derselben prozessualen Tat betroffen sind, zweifelt der 2. Strafsenat an, lässt es aber offen.<sup>107</sup>

Maßgeblich dafür ist erneut der Zweck der Vernehmung, ob also der Beschuldigte der Information bedarf, um informiert seine Verteidigungsinteressen wahrzunehmen und ggf. die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe beseitigen zu können. Dafür ist entscheidend, welche Bedeutung dem verschwiegenen Vorwurf im Verhältnis zum eröffneten zukommt. Für eine geringere Relevanz spricht die Rechtsfolge der Tateinheit, dass also gem. § 52 Abs. 1 StGB für die beiden Delikte nur eine Einheitsstrafe gebildet wird. Andererseits fasst, soweit es um die tatsächlichen Grundlagen des Tatvorwurfs geht, die Figur der Bewertungseinheit ganz anders als die Regelfälle der Tateinheit teilweise sehr unterschiedliche, zeitlich und räumlich weit gestreckte Lebenssachverhalte zu einer Tat im konkurrenzrechtlichen und auch prozessualen Sinn zusammen. Mit Bezug auf die rechtlichen Folgen ist von Bedeutung, dass die Straftat der Einfuhr einer nicht geringen Menge an Betäubungsmitteln

schwerer wiegt als der mit einer geringeren Mindeststrafe bedrohte Handel mit ihr. Der dem Beschuldigten verschwiegene Tatvorwurf gab damit den Rahmen für die Zumessung seiner Strafe vor. Auch dieser hätte dem Beschuldigten daher eröffnet werden müssen.

Ein Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO wäre nur dann zu verneinen, wenn die Eröffnungspflicht gemäß dem Rechtsgedanken des § 147 Abs. 2 StPO bei einer Gefährdung des Untersuchungszwecks begrenzt wäre. Die Voraussetzungen einer solchen Einschränkung lägen vor. Aus dem in § 163a Abs. 1 Satz 1 StPO niedergelegten Erfordernis, dem Beschuldigten vor der Abschlussentscheidung zu seiner effektiven Verteidigung Gehör zu gewähren, wäre dann aber eine Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden abzuleiten, die vollständige Eröffnung des Tatvorwurfs und eine diesbezügliche Vernehmung nachzuholen. Hier wurde dem Beschuldigten lediglich nachträglich ermöglicht, im Wege der Akteneinsicht umfassend vom Tatvorwurf und der Beweissituation Kenntnis zu erlangen, indem die Hintergründe der legendierten Kontrolle verzögert in der Akte dokumentiert wurden. Eine erneute Vernehmung des Beschuldigten vor dem Abschluss der Ermittlungen erfolgte nicht.<sup>108</sup>

### 3. Zur verzögerten Dokumentation des ihr zugrunde liegenden Ermittlungsverfahrens

Abschließend widmet sich der 2. Strafsenat der Frage, ob die Strafverfolgungsbehörden das Frankfurter Ermittlungsverfahren erst nachträglich in der später dem Gericht übersandten Ermittlungsakte dokumentieren durften. Tragend sind diese Ausführungen nicht, da es an einer entsprechenden Rüge fehlte.<sup>109</sup> Der 2. Strafsenat nutzt aber wie auch der 4. Strafsenat im Jahr 2010<sup>110</sup> die Gelegenheit, Bedenken an der Vereinbarkeit dieses Vorgehens mit dem Fair-trial-Grundsatz und dem Gebot der Aktenwahrheit und -vollständigkeit zu äußern.<sup>111</sup>

Das Gebot der Wahrheit und Vollständigkeit der Aktenführung durch die Strafverfolgungsbehörden hat einfachgesetzlich seinen Niederschlag in den §§ 163 Abs. 2 Satz 1, 168b Abs. 1 StPO gefunden und eine doppelte Zwecksetzung: Auf der einen Seite stellt es sicher, dass der Beschuldigte und sein Verteidiger im Wege der Akteneinsicht die für eine effektive Wahrnehmung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und des Rechts auf Verteidigung erforderlichen Informationen erlangen können.<sup>112</sup> Insoweit ist das Gebot der Aktenwahrheit und -vollständigkeit in dem in Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 Satz 2 niedergelegten und im Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 1 GG verankerten<sup>113</sup> Recht auf ein faires Verfahren sowie dem

<sup>103</sup> Vgl. a. *Schuhr*, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 136 Rn. 21, 45, 57.

<sup>104</sup> Statt vieler *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 8; *Ahlbrecht*, in: HK-StPO (Fn. 17), § 136 Rn. 17.

<sup>105</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 49 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>106</sup> Kritisch etwa *Gleiß*, in: LR Bd. 4 (Fn. 83), § 136 Rn. 24 m.w.N.

<sup>107</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 49 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784. Handlungseinheit folgte daraus, dass sie dieselbe Rauschgiftmenge zum Gegenstand hatten und damit eine sog. Bewertungseinheit bildeten; da diese Menge nicht gering war, geht zudem nach der Rechtsprechung des BGH die Einfuhr nicht in der Tat des Handeltreibens auf (BGHSt 31, 163; 40, 73; *Körner/Patzak/Volkmer*, BtMG, 8. Aufl. [2016], § 29 Rn. 342; *Rahlf*, MK-StGB Bd. 6, 2. Aufl. (2013), § 29 Rn. 555; weitergehend wohl *Weber*, BtMG, 4. Aufl. [2013], Vor §§ 29 ff., Rn. 562 ff.); zudem soll nach BGH NStZ-RR 2010, 216 bei Vorliegen nur einer Tat auch der unselbstständige Teilakt strafscharfend berücksichtigt werden können.

<sup>108</sup> Zu den Rechtsfolgen einer solchen Nichtanhörung s. den Überblick etwa bei *Meinecke* StV 2015, 325 ff.

<sup>109</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 51 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>110</sup> BGH NStZ 2010, 294 = HRRS 2010 Nr. 269.

<sup>111</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 53 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>112</sup> S. dazu a. statt vieler *Erb*, in: LR Bd. 5 (Fn. 44), § 160 Rn. 61; *Wohlers*, in: SK-StPO Bd. III (Fn. 17), § 147 Rn. 1.

<sup>113</sup> St. Rspr. des BVerfG, s. *BVerfGE* 57, 250, 274 f.; 63, 380, 390; 70, 297, 308.

Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG fundiert.<sup>114</sup> Zugleich soll das Gebot sicherstellen, dass das erkennende Gericht bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung den Ablauf des Ermittlungsverfahrens vollständig nachvollziehen kann.<sup>115</sup> Aber auch dem Ermittlungsrichter, der im Vorverfahren über die intensivsten Grundrechtseingriffe zu entscheiden hat, muss mit der Akte eine möglichst vollständige und jedenfalls nicht seitens des Staates verkürzte Entscheidungsgrundlage verschafft werden.<sup>116</sup> Die präventive Kontrolle durch ihn als eine von den Strafverfolgungsbehörden unabhängige, neutrale Stelle hat wenig Sinn, wenn die Strafverfolgungsbehörden darüber befinden können, welche Entscheidungsgrundlage sie ihm zur Verfügung stellen. Dieser Zweck des Gebots zur Aktenführung lässt sich allgemein als Ausformung der Bindung der Strafverfolgungsbehörden und der Justiz an Recht und Gesetz und des Rechtsstaatsprinzips verstehen.<sup>117</sup> Dementsprechend stellt der 2. Strafsenat in Einklang mit der sonstigen Rechtsprechung des BGH und des Bundesverfassungsgerichts<sup>118</sup> fest, dass „in einem rechtsstaatlichen Verfahren schon der bloße Anschein vermieden werden [muss], die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen“.<sup>119</sup> Diese Zwecksetzung lässt sich zudem ebenfalls individual-schützend untermauern, da auch der Betroffene ein Recht hat, dass Entscheidungen über erhebliche Grundrechtseingriffe nur auf einer möglichst zuverlässigen Entscheidungsgrundlage getroffen werden. Dieses Interesse lässt sich in den von der Maßnahme betroffenen Grundrechten, dem Recht auf effektiven Rechtsschutz oder aber allgemeiner erneut im Recht auf ein faires Verfahren verorten.

Anders als das Informationsinteresse des Beschuldigten, das nach den §§ 101 Abs. 5, 147 Abs. 2 StPO bei einer Gefährdung des Untersuchungszwecks eingeschränkt werden kann, ist außerhalb der engen gesetzlichen Ausnahmen wie § 96 StPO keine Grundlage ersichtlich, dem Gericht entscheidungsrelevante Informationen vorzuenthalten.<sup>120</sup> Die Dokumentation muss zudem so zeitnah erfolgen, dass den beiden vorgenannten Zwecken genügt ist. Verzögerungen bedürfen – auch nach gesetzlicher Konzeption – einer gesetzlichen Gestattung, wie sie etwa in den §§ 68 Abs. 3 Satz 4, 101 Abs. 2 StPO, nicht aber für die Hintergründe der auf Offenheit angelegten

Durchsuchung vorgesehen ist.<sup>121</sup> Außerhalb dieser Ausnahmetatbestände kommt ein Aufschieben der Dokumentation entsprechend der zweitgenannten Zwecksetzung daher jedenfalls dann nicht mehr in Betracht, wenn eine Entscheidung auf Grundlage der Ermittlungsakte zu treffen ist. Das gilt selbst dann, wenn eine Kenntnismahme der Umstände den Untersuchungszweck gefährden würde.<sup>122</sup> Dem ist vielmehr durch eine Verweigerung der Akteneinsicht nach § 147 Abs. 2 StPO zu begegnen. Dass dieser Möglichkeit durch § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO Grenzen gesetzt sind, ist als gesetzgeberische Entscheidung zu Lasten der Strafverfolgungsinteressen hinzunehmen.

In der Herleitung des Gebots der Aktenwahrheit und -vollständigkeit stützt sich der 2. Strafsenat zwar maßgeblich auf die objektiv-rechtsstaatliche Begründung, betrachtet die Folgen hingegen nur in Bezug auf den erstgenannten individualschützenden Aspekt. Er verneint eine unzulässige Beschränkung der Verteidigungsrechte in der Hauptverhandlung, da dem Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt noch alle Verteidigungsmöglichkeiten offen gestanden hätten.<sup>123</sup> Dass er auf die Folgen für den zweitgenannten Zweck, die Schaffung einer zuverlässigen Entscheidungsgrundlage für den Richter, gar nicht erst eingeht, ist folgerichtig: Wären auch die Erkenntnisse aus den heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in den Akten vermerkt gewesen, so hätten sie nach Auffassung des 2. Strafsenats Zwangsmaßnahmen wie die Untersuchungshaft gegen den Beschuldigten erst recht gestützt.

Da jedoch die Hintergründe der legendierten Kontrolle ein Verwertungsverbot begründeten, wurden dem Haftrichter durch ihr Verschweigen entscheidungserhebliche Informationen vorenthalten. Nur so hätte er erkennen können, dass die durch die Durchsuchung erlangten Erkenntnisse bei der Beurteilung, ob der Beschuldigte der Tat dringend verdächtig war, nicht herangezogen werden durften.<sup>124</sup> Auch die verzögerte Dokumentation der Einbindung der Durchsuchung in ein laufendes Ermittlungsverfahren war demnach rechtswidrig.

## IV. Schluss

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt haben die Strafverfolgungsbehörden im Interesse effektiver Strafverfolgung mit ihrem auf unbedingte Geheimhaltung des Ermittlungsverfahrens gerichteten Vorgehen gleich dreifach beschuldigtenschützendes Strafverfahrensrecht verletzt. In ihrer Gesamtschau zeugen diese

<sup>114</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 51, 53 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784; BGH NStZ 2010, 294 = HRRS 2010 Nr. 269; s.a. BVerfG StV 2017, 361, 363 = HRRS 2016 Nr. 862; Wohlers, in: SK-StPO Bd. III (Fn. 17), § 147 Rn. 1.

<sup>115</sup> BGH NStZ 2014, 277, 281 = HRRS 2014 Nr. 163; Erb, in: LR Bd. 5 (Fn. 44), § 160 Rn. 61 f.; Kölbl, in: MK-StPO Bd. 2 (Fn. 17), § 160 Rn. 48.

<sup>116</sup> S.a. BVerfG StV 2017, 361, 362 = HRRS 2016 Nr. 862; BGH 2 StR 247/16, Rn. 53 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784; Schlothauer, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. (2014), § 3 Rn. 35.

<sup>117</sup> Für eine entsprechende Verankerung des Gebots der Aktenwahrheit und -vollständigkeit etwa BVerfG StV 2017, 361, 362 = HRRS 2016 Nr. 862 m.w.N.

<sup>118</sup> BVerfG StV 2017, 361, 362 = HRRS 2016 Nr. 862; BGH NStZ 2014, 277, 281 = HRRS 2014 Nr. 163; StraFo 2015, 458 = HRRS 2015 Nr. 898.

<sup>119</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 53 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>120</sup> A.A. Nowroussian a.a.O. (Fn. 1), S. 196.

<sup>121</sup> Demgemäß scheidet eine analoge Anwendung des § 96 StPO aus, s. dazu Schlothauer a.a.O. (Fn. 116), § 3 Rn. 35. m.w.N.

<sup>122</sup> A.A. Huth/Proyer Der Kriminalist 11/2012, 10, 15; Nowroussian Kriminalistik 2011, 370, 372 f.; Tönssgerlemann AWPPrax 2012, 168, 171.

<sup>123</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 55 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>124</sup> Zur Berücksichtigung von Verwertungsverboten im Rahmen von § 112 StPO s. etwa BGHSt 36, 396, 398; OLG Dresden StraFo 2012, 185; Böhm/Werner, in: MK-StPO Bd. 1 (Fn. 2), § 112 Rn. 24, 29; Graf, in: KK-StPO (Fn. 21), § 112 Rn. 7; Paeffgen, in: SK-StPO Bd. III (Fn. 17), § 112 Rn. 8. Freilich ist zuzugeben, dass auch Erkenntnisse aus der Observation und Telekommunikationsüberwachung allein wohl den Haftbefehl getragen hätten.



Verstöße von ebenfalls drei bedenklichen Tendenzen im Strafverfahren. 1. Die Frankfurter Kriminalpolizei hatte nicht nur zu verantworten, dass der Haftrichter auf unvollständiger Tatsachengrundlage über den Erlass eines Haftbefehls entschied, sondern setze auch die Staatsanwaltschaft erst nachträglich über den Hintergrund der legendierten Kontrolle in Kenntnis.<sup>125</sup> Ein solches Vorgehen steht, wie auch vom 2. Strafsenat gerügt,<sup>126</sup> in Widerspruch zur Kompetenzordnung im Strafverfahren und bestärkt Sorgen über eine Verpolizeilichung der Verfahrensführung und deren Gefahren weiter.<sup>127</sup> 2. Von einer Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens kann aber

<sup>125</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 11 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>126</sup> BGH 2 StR 247/16, Rn. 53 = StV 2017, 642 ff. = HRRS 2017 Nr. 784.

<sup>127</sup> S. dazu a. Gertler, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO (Stand: 1. Januar 2017), RiStBV 1 Rn. 24 f.

auch insoweit gesprochen werden, als verstärkt unter Rückgriff auf präventive Ermächtigungsgrundlagen Beweismittel gewonnen werden, die dann in das Strafverfahrensrecht eingeführt werden sollen.<sup>128</sup> Dafür sind legendierte Kontrollen ganz allgemein ein Beispiel. 3. Schließlich nährt das Vorgehen der Ermittlungsbehörden Zweifel, dass sie sich der Bedeutung der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse als Ermächtigungsgrundlagen für ansonsten untersagte Grundrechtseingriffe bewusst sind, und nicht vielmehr davon ausgehen, im Interesse der Strafverfolgung sei erlaubt, was das Strafprozessrecht nicht ausdrücklich untersagt. Insoweit wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Bundesgerichtshof die Gelegenheit genutzt hätte, sie daran zu erinnern.

<sup>128</sup> S. dazu etwa Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts (1995), S. 13 ff.; ders., in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 99 Rn. 29 ff.; Zabel StraFo 2011, 20, 22.

Aufsätze und Anmerkungen

# Ein Plädoyer für die flächendeckende Etablierung der Substitutionsbehandlung im deutschen Strafvollzug

## Im Spannungsfeld zwischen medizinischer Notwendigkeit, strafvollzugsrechtlichen Grundsätzen und der herrschenden Vollzugspraxis

Von Christopher Bendek, Tübingen\*

### I. Einleitung

„Die Substitutionsbehandlung ist oftmals ein wesentlicher Baustein einer erfolgreichen Drogentherapie. Wenn die medizinischen Voraussetzungen für eine Substitutionsbehandlung vorliegen, sollte diese auch erfolgen, egal ob die Patientin oder der Patient auf freiem Fuß ist oder nicht. Auf die besonderen Anforderungen im Strafvollzug ist hierbei Rücksicht zu nehmen.“<sup>1</sup> Mit diesen Worten bestätigte die Bundesdrogenbeauftragte Marlene Mortler den Stellenwert dieser Behandlungsform, und dies – entgegen der primär abstinenzorientierten Praxis, eben auch im Strafvollzug. Etwa 30 – 40 % aller Gefangenen in Deutschland sind drogenabhängig. Während knapp die

Hälfte aller Opioidabhängigen mittels Substitution therapiert wird, trifft dies lediglich auf einen kleinen Teil der abhängigen Gefangenen zu. Obwohl die Behandlung mit Ersatzstoffen wie Methadon (Substitution) also überwiegend anerkannt ist, stellt sie in Justizvollzugsanstalten also noch immer die Ausnahme dar.

Bereits am 01.09.2016 entschied der EGMR, dass durch die langjährige Verweigerung der Substitutionsbehandlung seitens einer JVA mangels sorgfältiger Prüfung des Einzelfalles gegen Art. 3 EMRK verstoßen wurde.<sup>2</sup> Gut ein Jahr nach diesem bemerkenswerten Urteil ist ein vollzugsrechtlicher Paradigmenwechsel noch nicht in Sicht. Die Uhren scheinen im Strafvollzug schlicht langsamer zu laufen. Eine solche Vernachlässigung der Substitution lässt sich unter Hinweis auf deren Erfolge im allgemeinen Gebrauch aus gesundheitlichen, kriminolo-

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls Universität Tübingen mit dem abgeschlossenen Schwerpunktbereich „Kriminalwissenschaften“.

<sup>1</sup> Bundesdrogenbeauftragte Mortler, zitiert nach BT-Drucks. 18/10047, S. 2.

<sup>2</sup> Urteil des EGMR vom 01.09.2016, Az.: V 62303/13 (Wenner v. Deutschland).

gischen sowie vollzugsrechtlichen Erwägungen jedenfalls nicht mehr halten. Es besteht noch immer Raum für ein Umdenken hinsichtlich der künftigen Behandlung Drogenabhängiger im Strafvollzug.

Dieser Beitrag soll sich daher, nach einer Einführung in die rechtliche Situation und den Stellenwert der Behandlung, im Kern damit beschäftigen, ein solches Umdenken anzuregen und die Gründe für eine, dem entgegenstehende Praxis zu diskutieren.

## II. Heroin- bzw. Opioidabhängigkeit

Die Opioidabhängigkeit ist, vor allem aufgrund ihres ausgeprägten Abhängigkeitspotentials sowie hoher Komorbidität eine schwerwiegende und behandlungsbedürftige, chronische Krankheit.<sup>3</sup> Opioide sind psychotrope Substanzen mit morphinartigen Wirkungen, die durch die Interaktion mit den Opioid-Rezeptoren wirken. Bekanntestes Opioid ist das Heroin. Die Einnahme führt rasch zu euphorisierenden und schmerzlindernden Rauschzuständen, gefolgt von starken Entzugserscheinungen.<sup>4</sup> Durch den regelmäßigen Konsum tritt schnell eine sowohl psychische als auch körperliche Abhängigkeit ein.<sup>5</sup>

## III. Extramurale Substitutionsbehandlung

Neben der regulären Entgiftung ist die opioidgestützte Substitutionsbehandlung mittlerweile die am häufigsten angewandte Therapieform zur Bekämpfung von Heroin- bzw. Opioidabhängigkeit in Deutschland. Dazu kommen abstinenzorientierte Rehabilitationsangebote.<sup>6</sup> Bei der Substitutionsbehandlung erhalten PatientInnen, die an einer Opioidabhängigkeit leiden, eine Versorgung mit Ersatzstoffen. Diese Ersatzstoffe besetzen Opiatrezeptoren im Gehirn – der „Hunger“ auf den Originalstoff bleibt damit aus.<sup>7</sup> Hauptsächlich wird mit den Stoffen Methadon, Levomethadon und Buprenorphin substituiert. In ausgewählten Fällen können zudem Codein, Dihydrocodein, Diamorphin und Morphin zur Behandlung verabreicht werden.<sup>8</sup> Die Behandlung dient in erster Linie der Überlebenshilfe und Schadensminimierung (harm reduction), um den Folgen langjähriger Abhängigkeit entgegenzuwirken. Durch die gesundheitliche und soziale Stabilisierung soll die Therapiefähigkeit gestärkt oder wiederhergestellt werden um langfristig das Idealziel der Abstinenz zu ermöglichen.<sup>9</sup> Integraler Bestandteil

einer jeden Substitutionsbehandlung ist die begleitende psychosoziale Betreuung (PSB) der PatientInnen.<sup>10</sup>

## 1. Rechtliche Grundlagen der Substitution

Die rechtlichen Grundlagen der Behandlung ergeben sich aus dem BtMG, der BtMVV und den Richtlinien der Bundesärztekammer zur substitutionsgestützten Behandlung Opiatabhängiger (BÄK-RL). Bei Fragen der Finanzierung durch die gesetzlichen Krankenkassen ist daneben die „Richtlinie zu Untersuchungs- und Behandlungsmethoden der vertragsärztlichen Versorgung“ des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (MvV-RL) ergänzend heranzuziehen.<sup>11</sup> Die Verschreibung der Substitution ist zulässig, wenn sie medizinisch indiziert ist, § 13 Abs. 1 S. 1 BtMG iVm § 5 Abs. 3 BtMVV. Sie ist ferner nur dann medizinisch indiziert, wenn sie bei Vorliegen einer manifesten Opioidabhängigkeit gegenüber anderen Therapieformen die erfolversprechendere darstellt, Nr. 2 BÄK-RL. Sie richtet sich daher vornehmlich an PatientInnen, bei denen abstinenzorientierte Ansätze gescheitert sind oder deren Scheitern zu vermuten ist. Damit ist die Behandlung als ultima ratio einzustufen, § 13 Abs. 1 S. 2 BtMG. Rechtliche Voraussetzungen der Verschreibung von Substitutionsmitteln, insbesondere an die ärztliche Qualifikation sind näher in § 5 BtMVV aufgeführt.

Durch die dritte Verordnung zur Änderung der BtMVV vom 22.05.2017 wurden die rechtlichen Grundlagen der Substitutionsbehandlung gelockert, um ihre Anwendung zukünftig erleichtern zu können.<sup>12</sup> Während die Wiederherstellung der Abstinenz vormals als primäres Ziel der Behandlung galt, soll diese nun zwar weiterhin als Idealziel angestrebt werden, § 5 Abs. 2 BtMVV. Der Fokus der Behandlung liegt nun aber in erster Linie auf der Überlebenshilfe. Die Änderungen sollen die Vorgaben der Behandlung an den wissenschaftlichen Fortschritt und praktische Erfordernisse anpassen<sup>13</sup>. Wesentliche Ziele der Behandlung sind nun gem. § 5 Abs. 2 BtMVV:

- die Sicherstellung des Überlebens,
- die Besserung und Stabilisierung des Gesundheitszustandes,
- die Abstinenz von unerlaubt erworbenen oder erlangten Opioiden,
- die Unterstützung der Behandlung von Begleiterkrankungen oder

<sup>3</sup> Langer et al. Suchtmedizin 2011, 202 f.

<sup>4</sup> Blum, in: Arnold/Schille (Hrsg.), Praxishandbuch Drogen und Drogenprävention, 2002, S. 96; Schreiber Kriminalistik 8-9/1995, S. 534.

<sup>5</sup> Langer et al. Suchtmedizin 2011, 202, 203.

<sup>6</sup> Pfeiffer-Gerschel et al., in: DBBD, Workbook Drogen 2016, S. 52.

<sup>7</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage 2014, Rn. 1598.

<sup>8</sup> Bundesopiumstelle, Bericht zum Substitutionsregister Januar 2017, S. 4.

<sup>9</sup> Pont et al., Substitutionsbehandlung im Strafvollzug – Ein praktischer Leitfaden, 2012, S. 25.

<sup>10</sup> Pfeiffer-Gerschel et al., (Fn. 6), S. 53; Servais Kriminalistik 2/1999, S. 124.

<sup>11</sup> Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer (Hrsg.), BtMG, 8. Auflage 2016, § 13, Rn. 54.

<sup>12</sup> BGBl. I 2017, S. 1275 ff.

<sup>13</sup> Weiterhin wurde auch die Strafbewehrung ärztlicher Verstöße gegen Therapieziele beseitigt. Damit solle für mehr Rechtssicherheit für substituierende Ärzte gesorgt werden. Vermehrt sollen neue ÄrztInnen für die Behandlung gewonnen, und die bundesweite Versorgung damit auch künftig sichergestellt werden. Gem. § 18 Abs. 2 BtMVV findet die BtMVV bis zu ihrer Verkündung im Bundesanzeiger in ihrer a.F. Anwendung, kritisch zur Änderung Ullmann, in: Alt. Drogen- und Suchtbericht 2017, S. 74 ff.

- die Verringerung der durch die Opioidabhängigkeit bedingten Risiken während einer Schwangerschaft sowie während und nach der Geburt.

## 2. Diamorphingestützte Substitutionsbehandlung

Alternativ zur regulären Ersatzstoffvergabe besteht die Möglichkeit der diamorphingestützten Substitution.<sup>14</sup> Hierbei wird der Suchtstoff (i.d.R. Heroin) nicht durch einen Ersatzstoff wie Methadon ersetzt. Vielmehr wird der Patient direkt mit synthetisch hergestelltem, reinem Heroin (Diamorphin) versorgt. Die Behandlung mit Diamorphin ist für Fälle konzipiert, in denen vor allem therapieresistente, langjährig schwerstabhängige PatientInnen nicht oder nicht mehr mit anderen Formen der Behandlung erreicht werden können.<sup>15</sup> Neben den allgemeinen Voraussetzungen der Substitutionsbehandlung richtet sich die Zulässigkeit der Diamorphinvergabe daher zusätzlich nach den engeren Voraussetzungen des § 5a BtMVV.

## IV. Intramurale Substitutionsbehandlung

### 1. Behandlungsmöglichkeiten im Umgang mit Opioiden im Strafvollzug

Auch in Haft gibt es differenzierte Möglichkeiten, auf Opioidabhängigkeit zu reagieren. In Deutschland werden dabei Methoden wie die Kurzzeitgiftung angeboten, welche mit oder ohne Medikamentenunterstützung durchgeführt werden kann (sog. Ausschleichen der Sucht), abstinenzorientierte Behandlungen mit PSB, antagonistengestützte Behandlungen<sup>16</sup>, und schließlich die Substitution mit PSB<sup>17</sup>. Dem vorangestellt bietet sich häufig die Möglichkeit, die Strafvollstreckung zugunsten einer Behandlungsmaßnahme in Freiheit unter den Voraussetzungen des § 35 BtMG zurückzustellen (Therapie statt Strafe).<sup>18</sup>

### 2. Grundlagen der Gesundheitsfürsorge opioidabhängiger Gefangener

Weder das StVollzG des Bundes, noch die neu geschaffenen Gesetze der Länder enthalten indes konkrete Vorschriften zur Behandlung von Drogenabhängigkeit. Daher gelten auch hier die allgemeinen Vorschriften des Strafvollzugsrechts. Hiernach hat jeder Gefangene einen An-

spruch auf medizinische Versorgung, § 56 ff. StVollzG.<sup>19</sup> Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen ruhen während des Vollzuges, § 16 Abs. 1 Nr. 4 SGB V. Es ist jedoch auf eine Angleichung an die ärztlichen Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen hinzuwirken. Dieses sog. Äquivalenzprinzip ist Ausprägung des Angleichungs- und Gegensteuerungsgrundsatzes und lässt sich daher direkt aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten.<sup>20</sup>

### 3. Grundlagen der Substitutionsbehandlung im Strafvollzug

Drogen- und insbesondere Opioidabhängigkeit unterfällt als behandlungsbedürftige Krankheit auch der intramuralen Gesundheitsfürsorge. Dem Äquivalenzprinzip folgend ist ihre Behandlung grundsätzlich auch für Gefangene mit Substitutionsmitteln möglich.<sup>21</sup> Dabei ist zu beachten, dass ein Anspruch auf medizinische Versorgung nicht auch eine bestimmte Therapieform indiziert. Vielmehr muss diese im konkreten Fall auch durch den Anstaltsarzt für erforderlich gehalten werden.<sup>22</sup> Diesem wird insoweit ein Ermessensspielraum gewährt, welcher von den Gerichten nur begrenzt überprüfbar ist.<sup>23</sup> Daraus folgt, dass Gefangenen lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, nicht jedoch ein Anspruch auf die Substitutionsbehandlung an sich zusteht. Stellt der Arzt die Indikation der Behandlung hingegen fest, besteht ein Rechtsanspruch auf deren Durchführung.<sup>24</sup> Im Unterschied zur Behandlung in Freiheit, haben Gefangene auch kein Recht auf freie Arztwahl.<sup>25</sup> Während ein Patient in Freiheit im Falle einer Ablehnung einen neuen Arzt konsultieren kann, ist diese Möglichkeit im Strafvollzug daher nicht ohne weiteres gegeben. Lehnt ein Anstaltsarzt die Behandlung dagegen trotz Indikation ab, haben betroffene Gefangene einen Anspruch darauf, in eine andere JVA verlegt zu werden oder die angestrebte Behandlung alternativ außerhalb des Vollzuges aufzunehmen.<sup>26</sup>

Die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung der Substitutionsbehandlung des BtMG und der BtMVV gelten auch im Bereich des Strafvollzuges neben den allgemeinen Bestimmungen fort. Daneben sind auch hier die BÄK-RL maßgeblich.<sup>27</sup> Sowohl Fortführung als auch der

<sup>14</sup> Zur diamorphingestützten Substitution vgl. *Bendek* HRRS 12/2016, 556 – 564.

<sup>15</sup> *Malek*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht* 2. Auflage 2014, § 5 BtMVV (noch a.F.), Rn. 30.

<sup>16</sup> Antagonistengestützte Behandlung meint den Einsatz von lang wirksamen Opiatrezeptorenblockern, z.B. von Naltrexon oder Naloxon, DHS, *Drogenabhängigkeit, Suchtmed.* Reihe Bd. 4, 2006, S. 50.

<sup>17</sup> Zu möglichen Therapieformen insgesamt: *Schulte et al.*, in: DBBD, *Workbook Gefängnis* 2016, S. 13.

<sup>18</sup> Näheres hierzu *Körner* NStZ 1998, 227 – 235; *Laubenthal*, *Strafvollzug*, 7. Auflage 2015, Rn. 584.

<sup>19</sup> Aufgrund der Vielzahl seit der Föderalismusreform erlassener Landestrafvollzugsgesetze und deren überwiegend inhaltlicher Vergleichbarkeit wird hier stellvertretend das StVollzG des Bundes herangezogen.

<sup>20</sup> *Lesting*, in: Feest/Lesting/Lindemann (Hrsg.), *AK StVollzG*, 7. Auflage 2017, § 62 LandesR, Rn. 2.

<sup>21</sup> OLG München NStZ-RR 2012, 385.

<sup>22</sup> OLG München NStZ-RR 2012, 385; vgl. auch § 58 StVollzG bzw. die landesrechtlichen Pendants.

<sup>23</sup> OLG Hamm, Beschluss v. 3.7.2014, Az. 3 Ws 213/14.

<sup>24</sup> OLG Hamburg StV 2002, 265; *Stöver*, in: *AK StVollzG* (Fn. 20), Teil VII B, Nr. 2, Rn. 60.

<sup>25</sup> OLG Nürnberg NStZ 1999, S. 480; *Laubenthal*, (Fn. 18), Rn. 636.

<sup>26</sup> LG Dortmund StV 1995, 143; *Graebisch*, in: *Kotz/Rahlf* (Hrsg.), *Praxis d. Betäubungsmittelstrafrechts*, 1. Auflage, 2012, Kapitel 11 E, Rn. 404.

<sup>27</sup> Da die Behandlung im Strafvollzug nicht in das System gesetzl. Krankenkassen eingebunden ist, finden auch die Bestimmungen der MvV-RL keine direkte Anwendung, i.S.d. Äquivalenzprinzips sind sie dennoch als Leitlinien für

Beginn einer Substitutionsbehandlung nach Haftantritt werden in begründeten Fällen explizit von der BÄK empfohlen.<sup>28</sup>

#### 4. Diamorphinsubstitution im Strafvollzug

Regelungen über eine mögliche Behandlung mit Diamorphin fehlten bislang sowohl im bundesrechtlichen StVollzG als auch den landesrechtlichen Regelungen. Baden-Württemberg hat durch die „Verwaltungsvorschrift des Justizministeriums über Substitution im Justizvollzug“ vom 15. Juli 2011 einen Rahmen für die Behandlung mit Diamorphin geschaffen. So soll nach Punkt 13.2 der Verwaltungsvorschrift die Diamorphinsubstitution in der JVA Stuttgart möglich sein.<sup>29</sup> Von der Behandlung ist seit Erlass der Verwaltungsvorschrift jedoch bisher kein Gebrauch gemacht worden.<sup>30</sup> Die Einbindung der Diamorphinvergabe in den Strafvollzug wurde allerdings in erfolgsversprechenden Modellversuchen bereits zweier schweizer Justizvollzugsanstalten erprobt.<sup>31</sup>

### V. Welche Bedeutung haben Opioidabhängigkeit und ihre Folgen für den Strafvollzug?

#### 1. Abhängigkeit in Haft

Die Anzahl abhängiger Gefangener ist nicht ohne weiteres genau zu bestimmen. Ein erster Anhaltspunkt wäre die Anzahl der wegen Verstößen gegen das BtMG verurteilten Insassen.<sup>32</sup> Nicht berücksichtigt werden dabei jedoch Gefangene, die zwar abhängig sind, aber aufgrund anderer Straftaten inhaftiert wurden (z.B. wegen Vermögensdelikten zur Drogenbeschaffung) und Gefangene, die erst in Haft mit Drogen in Berührung kommen.<sup>33</sup> Denkbar sind auch Fälle, in denen Insassen im Zusammenhang mit Drogen verurteilt wurden, jedoch nicht abhängig sind – etwa nicht selbst konsumierende Dealer. Schätzungen über die Prävalenz von Drogenabhängigkeit in Haft belaufen sich derzeit auf 30 bis 40 % aller männlichen Inhaftierten in Deutschland, wobei die Heroin- und damit Opioidabhängigkeit einen erheblichen Anteil ausmacht.<sup>34</sup> Dabei zeigen sich geschlechtsspezifische Unterschiede. So sind oft mehr als 50 % der weiblichen

die Behandlung heranzuziehen, vgl. Graebisch, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 354.

<sup>28</sup> Vgl. Punkt 2 (Indikation) der BÄK-RL, verabschiedet am 19. Februar 2010; Stöver/Knorr/Schäffler, in: Alt. Drogen- und Suchtbericht 2017, S. 58.

<sup>29</sup> Vgl. Schäffler/Foot Journal Akzeptanzorientierte Drogenarbeit 2014, 11, 143.

<sup>30</sup> Dt. AIDS-Hilfe, Substitution in Haft, 4. Auflage 2014, S. 4.

<sup>31</sup> Kaufmann/Dobler-Mikola, in: Jacob/Keppler/Stöver (Hrsg.), Drogengebrauch und Infektionsgeschehen im Strafvollzug 1997, S. 173 – 179; Stöver, in: AK StVollzG, (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 63.

<sup>32</sup> Schulte et al., (Fn. 17), S. 5; Stöver FS 5/2013, 275, 277.

<sup>33</sup> BMI/BMJ, 2. PSB 2006, S. 612.

<sup>34</sup> Husmann, „Wie kann die Substitution in Haft weiterentwickelt werden?“ Das Beispiel Nordrhein-Westfalen, 2010, S. 49; Stöver FS, 5/2013, 275, 277; ders. Suchttherapie 2012 13, 74.

Gefangenen drogenabhängig.<sup>35</sup> Bei ca. 51.000 Strafgefangenen ist daher unter Berücksichtigung der Rate von 30 – 40 % von 15.000 bis 20.000 drogenabhängigen Gefangenen auszugehen.<sup>36</sup> Absolute Zahlen belaufen sich ferner auf etwa 150.000 bis 175.000 Opioidabhängige<sup>37</sup> bzw. 56.000 bis 174.000 Personen<sup>38</sup> mit riskantem Konsumverhalten<sup>39</sup>. Damit befindet sich gut jeder Zehnte dieser Gruppe in Haft.<sup>40</sup>

#### 2. Konsumverhalten

Die hohen Prävalenzen abhängiger Gefangener stellen ein großes Problem für den Strafvollzug dar. Der intramurale Handel zwingt Konsumenten häufig in Abhängigkeitsverhältnisse und begünstigt damit ein Erstarken subkultureller Gefüge und Gewaltverhältnisse.<sup>41</sup> Um dieser Gefahren gerecht zu werden, wird im Strafvollzug überwiegend repressiv (sog. Null-Toleranz-Strategie) gegen Drogen vorgegangen. Entsprechend hoch ist der personelle und finanzielle Aufwand zur Eindämmung von Drogenproblemen.<sup>42</sup> Der Konsum von Drogen kann im Strafvollzug dennoch trotz aller Sicherheitskontrollen nicht vollständig verhindert werden.<sup>43</sup> Die benötigten Mengen insbesondere an Heroin und anderen „harten“ Drogen stehen allerdings nicht im selben Ausmaß und gleicher Qualität zur Verfügung, wie sie es in Freiheit würden, sind häufig verunreinigt oder gestreckt.<sup>44</sup> Gibt es Versorgungsengpässe wird zumeist auf andere, verfügbare Stoffe zurückgegriffen. Das Konsumverhalten ist folglich von gefährlichem Mischkonsum geprägt.<sup>45</sup> Der hohe Beschaffungsdruck bei geringer Verfügbarkeit wirkt sich wiederum auf die Preishöhe aus. Aufgrund der ohnehin eingeschränkten Finanzierungsmöglichkeiten erfolgt die Bezahlung daher häufig in Form subkulturell angepasster Alternativen; Erpressungen, Gewalt und Verschuldungen prägen den Alltag.<sup>46</sup> Heroin wird darüber hinaus zumeist durch venöse Injektion eingenommen, der Zugang zu sterilen Spritzen blieb Gefangenen jedoch, bis auf einige

<sup>35</sup> Stöver KrimJ 4/1999, S. 272.

<sup>36</sup> Eigene Berechnung.

<sup>37</sup> Poehlke/Heinz/Stöver, Drogenabhängigkeit und Substitution, ein Glossar von A bis Z, 4. Auflage 2016, S. 75.

<sup>38</sup> EMCDDA, Country Drug Report 2017 (Germany), S. 1, 6; Pfeiffer-Gerschel et al., in: DBBD, Kurzbericht der Situation illegaler Drogen in Deutschland 2016, S. 7.

<sup>39</sup> Riskantes Konsumverhalten ist anzunehmen unter folgenden Voraussetzungen: Es wird wiederholt konsumiert, es entstehen Schäden für die Person (Abhängigkeit, aber auch gesundheitliche, psychologische oder soziale Probleme) oder es steigt das Risiko, solche Schäden zu erleiden, Pfeiffer-Gerschel et al., (Fn. 6), S. 66.

<sup>40</sup> Vgl. Berechnung von Stöver BAG-S Informationsdienst Straffälligenhilfe, 1/2013, S. 8, jedoch unter Zugrundelegung der Zahlen des Jahres 2012.

<sup>41</sup> Stöver, in: AK StVollzG (Fn. 20), Teil VII B Nr. 2, Rn. 6; zur Korrelation zwischen Gewalt und intramuralem Drogenhandel und –Konsum siehe Baier/Bergmann FS 2/2013, 76 – 83.

<sup>42</sup> Stöver, in: AK StVollzG (Fn. 20), Teil VII B Nr. 2, Rn. 13.

<sup>43</sup> Bruns StV 1987, 504, (505); Lesting StV 1990, 225; Laubenthal, (Fn. 18), Rn. 579; Stöver KrimJ 1993, 184, 194 f.

<sup>44</sup> Stöver, in: AK StVollzG (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 4, 23 ff.

<sup>45</sup> Graebisch, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 336; Stöver, in: AK StVollzG (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 1, 25.

<sup>46</sup> Husmann, Weiterentwicklung der Substitutionsbehandlung in Haft, Dokumentation der Fachtagung Berlin, 2010, S. 52.

Modellversuche, bisher verwehrt.<sup>47</sup> Daher ist der Strafvollzug auch mit dem gemeinsamen und mehrfachen Spritzengebrauch konfrontiert. Die Ausbreitung von Infektionskrankheiten wie HIV und Hepatitis und gesundheitlichen Folgeproblemen können folgen.<sup>48</sup> Entsprechende Prävalenzraten sind unter Haftpopulationen im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung tatsächlich deutlich erhöht.<sup>49</sup>

Es ist festzustellen, dass sich typische Folgen der Abhängigkeit in Freiheit (gesundheitliche Risiken, subkulturelle Abhängigkeitsverhältnisse und Beschaffungsdruck) ebenso in der intramuralen Drogenszene widerspiegeln.<sup>50</sup> Zurecht wird Drogenabhängigkeit teilweise als eines der drängendsten Probleme des deutschen<sup>51</sup> Strafvollzugs bezeichnet.<sup>52</sup>

### 3. Die Substitutionsbehandlung in der Vollzugspraxis

Aufgrund der vielschichtigen Problematik intramuralen Drogengebrauchs spielt die Suchtbehandlung eine tragende Rolle im Strafvollzug. Die Behandlung von Suchterkrankungen und Folgeschäden bindet letztendlich auch das medizinische Personal und erschwert damit eine umfassende und adäquate Versorgung der übrigen Gefangenen.<sup>53</sup> Die Vermutung liegt also nahe, dass zur Vermeidung der bekannten drogenbedingten Probleme im Strafvollzug ein umfangreiches Angebot an Behandlungsmöglichkeiten existieren müsste, welches sich primär am wissenschaftlichen Stand der extramuralen Behandlungspraxis orientiert. Geht man dabei davon aus, dass die Substitution in Deutschland mit 78.500 PatientInnen<sup>54</sup> derzeit etwa 40 – 50 % aller Opioidabhängigen erreicht, zeigt sich in Haft jedoch ein ganz anderes Bild. Die Dt. AIDS-Hilfe ging im Jahr 2011 davon aus, dass nur etwa fünf bis neun Prozent der Opioidabhängigen überhaupt eine dauerhafte Substitution erhalten.<sup>55</sup> Größzügigere Schätzungen belaufen sich mittlerweile auf noch immer geringe 15 – 16 % der abhängigen Haftpopulati-

on.<sup>56</sup> Noch im Juni 2017 kam der Europäische Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) in seinem Bericht zu deutschen Haftzuständen zu dem Ergebnis, dass im Bereich der Substitutionsbehandlung deutliche Defizite zu erkennen seien, da diese in untersuchten JVA's teilweise überhaupt nicht angeboten werde.<sup>57</sup> Vielmehr bestehen bei Art und Verfügbarkeit wie auch der tatsächlichen Durchführung von Behandlungsangeboten ein Nord-Süd, ein Ost-West, sowie ein Stadt-Land-Gefälle.<sup>58</sup> Während die Behandlung in einigen Bundesländern wie etwa Bremen und NRW bereits flächendeckend angeboten wird, erhalten in Bayern nur wenige Gefangene eine Dauersubstitution.<sup>59</sup> Diese wird in der Regel nur in einigen Anstalten und lediglich bei Kurzstrafen durchgeführt.<sup>60</sup> Abweichend von extramuralen Standards überwiegt in Haft die abstinenzorientierte Behandlung mittels Kurzentgiftung. Die Zahl der in Freiheit begonnenen Behandlungen<sup>61</sup>, die in der Haft abgebrochen werden, liegt teilweise bei bis zu 70 %.<sup>62</sup>

Die Behandlung von Opioidabhängigkeit im Strafvollzug ist daher mit der Behandlung in Freiheit quantitativ und, sofern sie überhaupt angeboten wird, wohl auch qualitativ nicht zu vergleichen, obwohl die Abhängigkeit und ihre Folgen im Haftalltag durchaus präsent und diesen mitbestimmend sind. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es keine aktuellen, aussagekräftigen Statistiken über das tatsächliche Angebot auf Bundesebene gibt, welches sich somit nur näherungsweise anhand der vorhandenen Untersuchungen ermitteln lässt. Substitutionsbehandlungen in Haft sollen künftig zwar erfasst werden, entsprechende Behandlungszahlen wurden bisher noch nicht veröffentlicht.<sup>63</sup>

<sup>47</sup> Zur Forderung der Abgabe sterilen Spritzbestecks im Strafvollzug *Lesting StV* 1990, 225 – 230.

<sup>48</sup> *Laubenthal*, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich* 2005, S. 198 f.

<sup>49</sup> *Zimmermann et al.*, in: RKI (Hrsg.), *Abschlussbericht der DRUCK-Studie*, 2016, S. 17, 44-46, 149 f.; *Knorr*, in: *Alt. Drogen- und Suchtbericht* 2017, S. 61.

<sup>50</sup> Vgl. insgesamt *Graebisch*, in: *Kotz/Rahlf*, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 336 f.

<sup>51</sup> Ein Standpunkt, der wohl auch international Geltung genießen dürfte, einige zentralasiatische Staaten haben bzgl. Opioidabhängigkeit mit Prävalenzraten von bis zu 80 % der Gefangenenpopulation zu kämpfen, *Pont et al.*, (Fn. 9), S. 10.

<sup>52</sup> So *Laubenthal*, (Fn. 18), Rn. 579 f.; *Stöver*, in: *AK StVollzG* (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 13.

<sup>53</sup> *Stöver* BAG-S Informationsdienst *Straffälligenhilfe*, 1/2013, S. 9.

<sup>54</sup> Bundesopiumstelle, *Bericht zum Substitutionsregister Januar 2017*, S. 2.

<sup>55</sup> Dt. AIDS-Hilfe e.V., abrufbar unter: <http://magazin.hiv/2011/07/21/substitution-ist-keine-kapitulation-vor-der-kriminalitaet/> (Stand: 15.11.2017); vgl. auch *Stöver*, in: *AK StVollzG* (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 62.

<sup>56</sup> *Stöver*, *Betreuung im Strafvollzug*, 2014, S. 154.

<sup>57</sup> Während Gefangenen in Celle und Tonna die Substitution angeboten wurde, werde diese in der JVA Kaisheim aus grundsätzlichen Erwägungen heraus in der Regel nicht angeboten, obwohl sie außerhalb der Anstalt allgemein verfügbar ist, *CPT Bericht* vom 01.06.2017, S. 32.

<sup>58</sup> *Kepler* FS 1/2013, 25, 28 f.; *Schulte et al.*, (Fn. 17), S. 1.

<sup>59</sup> Presseinformation der BAG-S e.V., abrufbar unter: <http://bag-s.de/nc/aktuelles/aktuelles0/article/europaeischer-gerichtshof-zur-substitution-in-haft/> (Stand: 27.09.2017).

<sup>60</sup> *CPT Bericht* vom 01.06.2017, S. 32.

<sup>61</sup> Es handelt sich insoweit also um medizinisch indizierte (und somit gem. Nr. 2 BÄK-RL die für PatientInnen am besten geeigneten) Maßnahmen, die dennoch abgebrochen wurden.

<sup>62</sup> *Stöver*, in: *AK StVollzG* (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 60; *Graebisch*, in: *Kotz/Rahlf* (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 355; *Stöver*, *European Addiction Research* 2011, 44 – 54; Eine in Bayern durchgeführte Studie ergab sogar, dass dort bei knapp 90 % der Befragten eine in Freiheit begonnene Substitution in Haft abgebrochen worden war, hierzu: *Schäffler/Zimmermann* *Journal Akzeptanzorientierte Drogenarbeit* 2012, S. 30.

<sup>63</sup> *Knorr*, in: *Alt. Drogen- und Suchtbericht* 2017, S. 61.

## VI. Welche Vorteile brächte ein Ausbau der Substitution in Haft?

### 1. Die Substitution – Kein Allheilmittel, aber die derzeit effektivste Form der Behandlung

Zahlreiche empirische Begleituntersuchungen zeigen ebenso wie die bereits langjährige praktische Erfahrung im Behandlungsablauf, dass die Substitutionsbehandlung

- die physische sowie psychische Gesundheit wie auch die Lebensqualität der PatientInnen sichert und langfristig steigert,
- eine deutliche Reduktion des Heroinkonsums sowie der Mortalität und Morbidität bewirkt,
- das Risiko und die Ausbreitung von HIV und Hepatitis Infektionen verringert,
- Behandlungsabbrüche reduziert und sich damit positiv auf die Behandlungskontinuität auswirkt,
- zur Reduktion der Kriminalität und damit auch der Wiederverurteilung und -inhaftierung beiträgt,
- die Arbeitsfähigkeit steigert oder wiederherstellt und damit die soziale Integration fördert,
- und darüber hinaus vergleichsweise kostengünstig gegenüber stationären Entzugsbehandlungen ist.<sup>64</sup>

Damit gilt die Substitutionsbehandlung als derzeit effektivste Therapieform zur Bekämpfung von Opioidabhängigkeit, die als echte Alternative zu abstinenzorientierten Methoden gleichwertig neben diese tritt.<sup>65</sup> Sie stellt allerdings kein Allheilmittel dar, der Idealfall der Drogenabstinenz wird nur selten erreicht. Verstärkt zeigt sich jedoch, dass die Abstinenz nicht als alleiniges Ziel der Behandlung anzustreben ist. Für viele PatientInnen mit ausgeprägten Drogenkarrieren ist bereits die Stabilisierung der wichtigste Schritt um in ein normales Leben zurückkehren zu können.<sup>66</sup> Selbst wenn also die Sucht nicht direkt durch die Substitution geheilt werden kann, darf sie gleichwohl als Grundlage für nachfolgende Therapiemöglichkeiten und damit als „Einstieg für den Ausstieg“ bezeichnet werden.<sup>67</sup> Dabei zeigt sich weiterfüh-

<sup>64</sup> Vgl. insgesamt *Vertheim/Kalke/Raschke*, Resultate internationaler und bundesdeutscher Evaluationsstudien zur Substitutionstherapie mit Methadon – eine Übersicht. *Psychotherapie Psychosomatik Medizinische Psychologie*, 1994, 44, 128 – 136; *Raschke*, Substitutionstherapie. Ergebnisse langfristiger Behandlung von Opiatabhängigen, 1994; *Stöver/Michels* Harm Reduction Journal 2010; 7, 17.

<sup>65</sup> WHO Bulletin Vol. 86, (3) 2008, S. 164; *Reimer*, Projekt zur Evaluation d. missbräuchlichen Verwendung von Substitutionsmitteln in Deutschland, 2009, S. 1; *Zimmermann et al.*, in: RKI, DRUCK-Studie, (Fn. 49), S. 17.

<sup>66</sup> *Schulte-Scherlebeck* Journal Akzeptanzorientierte Drogenarbeit, 2010, 7: 37, 49 f.

<sup>67</sup> So *Schwind*, Kriminologie 23. Auflage 2016, § 27, Rn. 68; vgl. auch *Böhmer* PZ, 47/ 2015, abrufbar unter: <http://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=60811> (Stand: 15.11.2017); kritisch *Weber*, BtMG, 5. Auflage 2017, § 5 BtMVV, Rn. 15 ff.; *Wittchen et al.* Suchtmedizin 2011, 13 (5), S. 253.

rend, dass die spezielle Behandlungsform mit Diamorphin den regulären Substituten insbesondere bei schwerstabhängigen PatientInnen sowohl medizinisch<sup>68</sup>, als auch in Bezug auf die Kriminalitätsentwicklung sogar noch überlegen ist.<sup>69</sup> Dementsprechend wäre auch eine stärkere Einbindung der Diamorphinsubstitution in Haft durchaus denkbar.

### 2. Haftspezifische Vorteile der Substitutionsbehandlung?

Der Strafvollzug stellt als totale Institution mit seinen subkulturellen Eigenheiten ein besonderes Umfeld dar. Die Ergebnisse empirischer Untersuchungen deuten allerdings darauf hin, dass die Vorteile der Substitution im speziellen Setting des Strafvollzuges mit denen in Freiheit durchaus vergleichbar sind.<sup>70</sup> Neben ihrer allgemeinen, positiven Auswirkungen kann sich die Behandlung auch im Strafvollzug vorteilhaft für die Opioidabhängigen, und auch die Justizvollzugsanstalten selbst auswirken.<sup>71</sup>

Die Behandlung kann besonders mit PSB bewirken, dass auch abhängige Gefangene

- ihren Heroingebrauch, den intravenösen Konsum und die gemeinsame Benutzung von Spritzbesteck reduzieren,
- ein geringeres Risiko haben, unmittelbar nach Haftentlassung Rückfälle zu erleiden und durch Überdosierungen zu versterben,
- sich nach der Entlassung häufiger in weiterführende Behandlungen begeben,
- unter dauerhafter Substitution deutlich weniger drogenbezogene Delikte begehen und generell niedrigere Rückfallquoten aufweisen.<sup>72</sup>

Aus Sicht des Strafvollzuges kommt hinzu, dass sich die Produktivität und Arbeitsfähigkeit der Gefangenen steigern lässt. Auch die Ansprechbarkeit der substituierten Gefangenen verbessert sich, ebenso ihre Integration in den Vollzugsalltag. Daneben können Entzugssymptome besser kontrolliert und der illegale Konsum verringert werden, weshalb diese auch weniger stark in den Drogenhandel und subkulturelle Gefüge involviert sind. Durch die gesundheitliche Stabilisierung reduziert sich schließlich auch der Aufwand des medizinischen Perso-

<sup>68</sup> *Naber/Haasen*, Das bundesdeutsche Modellprojekt zur heroingestützten Behandlung Opiatabhängiger, Abschlussbericht 2006; *Vertheim/Kuhn*, Qualitätssicherung der Diamorphinbehandlung, 2012.

<sup>69</sup> Hierzu ausführlich *Köllisch/Löbmann* MschrKrim, 2008, S. 38 – 55; Zu den Ergebnissen der Schweizer PROVE-Studie *Steffen et al.* Suchttherapie 2000, 1, 27 – 33.

<sup>70</sup> *Schulte et al.*, (Fn. 17), S. 10; *Pont et al.*, (Fn. 9), S. 30 ff.

<sup>71</sup> *Stöver*, in: AK StVollzG (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 55 f. m. w. N.; *ders.* Suchttherapie 2012; 13, 74, 76; *Ullmann* StV 2003, 293, 294 f.

<sup>72</sup> Vgl. insgesamt WHO/UNODC/UNAIDS, Interventions to Address HIV in Prisons, 2007, S. 13 ff.; *Deimel/Stöver* Praxis Klinische Verhaltensmedizin & Rehabilitation (Sonderheft) 2015, 28: 19 ff.; siehe auch Aufzählung bei *Keppeler/Knorr/Stöver*, in: Hönekopp/Stöver (Hrsg.), Beispiele Guter Praxis in der Substitutionsbehandlung, 2011, 81 – 97.

nals, welches zu einem Großteil in die Behandlung suchtbedingter Folgeerkrankungen eingebunden ist.<sup>73</sup> Folglich kann sich die Substitution durchaus positiv auf den Strafvollzug auswirken.

VII. Stünde eine Ausweitung der Substitution im Einklang mit dem Strafvollzugsrecht?

## 1. Anwendbarkeit der Vollzugsziele und – Grundsätze

### a) Die Substitution als vollzugsrechtliche Maßnahme

In Literatur und Rechtsprechung wird die These vertreten, die Substitutionsbehandlung sei nicht nur als rein medizinische, sondern auch als Vollzugsmaßnahme zu behandeln. Als vollzugsinterne Maßnahme habe sie sich somit auch an den Grundsätzen und Zielen des Strafvollzugs zu messen. Die Behandlung könnte somit selbst bei medizinischer Indikation abgelehnt werden, sofern sie vollzuglichen Zwecken widerspräche.<sup>74</sup>

### b) Die Substitution als rein medizinische Maßnahme

Nach aA orientiert sich die Behandlung ausschließlich an ihrer medizinischen Erforderlichkeit. Eine Weisungsbefugnis der Anstaltsleitung sei demnach abzulehnen.<sup>75</sup> Sowohl Vollzugsziel als auch Gestaltungsgrundsätze wären nach dieser Ansicht neben medizinischen Erwägungen nicht in die Entscheidung miteinzubeziehen.<sup>76</sup> Auch außerhalb der Haft obliegen Beginn und Abbruch einer Substitution allein der Verantwortung des Arztes. Da die intramurale Behandlung dem Äquivalenzprinzip folgend der in Freiheit anzugleichen ist, könne auch nur der Anstaltsarzt diese Entscheidungen treffen – und dies auch nur aus medizinischen Gründen.<sup>77</sup>

### c) Die Substitutionsbehandlung als medizinische Maßnahme mit eingeschränkt vollzugsrechtlicher Prägung

Die Substitutionsbehandlung stellt zunächst zweifelsfrei eine medizinische Maßnahme dar, die sich somit in erster Linie nur an medizinischen Gesichtspunkten zu orientieren hat. Es spricht dennoch einiges dafür, neben der medizinischen Hauptkomponente der Behandlung auch vollzugsrechtliche Ausprägungen zu erblicken. Mangels

speziellerer Regelungen ergibt sich die Anwendung der Substitution zunächst aus den §§ 56 ff. StVollzG. Diese wiederum unterstehen als vollzugsrechtliche Bestimmungen grundsätzlich auch dem Vollzugsziel und den Gestaltungsgrundsätzen. Als Ausprägung der Grundsätze sowie dem Sozialstaatsprinzip, konkretisiert das verpflichtende Äquivalenzprinzip die Gesundheitsversorgung in essentieller Weise und hat damit maßgeblichen Einfluss auf die Implementierung der in Freiheit etablierten Substitution. Eine Wirkung der Gestaltungsgrundsätze – und auf ihnen aufbauend auch des Vollzugsziels ist somit wohl zumindest mittelbar zu bejahen. Besonders die Substitutionsbehandlung zeigt über ihren medizinischen Wert für die PatientInnen hinaus auch relevante Wirkungen für die Vollzugsgestaltung wie etwa die Reduktion des Konsums und der Kriminalität. Medizinische Leistungen müssen dennoch auf das gesundheitliche Wohl der PatientInnen ausgerichtet sein.<sup>78</sup> Es erscheint daher sachgerecht, die Substitution als medizinische Maßnahme mit lediglich eingeschränkt vollzugsrechtlicher Prägung zu behandeln. Eingeschränkt in dem Sinne, dass vollzugsrechtliche Interessen insoweit Berücksichtigung finden, als sie einer medizinischen Indikation nicht widersprechen. Eine medizinisch indizierte Behandlung darf demnach nicht aus vollzuglichen Gründen versagt werden – es dominiert hier die medizinische Notwendigkeit. Liegt eine Indikation hingegen nicht zweifelsfrei vor, sollte eine Substitution dennoch angewandt werden können, sofern sie dem Vollzugsziel sowie den Gestaltungsgrundsätzen förderlich erscheint und solange dadurch keine medizinischen Nachteile für den Gefangenen zu erwarten sind.<sup>79</sup>

## 2. Abstinenz als Vollzugsziel?

Unabhängig von einer bestimmten Klassifizierung kann wohl übereinstimmend angenommen werden, dass die Vereinbarkeit mit dem Vollzugsziel von entscheidender Bedeutung für die Akzeptanz der Behandlung ist. Ist diese dem Vollzugsziel förderlich, kann eine Ausweitung nur zu begrüßen sein.

### a) Abstinenz und das Ziel der Resozialisierung

Primäres Ziel des Strafvollzugs soll es sein, die Gefangenen zu befähigen, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Resozialisierung), § 2 S. 1 StVollzG.<sup>80</sup> Drogenabhängigkeit ist dem Ziel der Straffreiheit aber in der Regel abträglich. Das gilt beson-

<sup>73</sup> Insgesamt BISDRO/WIAD, Reduction of drug-related crime in prison, 2008; *Keppler/Knorr/Stöver*, in: Hönekopp/Stöver (Fn. 73), S. 79 ff.; *Keppler* FS 1/2013, 25, 31.

<sup>74</sup> OLG Hamburg StV 2002, 265; LG Augsburg StraFo 2011, 528; *Arloth/Krä*, StVollzG 4. Auflage 2017, § 3, Rn. 3; § 58 Rn. 3; *Patzak*, in: Körner/Patzak/Volkmer, (Fn. 11), § 35, Rn. 166; *Weber*, BtMG, (Fn. 67), § 5 BtMVV, Rn. 170 ff.

<sup>75</sup> BSG v. 06.11.2002, B 6 KA 39/01 R; *Lesting*, in: AK StVollzG (Fn. 20), § 62 LandesR, Rn. 76; wohl auch *Deutsch/Spickhoff*, (Fn. 7), Rn. 1598.

<sup>76</sup> Etwa *Böhm/Jehle*, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.), StVollzG, 6. Auflage 2013, § 3, Rn. 11; *Lesting*, in: AK StVollzG (Fn. 20), § 62 LandesR, Rn. 76; *Sönnecken* MedR 5/2004, 246, 248; *Ullmann* StV 2003, 293.

<sup>77</sup> Eine unabhängige Stellung des Anstaltsarztes könne zudem das durch den Strafvollzug erschwerte Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient stärken, vgl. *Sönnecken* MedR 5/2004, 246, 248.

<sup>78</sup> Die Stellung der Substitution als medizinische Maßnahme bedeutet nämlich nicht, wie es etwa *Graebisch* zutreffend formuliert, „dass § 3 StVollzG dafür keine Relevanz hätte, sondern vielmehr, dass sich auch und gerade die medizinische Versorgung an diesem Äquivalenzprinzip zu orientieren hat“, *Graebisch*, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 352.

<sup>79</sup> Ähnlich, jedoch ohne eine solche Klassifizierung der Behandlung vorzunehmen *Graebisch*, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 343, 353.

<sup>80</sup> Vgl. BVerfGE 116, 69, 85 f. = HRRS 2006 Nr. 494; vgl. zum (nicht unumstrittenen) Vorrang des Resozialisierungsauftrags vor dem Schutz der Allgemeinheit vgl. *Lindemann*, in: AK StVollzG (Fn. 20), § 2 LandesR, Rn. 6 ff. m. w. N.

ders für die Opioidabhängigkeit, deren Verlauf häufig geprägt ist von Beschaffungskriminalität. Es drängt sich daher die These auf, Abstinenz sei das einzig legitime Ziel bei der Behandlung abhängiger Gefangener.<sup>81</sup> Nur durch die Abstinenz könne eine tragfähige Grundlage für ein straffreies Leben geschaffen werden.<sup>82</sup> Eine langfristige Substitution sei dagegen nicht mit dem Vollzugsziel vereinbar, da sie in der Regel nicht zur Abstinenz, sondern vielmehr dazu führe, dass die PatientInnen ihre Abhängigkeit nicht ernst nähmen, da sie ohnehin mit Ersatzstoffen versorgt würden.<sup>83</sup> Zudem sei bereits die Grundlage einer Substitution fraglich, da diese vor allem zur Vermeidung von sozialer und körperlicher Verelendung in Betracht komme. Im Strafvollzug, als geschütztem und kontrolliertem Raum seien diese Gründe dagegen überhaupt nicht gegeben, der intramurale Konsum zudem kein „unbeherrschbares Naturereignis“ welches nicht durch geeignete Maßnahmen verhindern werden könne.<sup>84</sup>

Sicherlich ist die Abstinenz ein wünschenswertes (Ideal-)Ziel und kann Grundlage eines künftig straffreien Lebens sein. Verfechten einer abstinenzenorientierten „Null-Toleranz-Strategie“ ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Drogenfreiheit besonders bei Opioidabhängigkeit nur sehr schwer zu realisieren ist. Dieses Ergebnis gilt für alle Behandlungsformen, sowohl für Substitutions- als auch abstinenzenorientierte Entgiftungsbehandlungen.<sup>85</sup> Die Substitution kann zudem nicht nur der Vermeidung von (in Haft ausgeschlossener) Verelendung dienen. Sie dient ebenfalls zur Reduktion von Infektionsrisiken, der Mortalitätsrate und weiteren gesundheitlichen Risiken.<sup>86</sup>

Die hohen Zahlen in Haft konsumierender Gefangener zeigen weiter, dass Drogen vor einem „geschützten Raum“ nicht Halt machen und die Eindämmung nur begrenzt möglich ist. Doch auch wenn der Konsum reduziert oder sogar gänzlich eingestellt werden kann, sind Rückfälle nach Entlassung die Regel. Diese sind wiederum nicht nur mit erhöhten Mortalitätsrisiken aufgrund des Toleranzabbaus verbunden.<sup>87</sup> Durch den Rückfall in alte Konsummuster erstarken zudem auch strafrechtliche Probleme – sei es nur der strafbare Besitz, oder auch die zur Finanzierung notwendige Beschaffungskriminalität. Das Vollzugsziel abstinenzenorientiert zu erreichen erscheint jedenfalls umso schwieriger, wenn durch die Verfügbarkeit von Drogen die Entwöhnung einerseits erschwert wird, andererseits aber intramurale Drogenprobleme aus Sicht der „Null-Toleranz-Strategie“ gar nicht existieren dürften – ein verantwortungsvoller Umgang mit etwaigen Rückfällen nach der Haft also, mangels Bedarf, theoretisch gar nicht vermittelt werden müsste.

Die Bestimmung der Abstinenz als Vollzugsziel lässt sich weiterhin auch nicht aus der Pönalisierung des Umgangs mit Betäubungsmitteln ableiten. Nach dem BtMG strafbar sind lediglich der Besitz, Handel und sonstiger Umgang mit Betäubungsmitteln. Der Konsum alleine ist strafrechtlich nicht zu beanstanden. Das gilt freilich auch für den Konsum im Rahmen einer medizinisch indizierten Substitution. Dem Ziel eines Lebens ohne Straftaten widerspricht der hier legale Umgang also nicht per se. Berücksichtigt man dabei den Rückgang illegalen Beikonsums sowie die Reduzierung von Beschaffungskriminalität im Rahmen einer laufenden Behandlung, so lässt dies den Schluss zu, dass diese, wenn sie auch die Opioidabhängigkeit nicht vollständig beseitigen mag, im Ergebnis besser geeignet zu sein scheint, ein straffreies Leben zu fördern, als die Abstinenz zwangsweise anzuordnen, dieses Ideal in vielen Fällen damit aber eher zu gefährden statt zu erreichen<sup>88</sup>. Ist die Abstinenzenorientierung also der Substitutionsbehandlung mit Blick auf die künftige Delinquenz nicht überlegen, ist auch eine Bestimmung der Abstinenz zum Vollzugsziel nicht zu rechtfertigen und übersteigt den Rahmen des § 2 S. 1 StVollzG.<sup>89</sup>

Im Gegenteil lässt sich die Annahme einer resozialisierungsfreundlichen Wirkung der Substitution schließlich auch aus § 35 BtMG ableiten. Das Konzept der Therapie statt Strafe sieht vor, die Strafe zurückzustellen, sofern eine verurteilte Person, deren Straftat sich auf die Betäubungsmittelabhängigkeit zurückführen lässt, sich in eine suchttherapeutische Behandlung begibt. Dabei gilt auch die Substitutionsbehandlung als mögliche Behandlungsform<sup>90</sup>. Wäre diese also grundsätzlich als resozialisierungsfreundlich einzustufen, ginge damit die Intention des § 35 BtMG, der von einer positiven Wirkung der Behandlung ausgeht, die die Zurückstellung einer Freiheitsstrafe rechtfertigen könne, verloren. Es ist nicht ersichtlich, dass für selbige Behandlungen intramural andere Bewertungsmaßstäbe hinsichtlich ihrer Effekte auf die Resozialisierung gelten sollen, zumal sich die Vorteile der Behandlung erwiesen auch auf den Strafvollzug übertragen lassen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Abstinenz lediglich eine mögliche Grundlage darstellt, ein zukünftig straffreies Leben zu ermöglichen, nicht jedoch Ziel des Vollzuges sein kann. Auch die Behandlung mittels langfristiger Substitution wirkt sich positiv auf die künftige Legalbewährung und damit resozialisierungsfreundlich aus. Es handelt sich um eine wirksame Alternative neben abstinenzenorientierten Ansätzen, die also durchaus mit den Vorgaben des § 2 S. 1 StVollzG in Einklang zu bringen ist. Dabei ist zu beachten, dass nicht jede Behandlungsform für jeden Patienten erfolgsversprechend ist. Die Substitution in den Haftalltag zu integrieren bedeutet statt der Verdrängung abstinenzenorientierter Angebote vielmehr, das Behandlungsspektrum zu erweitern und

<sup>81</sup> So OLG Hamburg StV 2002, 265 f.; Arloth/Krä, StVollzG, (Fn. 74), § 3, Rn. 7.

<sup>82</sup> Weber, BtMG (Fn. 67), § 5 BtMVV, Rn. 171.

<sup>83</sup> OLG Hamburg StV 2002, 265; vgl. auch Hauptmann Kriminalistik, 1/1999, 17, 23.

<sup>84</sup> OLG Hamburg StV 2002, 265; Weber, BtMG (Fn. 67), § 5 BtMVV, Rn. 170 ff.

<sup>85</sup> Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, (Fn. 11), § 13, Rn. 39.

<sup>86</sup> Vgl. Ullmann StV 2003, 293, 294 f.

<sup>87</sup> Stöver, (Fn. 56), S. 153; ders. FS, 5/2013, 275, 278.

<sup>88</sup> Ähnlich Kubnik StV 2002, 269 f.; Stöver/Pollähne, in: Gerlach/Stöver (Hrsg.), Vom Tabu zur Normalität: 20 Jahre Substitution in Deutschland, 2005, S. 140 f.

<sup>89</sup> So auch Graebisch, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 347.

<sup>90</sup> Körner NStZ 1998, 227, 231; Malek, in: Spickhoff, (Fn. 15), § 35 BtMG, Rn. 4.



somit das Gelingen des Resozialisierungsauftrags individueller fördern zu können.<sup>91</sup>

### b) Schutz der Allgemeinheit

Desweiteren soll der Strafvollzug auch dem Schutz der Allgemeinheit dienen, § 2 S. 2 StVollzG. Bereits terminologisch handelt es sich hierbei nicht um ein (erst zu erreichendes) Vollzugsziel, sondern vielmehr eine von Anfang an zu erbringende Aufgabe. Die Sicherung ist zwar Konsequenz des Vollzugs der Freiheitsstrafe, stellt aber weder deren Zweck noch Ziel dar.<sup>92</sup> Es erscheint daher vorzugswürdig, die Substitutionsbehandlung allein am Vollzugsziel der Resozialisierung zu messen.<sup>93</sup> Vertritt man dennoch die These, der Schutz der Allgemeinheit sei Ziel des Strafvollzuges ist zu differenzieren. Der Schutz außerhalb der Gefängnismauern ist durch eine Substitutionsbehandlung während des Vollzuges nicht beeinträchtigt und damit sichergestellt. Vollzugsintern verringert sich nach aktuellem Erkenntnisstand der illegale Konsum während der Behandlung. Dies führt zu einem Rückgang des intramuralen Handels und damit der Subkulturbildung einerseits, aber auch der Reduktion von Infektionen andererseits. Somit kann die Behandlung auch dem Schutz anderer Gefangener sowie Vollzugsbediensteter dienen. Nach Haftentlassung kann sich eine erfolgreiche Substitutionsbehandlung zudem positiv auf die Straffälligkeit auswirken, da erneute Delikte zur Finanzierung der Opiode nicht mehr erforderlich sind. Im Ergebnis steht die Behandlung dem Schutzgedanken sowohl während des Vollzuges, als auch nach Entlassung nicht entgegen.

## 3. Gestaltungsgrundsätze vs. Opioidkonsum im Strafvollzug

### a) Angleichungsgrundsatz, § 3 Abs. 1 StVollzG

#### aa) Angleichung an allgemeine Lebensverhältnisse

Die Strafe soll im Freiheitsentzug selbst, aber nicht darüber hinaus auch in der Ausgestaltung des Vollzugs liegen. Zusätzliche Einschränkungen sind nur insoweit rechtmäßig, als sie unvermeidbare Folgen des Freiheitsentzuges darstellen.<sup>94</sup> Der Angleichungsgrundsatz besagt dabei, dass das Leben des Gefangenen im Strafvollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen in Freiheit soweit wie möglich angeglichen werden soll, bestehende Unterschiede sollen auf ein Mindestmaß reduziert werden. Solch ein Verständnis der allgemeinen Lebensverhältnisse wirft jedoch Probleme auf, da diese außerhalb der Haft

aufgrund unterschiedlicher gesellschaftlicher und kultureller Prägungen sehr divergieren können. Es ist daher zweifelhaft, ob eine Bestimmung „allgemeiner“ Lebensverhältnisse überhaupt möglich ist. Der Grundsatz soll sich deshalb darauf beschränken, Bedingungen zu schaffen, die der Menschenwürde des Gefangenen sowie den allgemein anerkannten Normen der Gesellschaft entsprechen.<sup>95</sup> Die Abhängigkeit von zumindest „harten“ Drogen wie es Opiode wie Heroin sind, deckt sich in der Regel wohl nicht mit solchen allgemein anerkannten Normen.<sup>96</sup> Es stellt sich aber weiterhin die Frage, ob auch ein solches Verständnis von Angleichung überhaupt sinnvolle Grundlage für die Gestaltung des Strafvollzuges sein kann. Schließlich gleicht kein Mensch dem anderen; besonders Opioidabhängige haben oft bereits langjährige Erfahrungen mit Drogen und Kriminalität gemacht, familiäre Probleme und andere Schicksalsschläge erlebt. Es böte sich daher an, zur Förderung des Vollzugsziels auch i. R. d. Angleichungsgrundsatzes individueller auf die realen Lebensverhältnisse der abhängigen Gefangenen abzustellen.<sup>97</sup> Damit ist freilich nicht gemeint, die Einbindung in Subkulturen der Drogenszene und den Konsum als solchen als Ideal zu verherrlichen. Es bedeutet vielmehr, sich diesen Problemen bewusst zu sein und Rückfällen und wiederauflebenden Kontakten zur Drogenszene individuell entgegenzuwirken.

Die verbreitete Abstinenzorientierung will diesem Ziel zwar gerecht werden, indem der Drogenkonsum möglichst verhindert wird. Eine solch repressive Haltung kann indes nicht verhindern, dass Gefangene nach ihrer Entlassung wieder die ihnen bekannten Verhältnisse vorfinden und erneut mit Drogen konfrontiert werden. Die Angleichung soll ein straffreies Leben nach Entlassung begünstigen und damit der Resozialisierung gerecht werden. Wird das Problem der Abhängigkeit jedoch nicht ernst genommen sondern eher unterdrückt, lässt sich eigenverantwortliches Handeln im Umgang mit drogenspezifischen Gefahren wohl nur schwer erlernen. Die Angleichung an eine drogenfreie Lebensführung liefe ins Leere, sobald nach Haftentlassung ein solches Ideal nicht vorzufinden wäre. Die Erweiterung der Behandlungsmöglichkeiten, eben auch in Form des Ausbaus der dauerhaften Substitution mit psychosozialer Betreuung, vermag es dagegen, den spezifischen Bedürfnissen und Voraussetzungen der Gefangenen gerechter zu werden, indem sie individuellere Wege eröffnet, auch in problematischen Lebensverhältnissen mit der Sucht umzugehen um Erfolge i. S. d. Vollzugsziels nicht erneut zu gefährden.<sup>98</sup> Es zeigt sich daher, dass die Orientierung an allgemein anerkannten Normen wünschenswert und nicht außer Acht zu lassen ist. Sie dient als Grundstein und Motivationsgrundlage für ein künftiges Leben in Straffreiheit und sozialer Verantwortung. Ebenso zu berücksichtigen sind aber auch die realen Verhältnisse, die die Gefangenen bei Entlassung vorfinden werden.

<sup>91</sup> Ähnlich Graebisch, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 349, nach dem es für jeden Einzelfall ermittelt werden soll, ob die Legalbewährung abstinenzorientiert oder besser mittels Substitution erreicht werden kann.

<sup>92</sup> Näher Köhne JR 2007, 494, 495 f.; so auch Feest StV 2008, 553, 555; Lindemann, in: AK StVollzG, (Fn. 20), § 2 LandesR, Rn. 20; ähnlich BT-Drucks. 15/778, S. 7.

<sup>93</sup> So auch Köhne ZRP 2010, 220 f.; vgl. in Bezug auf die Resozialisierung als einziges Ziel BVerfGE 116, 69, 85f. = HRRS 2006 Nr. 494.

<sup>94</sup> Feest/Lesting, in: AK StVollzG, (Fn. 20), § 3 LandesR, Rn. 22 f.

<sup>95</sup> Europäische Strafvollzugsgrundsätze 1988, Nr. 65a; Laubenthal, (Fn. 18), Rn. 198.

<sup>96</sup> Wenngleich die Abhängigkeit als Krankheit anerkannt ist, ist der Umgang mit Opioiden gleichwohl strafbar.

<sup>97</sup> Ähnlich Köhne ZRP 2010, 220, 222 f..

<sup>98</sup> Im Ergebnis ebenso Köhne ZRP 2010, 220, 221.

**bb) Äquivalenzprinzip als Ausprägung des Angleichungsgrundsatzes**

Gleichwohl, welchem Verständnis von Angleichung gefolgt wird, soll Gefangenen kein Nachteil durch die Inhaftierung erfolgen, der nicht unvermeidbare Folge des Freiheitsentzuges ist. Der Strafvollzug soll eben nicht durch unzureichende medizinische Versorgung zusätzlichen Strafcharakter entfalten. Die Angleichung der Gesundheitsfürsorge soll durch das bereits erwähnte Äquivalenzprinzip garantiert werden.<sup>99</sup> Um gesundheitlichen Risiken des Opioidkonsums vorzubeugen, sollte daher den Gefangenen der Zugang zu dauerhaften Substitutionsbehandlungen ebenso ermöglicht werden wie in Freiheit.<sup>100</sup> Das Behandlungsangebot hat sich an der Behandlungsbedürftigkeit der Gefangenen und nicht den vorhandenen Ressourcen zu orientieren; diese sind an den notwendigen Bedarf anzupassen.<sup>101</sup>

**cc) Zwischenergebnis**

Sofern eine Substitutionsbehandlung medizinisch indiziert ist, ist diese im Ergebnis nicht nur mit dem Angleichungsgrundsatz vereinbar, sondern erscheint vielmehr dringend geboten. Dem Äquivalenzprinzip als Ausprägung der Angleichung folgend, ist ein flächendeckendes Angebot der Behandlung sicherzustellen, um den Bedarf bei medizinischer Indikation auch tatsächlich decken zu können.

**b) Gegensteuerungsgrundsatz, § 3 Abs. 2 StVollzG**

Den schädlichen Folgen des Strafvollzuges soll entgegengewirkt werden, § 3 Abs. 2 StVollzG. Konkreter soll der Gefangene so lebenstüchtig bleiben, dass er sich im Falle der Entlassung auch im normalen Leben wieder zurechtfinden kann.<sup>102</sup> Dieser Grundsatz richtet sich auch an solche Gefangene, bei denen das Vollzugsziel wohl nicht erreicht werden kann. Darunter fallen somit auch Drogenabhängige, die nicht in absehbarer Zeit in der Lage sein werden, ein Leben ohne (erhebliche) Straftaten zu führen.<sup>103</sup> Zu den schädlichen Folgen, die die Haft üblicherweise mit sich bringt, gehören auch die Bildung interner Subkulturen und daraus resultierende Prisonisierungseffekte. Die Abhängigkeit ist im abwechslungsarmen Vollzugsleben das beherrschende Element des Alltags, sodass alle Aktivitäten auf Beschaffung, Schmuggel, Konsum, Verkauf und Finanzierung der Drogen gerichtet sind. Dies kann ebenso auf konsumfremde oder unerfahrene Gefangene zutreffen, die erst im Vollzug mit Drogen in Kontakt kommen und Beschaffung sowie Konsum sich zu strukturierenden Elementen des Haftalltags entwickeln.<sup>104</sup> Die knappen finanziellen Mittel führen schließlich zu Abhängigkeitsverhältnissen und Machtgefügen. Da die Substitution sich aber positiv auf den intramuralen Konsum auswirken kann, ist durchaus von

gegensteuernden Effekten hinsichtlich des Abgleitens in subkulturelle Gefüge auszugehen.

Die Abstinenzorientierung vermag es auch in Verbindung mit einer „Null-Toleranz-Strategie“, die u.a. auf das Argument gestützt wird, die Verfügbarkeit von Drogen sei kein „unbeherrschbares Naturereignis“<sup>105</sup> nicht, den intramuralen Konsum zu vermeiden. Betrachtet man in diesem Zusammenhang die erhöhten Infektionsrisiken durch Mehrfachbenutzung insterilen Spritzbestecks, sollte der Zugang zu adäquaten Substitutionsbehandlungen auch i. S. d. Gegensteuerung als Mindeststandard und Grundlage weiterer Behandlungsmöglichkeiten verstanden und gewährleistet werden.<sup>106</sup> Dies ist auch deswegen so relevant, da viele Behandlungen, die vor Haftantritt begonnen wurden, im Strafvollzug abgebrochen werden. Der Gegensteuerungsgrundsatz fordert hier jedoch die Weiterführung, schließlich sollen Gefangene den Strafvollzug nicht in schlechterer gesundheitlicher Verfassung verlassen, als diese ihn betreten haben.<sup>107</sup>

**c) Eingliederungsgrundsatz, § 3 Abs. 3 StVollzG**

Der Eingliederungsgrundsatz fordert, den gesamten Strafvollzug auf die Entlassung der Gefangenen hin auszurichten, § 3 Abs. 3 StVollzG. Einzelne Maßnahmen sollen so ausgestaltet werden, dass sie geeignet sind, den Übergang vom Vollzug in die Freiheit zu erleichtern.<sup>108</sup> Der Grundsatz der Eingliederung beschränkt sich hierbei nicht auf die bloße Integration durch ein zukünftig strafrechtes Leben. Vielmehr soll allen, auch haftinternen Einflüssen, die eine Wiedereingliederung erschweren, entgegengewirkt werden.<sup>109</sup> Drogenabhängige sind nach der Entlassung dabei besonders gefährdet. Zum einen, weil sie erneut mit Drogen in Kontakt kommen können, zum anderen weil sie Schwierigkeiten haben, aus den subkulturellen Kreisen auszusteigen. Insbesondere die ersten Wochen in Freiheit bergen die erhebliche Gefahr von Rückfällen und Überdosierungen sowie deren potentiell lebensbedrohlichen Folgen aufgrund des Toleranzabbaus während eines vollzugsinternen Entzugs.<sup>110</sup> Eine solche zwangsweise Entwöhnung berücksichtigt diese Gefährdungen nach Entlassung nicht hinreichend und stellt damit eine nur unzureichende Vorbereitung dar. Eine langfristige Substitutionsbehandlung mit integrierter PSB kann den Gefangenen dagegen helfen, sich auf Versuchsungen und Risiken außerhalb der Haft einzustellen und diesen ggf. zu widerstehen.<sup>111</sup> Eine nahtlose Weiterführung der Behandlung in Freiheit kann die künftige Eingliederung zusätzlich sichern und Risiken minimieren.<sup>112</sup>

<sup>99</sup> Meier, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, 2008, S. 35.

<sup>100</sup> Zimmermann et al., in: RKI, *DRUCK-Studie* (Fn. 49), S. 150.

<sup>101</sup> BVerfG HRRS 2013 Nr. 163; HRRS 2013 Nr. 691.

<sup>102</sup> BVerfG HRRS 2011 Nr. 281.

<sup>103</sup> Graebisch, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 355.

<sup>104</sup> Laubenthal, (Fn. 18), Rn. 220.

<sup>105</sup> So OLG Hamburg StV 2002, 265.

<sup>106</sup> Vgl. Stöver KrimJ 4/1999, S. 274.

<sup>107</sup> Alm-Merk, in: Meyenberg (Hrsg.), *Neue Wege in der Drogenpolitik/Drogenhilfe*, 1998, S. 21; Kubnik StV 2002, 265, 270.

<sup>108</sup> Feest/Lesting, in: AK StVollzG, (Fn. 20), § 3 LandesR, Rn. 7.

<sup>109</sup> Laubenthal, (Fn. 18), Rn. 235.

<sup>110</sup> Stöver, in: AK StVollzG, (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 36.

<sup>111</sup> So Köhne ZRP 2010, 220, 221, der im Vollzug der Freiheitsstrafe vielmehr die Chance der Gestaltung eines „sozialen Trainingsfeldes“ für den Umgang mit der eigenen Abhängigkeit sieht.

<sup>112</sup> Vgl. auch Graebisch, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 357.

**d) Zwischenergebnis**

Die opioidgestützte Substitutionsbehandlung ist im Ergebnis mit allen vollzugsrechtlichen Gestaltungsgrundsätzen in Einklang zu bringen und kann deren Zwecksetzungen sogar fördern.

**4. Generelle Verweigerung der Behandlung kann Menschenrechtsverletzung darstellen**

Der EGMR urteilte am 01.09.2016 über die langjährige Ablehnung einer Substitutionsbehandlung seitens einer JVA gegenüber einem seit 1973 heroinabhängigen Gefangenen. Dieser rügte in einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK die Verweigerung der Substitution sowie die einer Prüfung der medizinischen Notwendigkeit durch einen unabhängigen Facharzt. Er trug vor, die Substitutionsbehandlung sei unter Berücksichtigung seines Krankheitsbildes die einzig geeignete Therapie gewesen. Durch die prinzipielle Verweigerung dieser Therapie hätte die JVA ihren Ermessensspielraum bezüglich der Behandlung von Gefangenen überschritten. Der EGMR folgte dieser Auffassung und stellte einstimmig eine Verletzung von Art. 3 EMRK i.S.e. unmenschlichen Behandlung fest.<sup>113</sup>

Aus diesem Urteil geht zumindest auch hervor, dass eine prinzipielle Verweigerung der Behandlung aus grundsätzlichen Erwägungen nicht mehr im Einklang mit Art. 3 EMRK stehen kann. Aus dem Erfordernis einer sorgfältigen Einzelfallprüfung kann zudem auf die Notwendigkeit geschlossen werden, die Behandlung bei festgestellter Indikation auch tatsächlich zu ermöglichen. Da dies auch mangels bestehender Infrastrukturen und Behandlungsplätze in den Justizvollzugsanstalten derzeit schwierig sein dürfte, erscheint ein Ausbau auch im Lichte des Art. 3 EMRK geboten. Dies wird auch zukünftig in Rechtsprechung und Praxis des Strafvollzuges zu berücksichtigen sein und könnte weiterhin als Anstoß für Gefangene dienen, in ähnlich gelagerten Fällen Entscheidungen<sup>114</sup>, herbeizuführen.<sup>115</sup>

**VIII. Warum kommt die Substitution im Strafvollzug dennoch zu kurz?**

Da die restriktive Anwendungspraxis im Strafvollzug deutlich von den extramuralen Standards abweicht und auch den Strafvollzugszielen und Gestaltungsgrundsätzen zuwiderläuft, stellt sich die Frage nach Erklärungen. Die Gründe hierfür sind durchaus vielfältig.

<sup>113</sup> Urteil des EGMR vom 01.09.2016, Az.: V 62303/13 (Wenner v. Deutschland).  
<sup>114</sup> Etwa durch Anträge auf gerichtliche Entscheidung nach § 109 ff. StVollzG.  
<sup>115</sup> Vgl. Stöver/Knorr/Schäffler, in: Alt. Drogen- und Suchtbericht 2017, S. 57 f.; dies. Suchttherapie 2017, 18: 7, 8; Konrad R&P 2017, 35: 27, 28.

**1. Hoher Kostenaufwand, fehlende Ausstattung**

Der Strafvollzug ist mit hohen Kosten verbunden, dürfte jedoch bereits aus politischer Sicht nicht als beliebtes Objekt staatlicher Investitionen gelten.<sup>116</sup> Eine Etablierung bzw. Ausweitung der Substitutionsbehandlung erfordert aber eben solche Investitionen. Diese erschöpfen sich nicht nur in der Bereitstellung entsprechender medizinischer Ausstattung (Substitutionsmittel, Untersuchungsgeräte, etc.). Auch Sicherheitsvorkehrungen müssen getroffen werden (Überwachung zur Verhinderung von Unterschlagung und Missbrauch der Substitute, aber auch Schutz vor Komplikationen bei der Einnahme, Unverträglichkeiten). Schlussendlich ist auch für qualifiziertes Personal und Fortbildungen ebenso wie die verbesserte Kommunikation und Kooperation mit externen Einrichtungen zu sorgen.<sup>117</sup> Finanzielle Aspekte dürften daher von entscheidender Bedeutung für die restriktive Anwendung der Behandlung sein.<sup>118</sup> Schließlich beläuft sich ein Großteil der Kosten des Vollzugs bereits auf das Personal.<sup>119</sup>

Sind die erforderlichen finanziellen Mittel nicht vorhanden, werden den JVA's faktisch die Möglichkeiten einer umfassenden Betreuung und Behandlung entzogen. Unzureichende Behandlungsangebote können jedoch nicht durch kostenbedingte Ressourcenknappheit gerechtfertigt werden, besonders wenn dadurch Gefangenen medizinisch indizierte Maßnahmen verwehrt werden. Die benötigte Ausstattung mit sachlichen, personellen sowie finanziellen Mitteln hat sich letztendlich rein an der Förderung des Vollzugsziels und auf medizinischer Ebene am Wohl der Gefangenen<sup>120</sup> auszurichten.<sup>121</sup>

Erhöhte Kosten sowie der Aufwand eines Behandlungsaubaus sind daher als Investitionen für die Zukunft zu betrachten. Denn die gesundheitliche Stabilisierung und soziale Festigung i. V. m. den kriminalitätsreduzierenden Folgen der Substitution sind langfristig betrachtet oftmals ein erfolgversprechender Weg hin zur Wiedereingliederung in die Gesellschaft.

<sup>116</sup> Insbesondere zusätzliche medizinische Leistungen für Drogenabhängige könnten schnell Gegenstand unerwünschter politischer Debatten werden.  
<sup>117</sup> Keppeler/Knorr/Stöver ZfStrVo 2004, 202; Stöver, in: Weiterentwicklung der Substitutionsbehandlung in Haft, Dokumentation der Fachtagung Berlin 2010, S. 14.  
<sup>118</sup> Vgl. auch Laubenthal, (Fn. 18), Rn. 583; Schulte-Scherlebeck Journal Akzeptanzorientierte Drogenarbeit, 2010, 7: 37, 41 f.  
<sup>119</sup> So entfallen etwa in BW mit 75% ein Hauptteil der Kosten eines Haftplatzes auf die Personalausgaben, abrufbar unter: <https://www.justiz-bw.de/pb/,Lde/Startseite/Justiz/datenundfakten#anker1997320> (Stand: 15.11.2017).  
<sup>120</sup> Welches hier, wie bereits festgestellt mit dem Vollzugsziel sogar in Einklang steht.  
<sup>121</sup> BVerfG HRRS 2013 Nr. 163; HRRS 2013 Nr. 691; Graebisch, in: Kotz/Rahlf, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn. 349; Laubenthal, (Fn. 18), Rn. 157, 636; Schulte et al., (Fn. 17), S. 9.

## 2. Kontroll- und Sicherheitsbedenken

Der Strafvollzug bietet grundsätzlich gute Voraussetzungen für die Substitution. Als geschlossener und kontrollierter Raum ermöglicht er es, die Menge der verabreichten Substitute individuell zu bestimmen und zu überwachen. Verstöße gegen die engen Bestimmungen der Behandlung, wie etwa der Beikonsum von Betäubungsmitteln können durch entsprechende Maßnahmen (bspw. Urinkontrollen) festgestellt und eingedämmt werden. Die Behandlung mit Ersatzstoffen bietet jedoch immer auch Raum für Sicherheitsbedenken. Da der Schmuggel und Handel mit Drogen im Vollzug praktisch wohl nicht komplett zu verhindern ist, könnte dies womöglich auch in Bezug auf Ersatzstoffe wie Methadon gelten. Diesen Befürchtungen ist indes zu widersprechen. Ein erhöhtes Missbrauchsrisiko scheint im Vergleich zur regulären Substitution in Freiheit nicht zu bestehen. Substitute wie Methadon, Levomethadon u.a. werden häufig als fertige Flüssigpräparate zur oralen Einnahme verabreicht.<sup>122</sup> Die Unterschlagung von Substituten für den intramuralen Handel durch lediglich vorgetauschte Einnahme dürfte bei Flüssigpräparaten auszuschließen sein. Auch bei einer potentiellen Ausweitung der Diamorphinsubstitution auf den Vollzug, die derzeit noch mittels Injektion erfolgt<sup>123</sup>, scheiden vergleichbare Missbrauchsmöglichkeiten aus. Die Kontrolle der Ausgabe von Substitutionsmitteln dürfte im Ergebnis einfacher zu realisieren sein als den Schmuggel in den Strafvollzug von außen zu unterbinden (etwa durch Besucher; Mauerwürfe).<sup>124</sup>

## 3. Intramurale Vorbehalte

Der Strafvollzug steht unter dem öffentlichen Druck, seinem Sicherheitsauftrag gegenüber der Gesellschaft gerecht zu werden. Die Durchlässigkeit dieses geschlossenen Systems, welche sich im intramuralen Handel und Konsum von Drogen offenbart, gefährdet damit die Illusion eines „drogenfreien Raumes“. Hilfen für Drogenabhängige können dementsprechend nur gering angeboten werden, da sie die Schwächen dieser Illusion bestätigen, was in der Öffentlichkeit als ein Scheitern des Sicherheitsauftrags angesehen werden könnte.<sup>125</sup>

Zudem stehen viele JVA's und auch Anstaltsärzte ohnehin auf dem Standpunkt, die Substitution widerspreche grundsätzlich dem Vollzugsziel. Konsumenten werden häufig nur nach ihrem illegalen Umgang mit Drogen beurteilt und stigmatisiert, ihre Vorgeschichte und mögliche Ursachen werden dabei nicht beachtet. Das Verständnis der Abhängigkeit als Krankheitsbild – nicht

jedoch als moralisches Fehlverhalten, scheint sich noch immer nicht durchgesetzt zu haben. Kenntnisse über die Wirksamkeit der Behandlung fehlen teilweise oder werden kritisch bewertet.<sup>126</sup> Oft dürfte den AnstaltsärztInnen jedoch schlicht die Zeit fehlen, auf spezifische Probleme wie die Opioidabhängigkeit adäquat eingehen zu können. Ihr Tätigkeitsfeld im Strafvollzug ist dafür zu umfangreich und fordernd.<sup>127</sup> Es gilt dabei verstärkt darum, zu sorgen, dass sich das Verständnis für Suchterkrankungen sowie deren Ursachen und Konsequenzen bei AnstaltsärztInnen, aber auch allen weiteren Vollzugsbediensteten verbessert. Es ist evident, dass sich eine Ablehnung der Behandlung jedenfalls nicht mit der Zielsetzung rechtfertigen lässt, eine Illusion der Drogenfreiheit aufrechtzuerhalten, anstatt offensiv auf bestehende Probleme einzugehen.<sup>128</sup>

## 4. Vorbehalte der Insassen

Auch von Seiten der Gefangenen können Vorbehalte gegen die Inanspruchnahme einer Substitutionsbehandlung bestehen. Einige Gefangene neigen eher zum Verheimlichen der eigenen Abhängigkeit. Wiederum andere versuchen, den Strafvollzug gar als drogenfreien Schonraum zu nutzen.<sup>129</sup> In erster Linie kann sich die Abhängigkeit jedoch negativ auf die Gewährung von Vollzugslockerungen oder die Aussetzung des Strafbestes zur Bewährung auswirken, sofern dadurch die Eignung der Gefangenen in Frage steht. Zudem kann auch der illegale Beikonsum in JVA's besser überprüft und dadurch geahndet werden, als dies außerhalb der Fall wäre.<sup>130</sup> Es ist zu bedenken, dass die Gewährung bzw. der Abbruch einer Behandlung, unabhängig von ihrer Indikation insoweit als Druckmittel für Wohlverhalten missbraucht werden könnte.<sup>131</sup> Gefangene könnten daher sowie auch aus Angst vor Stigmatisierung und Vorverurteilung eher davon absehen, ihre Abhängigkeit zu offenbaren und stattdessen heimlich konsumieren. Auch Diskriminierungen durch Mitgefangene sowie Erpressungen dahingehend, Substitutionsmittel für den intramuralen Drogenhandel abzuzweigen können aus dem Bekanntwerden einer Abhängigkeit resultieren.<sup>132</sup>

<sup>122</sup> Im Unterschied zur Vergabe von Buprenorphin in Tablettenform, welche aufgrund eben jener Missbrauchsrisiken intramural deutlich seltener erfolgt, vgl. *Pont et al.*, (Fn. 9), S. 46, 51.

<sup>123</sup> Die Möglichkeit, Diamorphin nicht intravenös sondern oral einzunehmen besteht bereits in anderen Ländern und wird zur Vereinfachung und Risikoverringerung teilweise auch in Deutschland gefordert. So etwa *Schäffler/Foot Journal Akzeptanzorientierte Drogenarbeit*, 2014, 11: 142.

<sup>124</sup> *Graebisch*, in: *Kotz/Rahlf*, (Fn. 26), Kapitel 11 E, Rn 350.

<sup>125</sup> *Lesting*, in: *AK StVollzG* (Fn. 20), vor § 62 LandesR, Rn. 9; *Stöver KrimJ* 4/1999, S. 276.

<sup>126</sup> Vgl. *Laubenthal*, (Fn. 18), Rn. 583; *Schulte-Scherlebeck Journal Akzeptanzorientierte Drogenarbeit*, 2010, 7: 37, 41 f.

<sup>127</sup> Die Anstaltsmedizin ist vom Ärztemangel geprägt, Anstaltsärzte üben viele Tätigkeiten parallel aus, zusätzliche Qualifikationen sind zudem zeitaufwendig und nicht verpflichtend, hierzu *Stöver FS* 5/2013, 275, 277.

<sup>128</sup> So auch *Kubnik StV* 2002, 265, 268; darüber hinaus der Abschlussbericht der Kommission zur Entwicklung eines umsetzungsorientierten Drogenkonzepts für den Hamburger Strafvollzug, 1995, S. 73; ähnlich *Stöver*, (Fn. 56), S. 153; vgl. auch Pressemitteilung der DHS e.V. (23.06.2016), S. 1 f., abrufbar unter: [http://www.dhs.de/fileadmin/user\\_upload/pdf/news/2016-06-22\\_PM\\_weltdrogentag\\_final\\_\\_003\\_.pdf](http://www.dhs.de/fileadmin/user_upload/pdf/news/2016-06-22_PM_weltdrogentag_final__003_.pdf) (Stand: 15.11.2017).

<sup>129</sup> Etwa zum Schutz vor früheren Drogenkontakten, *Stöver*, in: *AK StVollzG* (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 4.

<sup>130</sup> *Stöver*, in: *AK StVollzG* (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 40 ff.

<sup>131</sup> So *Stöver*, in: *AK StVollzG* (Fn. 20), Teil VII Nr. 2, Rn. 60; vgl. auch *Birkbauer*, in: *Neubacher/Bögelein* (Hrsg.), *Krise – Kriminalität – Kriminologie*, 2016, S. 539, 540 f., 547.

<sup>132</sup> *Pont et al.*, (Fn. 9), S. 83 f.

## 5. Fehlende einheitliche Richtlinien und das Strafvollzugsrecht der Länder

Im Rahmen der Föderalismusreform im Jahr 2006 wurde die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug vom Bund auf die Länder übertragen.<sup>133</sup> Mittlerweile haben alle Länder von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht und eigene Strafvollzugsgesetze erlassen. Dementsprechend unterschiedlich wird die Substitution in den verschiedenen Ländern, Anstalten und sogar bei den AnstaltsärztInnen gehandhabt. Aufeinander abgestimmte Richtlinien könnten insofern Abhilfe schaffen und für mehr Rechtssicherheit und Verständnis, auch bei AnstaltsärztInnen und Vollzugspersonal sorgen.<sup>134</sup> Ein Musterbeispiel mit Blick auf die Behandlung stellt derzeit das Strafvollzugsgesetz von Nordrhein-Westfalen dar. Hiernach haben Gefangene erstmals einen ausdrücklichen Anspruch auf eine vollzugsinterne Entgiftung sowie den Beginn oder die Fortführung einer Substitutionsbehandlung, § 44 StVollzG NRW. Flankiert werden diese durch eine mit Motivations- und Beratungsangeboten ergänzte Suchtberatung, die die Grundlage für das Ziel der weiteren Abstinenz schaffen soll. Um den Erfolg der Behandlung zu sichern, sollen die Anstalten durch die Vermittlung in psychosoziale Beratungsstellen sowie spezialisierte Tages- oder Fachkliniken die Fortsetzung begonnener Behandlungen auch nach Entlassung aus dem Strafvollzug ermöglichen.<sup>135</sup> Vergleichbare Regelungen wären bundesweit nur zu begrüßen.

## IX. Fazit und Ausblick

Drogenabhängigkeit ist kein moralisches Fehlverhalten, sondern eine anerkannte Erkrankung. Daher ist es unumgänglich, Drogenkonsumenten in jeder Lebenssituation eine angemessene Behandlung und die Wahrung ihrer

Menschenrechte zuzugestehen. Neben abstinenzorientierten Ansätzen hat sich in erster Linie die opioidgestützte Substitutionsbehandlung als effektive Therapieform etabliert. Dem Äquivalenzprinzip verpflichtet, sollte die Behandlung auch intramural fachgerecht angeboten und durchgeführt werden. Dennoch bleibt die intramurale Behandlungspraxis sowohl hinter ihren rechtlich eröffneten Möglichkeiten, als auch extramuralen Standards zurück. Herrschende Vorbehalte der überwiegend abstinenzorientierten Vollzugspraxis halten einer empirischen Auseinandersetzung der Substitution und ihrer Auswirkungen jedenfalls nicht stand. Vielmehr lassen sich die positiven Wirkungen der Behandlung auch auf das Setting des Strafvollzugs übertragen. Unter primärer Berücksichtigung ihrer medizinischen Vorteile sollte die flächendeckende Erweiterung der Behandlung dabei auch im Sinne eines resozialisierungsfreundlichen Strafvollzugs i. S. d. § 2 Abs. 1 StVollzG, sowie aufgrund ihres Einklangs mit den vollzugsrechtlichen Gestaltungsgrundsätzen ernsthaft in Betracht gezogen werden. Diese Wahrnehmung der Substitution böte die Chance, entgegen einer Praxis der Null-Toleranz-Strategie, das Verständnis der Abhängigkeit als Krankheit auch intramural zu verbreiten und damit dem Stand der Wissenschaft adäquat anzugleichen.

Wenngleich ein solcher Paradigmenwechsel vermutlich nicht unmittelbar zu erwarten ist, bleibt es dennoch zu hoffen, dass die letztjährige Entscheidung des EGMR etwas mehr Aufmerksamkeit auf die Behandlung opioidabhängiger Gefangener lenken konnte. Die Möglichkeit einer zukünftig flächendeckend etablierten Versorgung besteht durchaus. Hierauf deuten bereits vorbildliche Vorstöße wie das StVollzG von Nordrhein-Westfalen hin. Auch die Bestrebungen außerhalb des Strafvollzuges, die Behandlung etwa in Form einer Abkehr von der strengen Abstinenzorientierung zukünftig zu erleichtern dürften dazu beitragen. Dies wäre schließlich ein wichtiger Schritt in Richtung eines menschenwürdigeren Strafvollzugs der zugleich mit der Förderung ergebnisorientierter Resozialisierungsbemühungen in Einklang zu bringen ist.

<sup>133</sup> BGBl. I 2006, S. 2034 ff.

<sup>134</sup> Entspr. Vorgaben enthalten etwa die bereits 2010 geschaffenen ärztlichen Behandlungsempfehlungen zur medikamentösen Therapie der Opioidabhängigkeit im Justizvollzug NRW, hierzu *Schulte et al.*, (Fn. 17), S. 15.

<sup>135</sup> LT-Drs. 16/5413 S. 122; *Schaerff ZStW* 2016, 128 (1): 194, 222 f.

### 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.

## **988. BVerfG 2 BvL 4/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Juli 2017 (AG Potsdam)**

Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm des Chemikaliengesetzes (konkrete Normenkontrolle; Darlegungsanforderungen an eine Richtervorlage; Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage; vollständige Aufklärung des Sachverhalts; Durchführung der Beweiserhebung bis zur Schuldspruchreife; Auseinandersetzung mit der maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; Normenklarheit „dynamischer Rückverweisungsklauseln“; Unvereinbarkeit einer Blankettstrafnorm mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen).

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 80 Abs. 2 BVerfGG; § 27 ChemG

## **989. BVerfG 2 BvR 2039/16 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. August 2017 (OLG Bremen / LG Bremen / AG Bremen-Blumenthal)**

Einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (verfahrensrechtliche Bedeutung des Freiheitsgrundrechts; erhöhte Begründungsanforderungen; Eigenkontrolle durch das Fachgericht; Gefahr von Straftaten erheblicher Bedeutung; Taten der mittleren Kriminalität; Gefahrprognose bei nicht in die Tat umgesetzten Drohungen; „Rejected Stalker“; Verhältnismäßigkeitsprüfung; mildere Maßnahmen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung eines Unterbringungsbefehls; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 126a StPO

## **990. BVerfG 2 BvR 77/16 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. August 2017 (OLG Frankfurt am Main / LG Frankfurt am Main / AG Frankfurt am Main)**

Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen einen aufgehobenen Haftbefehl (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Feststellungsinteresse bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen; Rehabilitierungsinteresse bei Freiheitsentziehungen; Überprüfung der Untersuchungshaft auch nach deren Beendigung; Auslegung des Begriffs der „Verhaftung“; Vorrang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes). Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 2; § 112 Abs. 1 StPO; § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO

## **991. BVerfG 2 BvR 455/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. September 2017 (OLG Hamm / LG Bochum)**

Verlegung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten in einen Kriseninterventionsraum (Recht auf effektiven Rechtsschutz; fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis bei typischerweise kurzfristig erledigten Maßnahmen; tiefgreifender Grundrechtseingriff; psychiatrisches Krankenhaus; Absonderung als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht hingegen in das Freiheitsgrundrecht); effektiver Rechtsschutz bei der Rechtsbeschwerde (Nachprüfung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Entbehrlichkeit einer Nachprüfung bei erkennbar singulären Rechtsfehlern; Erfordernis konkreter Anhaltspunkte gegen eine Wiederholungsgefahr).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 63 StGB; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 21 MRVG NRW

**992. BVerfG 2 BvR 1071/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. September 2017 (OLG München)**

Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen einen aufgehobenen Haftbefehl (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Feststellungsinteresse bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen; Rehabilitierungsinteresse bei Freiheitsentziehungen; Überprüfung der Untersuchungshaft und der Sitzungshaft auch nach deren Beendigung; Auslegung des Begriffs der „Verhaftung“; Vorrang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 2; § 230 Abs. 2 StPO; § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO

**993. BVerfG 2 BvR 1691/17 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2017 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg / AG Hamburg)**

Nachträgliche Auferlegung einer Missbrauchsgebühr (wahrheitswidriger Vortrag zur Verfassungsbeschwerde gegen einen Haftbefehl wegen Landfriedensbruchs im Zusammenhang mit dem „G20-Gpifel“; Bekanntwerden des von dem Beschwerdeführer unrichtig dargestellten Inhalts einer polizeilichen Videoaufnahme erst nach Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde).

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 34 Abs. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 125 StGB

**994. BVerfG 2 BvR 1866/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. September 2017 (OLG Nürnberg / LG Nürnberg-Fürth)**

Erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Zwangsmedikation eines im Maßregelvollzug Untergebrachten (psychiatrisches Krankenhaus; Zwangsbehandlung mit Neuroleptika; entgegenstehende Patientenverfügung; Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit; Interessenabwägung; Gefahr irreversibler Gesundheitsschäden).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG

**995. BGH 3 StR 172/17 – Urteil vom 27. Juli 2017 (LG Regensburg)**

Beweiswürdigung beim Tötungsentsatz (objektive Gefährlichkeit der Tathandlung als wesentlicher Indikator; Wissensmoment; Willensmoment; ambivalente Beweiszeichen; Fehlen eines nachvollziehbaren Tötungsmotivs; keine Vorausplanung der Tat; Alkoholisierung; Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; keine Beweisregel); Anforderungen an die Urteilsgründe bei Freispruch aus tatsächlichen Gründen; öffentliches Verwenden verfassungswidriger Kennzeichen bei akustischen Äußerungen (Wahrnehmbarkeit für einen größeren Personenkreis); Intensität ausländischer Parolen bei der Volksverhetzung.

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 15 StGB; § 86a StGB; § 130 StGB; § 212 StGB

**996. BGH 3 StR 52/17 – Beschluss vom 26. Juli 2017 (LG Duisburg)**

Kein Verfahrenshindernis bei Verstoß gegen insolvenzrechtliches Verwendungsverbot (Beweisverwertungsver-

bot; Fernwirkung; Geltendmachung mit Verfahrensrüge; Verfahrensfehler; Rechtsstaatsprinzip; Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege; Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur-Prinzip).

§ 97 InsO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

**997. BGH 3 StR 57/17 – Urteil vom 27. Juli 2017 (OLG Frankfurt am Main)**

BGHSt; Strafbarkeit von Leichenschändungen in bewaffneten Konflikten (Leichnam als nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person; Analogieverbot; Völkergewohnheitsrecht; außer Gefecht gesetzte Kämpfer; „hors combat“; entwürdigende oder erniedrigende Behandlung; Fotografieren mit aufgespießten Köpfen; schwerwiegender Verstoß; Gräueltat; Kriegsverbrechen; IGH-Statut; nichtinternationaler oder internationaler Konflikt); Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bei der Strafraumwahl.

§ 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB; Art. 20 GG; Art. 103 Abs. 2 GG

**998. BGH 3 StR 69/17 – Urteil vom 4. Mai 2017 (LG Hannover)**

Strafbare Teilnahme an der unerlaubten Einreise trotz etwaiger Straflosigkeit des Einreisenden (Vorrang des Rückführungsverfahrens; persönlicher Strafaufhebungsgrund; Prozesshindernis): Flüchtlingsschutz trotz Durchreise durch einen europäischen Drittstaat; Beweiswürdigung; Strafzumessung.

§ 261 StPO; § 46 StGB; § 95 AufenthG; Art. 31 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention

**999. BGH 3 StR 90/17 – Beschluss vom 11. Juli 2017 (LG Hildesheim)**

Besorgnis der Befangenheit bei Selbstablehnung aufgrund enger persönlicher Beziehung zum Geschädigten (Maßgeblichkeit der objektiven Sicht eines verständigen Angeklagten; Willkür; gesetzlicher Richter; Überprüfung in der Revision); Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (eindeutigen Bewertung des psychischen Zustandes des Täters; Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit).

§ 24 StPO; § 30 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 16 S. 2 GVG; § 20 StGB; § 63 StGB

**1000. BGH 3 StR 116/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Krefeld)**

Gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Mittäter im Rahmen des Verfalls.

§ 73 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**1001. BGH 3 StR 119/17 – Beschluss vom 25. Juli 2017 (LG Hildesheim)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (keine gesicherte Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit allein aufgrund eines psychiatrischen Krankheitsbildes; Auswirkung auf die Handlungsmöglichkeiten bei Begehung der Tat; Schuldunfähigkeit; verminderte Schuldfähigkeit).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

**1002. BGH 3 StR 164/17 – Beschluss vom 8. August 2017 (LG Hannover)**

Berichtigung des Schuldspruchs bei Aufnahme von Strafzumessungsvorschriften.

§ 260 StPO

**1003. BGH 3 StR 181/17 – Beschluss vom 10. August 2017 (LG Trier)**

Fehlende Darlegung der Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit bei Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 63 StGB

**1004. BGH 3 StR 182/17 – Beschluss vom 26. Juli 2017 (LG Trier)**

Subjektiver Tatbestand des Diebstahls (Zueignungsabsicht bei der Wegnahme von anschließend wieder weggeworfenen Behältnissen ohne den erwarteten werthaltigen Inhalt); Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Sachverständigen – auch bzgl. der Erfolgsaussichten – bei Erwägung einer Unterbringung.

§ 64 StGB; § 242 StGB § 246a StPO

**1005. BGH 3 StR 188/17 – Urteil vom 13. Juli 2017 (LG Kleve)**

Kein revisibler Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung im freisprechenden Urteil (lückenhafte Beweiswürdigung; Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses; Bedeutung und Gewicht der Indizien; bloße Vermutungen; Hinnahme der tatrichterlichen Würdigung durch das Revisionsgericht).

§ 261 StPO

**1007. BGH 3 StR 278/17 – Urteil vom 7. September 2017 (LG Duisburg)**

Strafrahmenwahl im Betäubungsmittelstrafrecht (bewaffnetes Handeltreiben; nicht geringe Menge; minder schwerer Fall; Sperrwirkung hinsichtlich Ober- und Untergrenze).

§ 29a BtMG; § 30a BtMG

**1008. BGH 3 StR 299/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Düsseldorf)**

Anforderungen an die Feststellungen zu einem fehlgeschlagenen Versuch bei Eingreifen eines Dritten (subjektives Scheitern der Tat; physische Unmöglichkeit; freiwillige Abstandnahme).

§ 24 StGB

**1009. BGH 3 StR 300/17 – Beschluss vom 24. August 2017 (LG Berlin)**

Teileinstellung; Neufassung der Einziehungsentscheidung.

§ 154 StPO; § 421 StPO

**1010. BGH 3 StR 307/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Koblenz)**

Höchstdauer der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei gleichzeitig verhängter Freiheitsstrafe.

§ 64 StGB; § 67 StGB; § 67d StGB

**1011. BGH 3 StR 322/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Düsseldorf)**

Möglichkeit der Richtigstellung von Tenorierungsversen durch das Revisionsgericht beim Teilfreispruch.

§ 354 StPO; § 357 StPO

**1012. BGH 3 StR 324/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Düsseldorf)**

Fehlender Finalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Taterfolg bei der Vergewaltigung.

§ 177 StGB a.F.

**1013. BGH 3 StR 329/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Mönchengladbach)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Fehlen näherer Darlegungen des Einflusses des beim Angeklagten diagnostizierten Störungsbildes auf dessen Handlungsmöglichkeiten in den konkreten Tatsituationen; besondere Anforderungen an Gefährlichkeitsprognose bei geringfügiger Anlasstat).

§ 63 StGB

**1014. BGH 3 StR 331/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Koblenz)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beisichführen; jederzeitige Gebrauchsbereitschaft; Zugriffsmöglichkeit ohne Zeitaufwand; mehrere Einzelakte; gleichzeitiger Zugriff auf Betäubungsmittel und Waffe); keine Begehung während laufender Bewährung bei lediglich noch ausstehendem Beschluss über Straferlass; rechtsfehlerhafte Berechnung des Vorwegvollzugs.

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 56a StGB; § 56g StGB; § 67 StGB

**1015. BGH 3 StR 362/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Hildesheim)**

Teilweise Zerstörung eines Gebäudes durch Inbrandsetzen (für das ganze Objekt zwecknötiger Teil; Unbrauchbarkeit für einzelne Zweckbestimmungen; Deckenverkleidung als wesentlicher Gebäudebestandteil); sachlich-rechtlich fehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (konkrete Darlegungen zur Auswirkung einer festgestellten Störung – hier: hirnorganisch bedingte Minderbegabung – auf die Steuerungsfähigkeit; Impulsdurchbruch; belastende Situation; Vergleich des Verhaltens mit voll schuldfähigen Menschen).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 306 StGB; § 306a StGB

**1016. BGH 3 StR 412/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Köln)**

Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Sich-Unterweisen-Lassen; kommunikativer Akt; Unterrichtung in spezifischen Kenntnissen und Fähigkeiten; Begehung über das Internet; kein Unterweisungserfolg erforderlich; Unterweisungstätigkeit ausreichend).

§ 89a StGB

**1017. BGH 3 StR 490/16 – Urteil vom 27. Juli 2017 (LG Koblenz)**

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht; Nachteil; gegenseitige Verträge; Unkenntnis des Vermögensinhabers von der Verfügbarkeit der Gegenleistung; Kompensation; objektive Betrachtung; individueller Schadenseinschlag; Abgrenzung zu „schwarzen Kassen“); Deliktserie bei Korruptionsdelikten (allgemeine Willensübereinkunft zur



fortgesetzten Deliktsbegehung; Verantwortlichkeit für einen Geschäftsbetrieb; konkrete Beteiligung am Einzeldelikt; Konkurrenzen; Tateinheit; Tatmehrheit; natürliche Handlungseinheit; Gewerbsmäßigkeit bei Vorteilsnehmer oder Vorteilsgeber; mittelbare Gewinnerzielung über Gesellschaftsbeteiligung; vorteilsbegünstigter Dritter); Strafzumessung (minder schwerer Fall; Gesamtwürdigung aller strafzumessungserheblichen Umstände; bestimmendes Gewicht einzelner Umstände).

§ 25 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 266 StGB; § 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; § 335 StGB

**1018. BGH 3 StR 549/16 – Urteil vom 10. August 2017 (LG Verden)**

Zulässigkeit einer Verweisung bei sich nachträglich herausstellender unzureichender Strafgewalt (bindende Verweisung an das Gericht höherer Ordnung; gesetzlicher Richter; objektive Willkür; sachfremde Erwägungen; besonderer Umfang des Falles; Bindung an die vormalige Straferwartung; Nova); Vermögensschaden beim Betrug (Kompensation durch Bürgschaften im Rahmen eines Finanzierungsleasings; Zeitpunkt für die Prüfung der Werthaltigkeit; Unmittelbarkeit der Kompensation; Dreiecksverhältnis).

§ 270 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 263 StGB

**1019. BGH 5 StR 222/17 – Urteil vom 5. September 2017 (LG Cottbus)**

Vollendete Brandstiftung bei gemischt genutztem Gebäude (teilweise Zerstörung durch Brandlegung; Beeinträchtigung der Nutzbarkeit als Wohnung; Vorstellung eines verständigen Wohnungsinhabers; fehlende Nutzbarkeit für eine nicht unbeträchtliche Zeit; für Renovierungsarbeiten tatsächlich benötigte Zeit; erhebliche Verletzungen); Beweiswürdigung zum subjektiven Tatbestand bei der Brandstiftung (innere Tatsachen beim leugnenden Angeklagten; Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen; Gesamtwürdigung).

§ 306 StGB; § 306a StGB; § 306b StGB; § 261 StPO

**1020. BGH 5 StR 268/17 – Urteil vom 6. September 2017 (LG Chemnitz)**

Irrtum und Vermögensschaden bei täuschungsbedingter Hingabe eines Darlehens als vermeintliche Kapitalanlage (Beweiswürdigung beim Irrtumsmerkmal; keine Schätzung einer Irrtumsquote in Fällen mit individueller Motivation zur Verfügung; „Schneeballsystem“; Anlagebetrug; Vermögensverhältnisse des Schuldners; Unsicherheit der Rückzahlung; Minderwert des Rückzahlungsanspruchs; voraussetzliche Zahlungsfähigkeit; wirtschaftliche Betrachtung).

§ 263 StGB; § 261 StPO

**1021. BGH 5 StR 303/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Görlitz)**

Anforderungen an die Feststellungen bei der Rücktrittsprüfung (unbeendeter Versuch; beendeter Versuch; Rücktrittshorizont; Tätervorstellung; Korrektur des Rücktrittshorizonts; alsbaldiges Erkennen des Irrtums; Abstandnahme von weiteren Ausführungshandlungen).

§ 24 StGB

**1022. BGH 5 StR 341/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Saarbrücken)**

Rechtsfehlerhafte Prüfung der Schuldfähigkeit (Fehlen einer umfassenden Würdigung des Zustands eines schwer psychisch erkrankten Angeklagten; Alkoholintoxikation; Wechselwirkung mit psychotischer Störung; Vorfallamnesie; Wahnsymptomatik).

§ 20 StGB

**1023. BGH 5 StR 350/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen versuchter räuberischer Erpressung (fehlende Feststellungen zum Rücktrittshorizont).

§ 23 StGB; § 24 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

**1024. BGH 5 StR 359/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Kiel)**

Fehlende Erörterung der sich aufdrängenden Voraussetzungen einer Aufklärungshilfe (mögliche Berücksichtigung der Motive für die Aufklärung bei der Ermessensausübung).

§ 46b StGB

**1025. BGH 5 StR 385/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Berlin)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (keine tragfähige Begründung des symptomatischen Zusammenhangs zwischen Krankheit und Tatbegehung).

§ 63 StGB

**1026. BGH 5 StR 593/16 – Urteil vom 19. September 2017 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Annahme fehlender örtlicher Zuständigkeit (Einwand der örtlichen Unzuständigkeit; Prüfungsumfang; Zuständigkeit für vorliegenden Lebenssachverhalt; Eröffnungsbeschluss; abschließende Entscheidung; hinreichender Tatverdacht im Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses; Reichweite der Entscheidung des Beschwerdegerichts im Zwischenverfahren).

§ 7 StPO; § 16 StPO; § 207 StPO; § 210 StPO

**1027. BGH AK 42/17 – Beschluss vom 7. September 2017**

Haftprüfung (Fristberechnung bei neu hinzutretendem Tatvorwurf); dringender Tatverdacht wegen mitgliederschaftlicher Beteiligung an einer ausländischen terroristischen Vereinigung (Begriff der Mitgliedschaft); versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen (Grad der Konkretisierung der projektierten Tat).

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; § 30 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

**1028. BGH 1 StR 306/16 – Beschluss vom 16. Mai 2017 (LG München I)**

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Ermittlung des Werts von Aktien); unrichtige Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft (Begriff der Unrichtigkeit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 331 Nr. 1 HGB

**1029. BGH 2 StR 278/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Bonn)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; erforderliche Darstellungen im Urteil).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

**1030. BGH 2 StR 280/17 – Urteil vom 6. September 2017 (LG Erfurt)**

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung des sonstigen Gegenstands zur Verletzung von Personen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**1031. BGH 2 StR 327/17 – Beschluss vom 21. September 2017 (LG Gera)**

Eröffnungsbeschluss (Zuständigkeit der Strafkammer in ihrer Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung auch bei Nachholung der Eröffnungsentscheidung in der Hauptverhandlung); schwere räuberische Erpressung (Vermögensnachteil: Drogen als Vermögenstatbestand; Kennzeichnung der Qualifikation in der Urteilsformel).

§ 203 Abs. 1 StPO; § 76 Abs. 1 VGG; § 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

**1032. BGH 2 StR 526/15 – Urteil vom 5. Juli 2017 (LG Bonn)**

Verfall (Absehen von der Anordnung, soweit das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden ist).

§ 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F.

**1033. BGH 2 StR 576/15 – Urteil vom 3. Mai 2017 (LG Darmstadt)**

Pflicht zur Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Begriff des Verständigungsgesprächs: erforderliche Konnexität von prozessuaem Verhalten und Verfahrensergebnis, Mitteilungspflicht bei Gesprächen über Einstellungen nach §§ 153 StPO ff.; Zulässigkeitsanforderungen an die Revision: erforderlicher Revisionsvortrag); Protokollierung von Mitteilungen nach § 243 Abs. 4 StPO.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 273 Abs. 1a StPO

**1034. BGH 4 StR 19/17 – Beschluss vom 8. Juni 2017 (LG Bochum)**

Erpresserischer Menschenraub (Absicht, die Sorge um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen: erforderlicher zeitlicher und funktionaler Zusammenhang zwischen Entführungslage und beabsichtigter Erpressung); räuberische Erpressung (finaler Zusammenhang zwischen Drohung vermögensschädigender Handlung); mögliches übergesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht wegen Notstands (Erschöpfung aller anderen Möglichkeiten zum Schutz des Zeugens).

§ 239a Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 34 StGB

**1035. BGH 4 StR 45/17 – Urteil vom 14. September 2017 (LG Zweibrücken)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Gesamtwürdigung aller Beweiszeichen; Anforderungen an ein freisprechendes Urteil, Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten, dem nicht gefolgt wird).

HRRS November 2017 (11/2017)

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1, Abs. 5 StPO

**1036. BGH 4 StR 116/17 – Beschluss vom 29. August 2017 (LG Aachen)**

Rücktritt vom Versuch (Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen: Voraussetzungen); falsche uneidliche Aussage (Strafmilderungsgrund der rechtzeitigen Berichtigung der falschen Angabe: Anwendbarkeit auf den Teilnehmer).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 2 StGB; § 153 Abs. 1 StGB; § 158 Abs. 1 StGB; § 26 Abs. 1 StGB

**1037. BGH 4 StR 221/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Bielefeld)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Unbestraftheit des Angeklagten als gewichtiges Indiz gegen Gefährlichkeit).

§ 63 StGB

**1038. BGH 4 StR 294/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Düsseldorf)**

Recht auf Zugang zu einem Gericht; Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (vermindertes Verschulden des Angeklagten wegen Intelligenzminderung; konventionskonforme Auslegung).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 44 StPO; § 45 StPO

**1039. BGH 4 StR 303/17 – Urteil vom 14. September 2017 (LG Zweibrücken)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil: Darstellungen, erforderliche Gesamtbetrachtung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

**1040. BGH 4 StR 607/16 – Beschluss vom 8. Juni 2017 (LG Bochum)**

Erpresserischer Menschenraub (Absicht, die Sorge um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen: erforderlicher zeitlicher und funktionaler Zusammenhang zwischen Entführungslage und beabsichtigter Erpressung); räuberische Erpressung (finaler Zusammenhang zwischen Drohung vermögensschädigender Handlung).

§ 239a Abs. 1 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB

**1041. BGH 1 StR 180/17 – Beschluss vom 26. Juli 2017 (LG Frankfurt am Main)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Beendigung).

§ 266a Abs. 1 und 2 StGB

**1042. BGH 1 StR 216/17 – Urteil vom 22. August 2017 (LG Weiden)**

Entfernung des Angeklagten bei Vernehmung von Mitangeklagten und Zeugen (Unterrichtungspflicht: vorrangige Erfüllung durch eine simultane Videoübertragung); sexueller Missbrauch von Kindern (Erheblichkeit einer sexualbezogenen Handlung); Urteilsgründe (Strafzumessungserwägungen des Instanzgerichts).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 176 StGB; § 238 Abs. 1 StPO; § 247 Satz 4 StPO; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**1043. BGH 1 StR 269/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Mannheim)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorliegen eines Hangs).  
§ 64 StGB

**1044. BGH 1 StR 345/17 – Beschluss vom 8. August 2017 (LG München I)**

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

**1045. BGH 1 StR 364/17 – Beschluss vom 9. August 2017 (LG München II)**

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

**1046. BGH 1 StR 365/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Ravensburg)**

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

**1047. BGH 1 StR 389/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Nürnberg-Fürth)**

Konkurrenzen (Raub und räuberischer Diebstahl).  
§ 249 StGB; § 252 StGB

**1048. BGH 1 StR 409/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Würzburg)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; Konkurrenzen).  
§ 52 Abs. 1 StGB; § 29 Abs. 1 BtMG

**1049. BGH 1 StR 519/16 – Urteil vom 8. August 2017 (LG Chemnitz)**

Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (Wesen des Glücksspiels; nicht unbeträchtlicher Einsatz eines Vermögenswertes); Steuerhinterziehung (Schätzung von Besteuerungsgrundlagen: Anforderungen an die Zuschätzungen und deren Darstellung); Grundsätze der Strafzumessung (Zusammentreffen von Freiheitsstrafe und Einzelgeldstrafen).  
§ 46 StGB; § 284 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO

**1050. BGH 1 StR 573/16 – Beschluss vom 10. August 2017 (LG Stade)**

Betrug (Vermögensschaden: Schadensberechnung bei Hingabe eines Darlehens); Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Verstoß gegen eine insolvenzrechtlich begründete Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht).  
§ 263 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO

**1051. BGH 1 StR 633/16 – Beschluss vom 2. August 2017 (LG Aschaffenburg)**

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

**1052. BGH 1 StR 667/16 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Kempten)**

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

**1053. BGH 2 StR 31/17 – Beschluss vom 9. Oktober 2017 (LG Stralsund)**

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

**1054. BGH 2 StR 121/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Bonn)**

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

**1055. BGH 2 StR 189/17 – Beschluss vom 3. August 2017 (LG Aachen)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zusammenhang zwischen Hang und Tat; Wiederholungsgefahr).  
§ 64 StGB

**1056. BGH 2 StR 257/17 – Beschluss vom 3. August 2017 (LG Aachen)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die Unterbringungsanordnung; ein die Unterbringung rechtfertigender Zustand).  
§ 63 StGB

**1057. BGH 2 StR 294/16 – Beschluss vom 6. September 2017**

Urteilsberichtigung.  
§ 260 StPO

**1058. BGH 2 StR 295/17 – Beschluss vom 16. August 2017 (LG Gießen)**

Tatmehrheit (Festsetzung der Tagessatzhöhe bei Einbeziehung in eine Gesamtfreiheitsstrafe); Eigene Entscheidung in der Sache (entsprechende Anwendung zur Festsetzung der Tagessatzhöhe).  
§ 53 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**1059. BGH 2 StR 316/17 – Beschluss vom 4. Oktober 2017 (LG Gießen)**

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

**1060. BGH 2 StR 335/15 – Urteil vom 16. August 2017 (LG Marburg)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung; räuberische Erpressung (keine Abwendung vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff; wirtschaftlicher Wert von Betäubungsmitteln).  
§ 261 StPO; § 253 Abs. 1; § 255 Abs. 1 und 2 StGB

**1061. BGH 2 StR 362/16 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Aachen)**

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

**1062. BGH 2 StR 362/16 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Aachen)**

Anstiftung (doppelter Anstiftervorsatz).  
§ 26 StGB

**1063. BGH 2 StR 362/16 – Beschluss vom 22. August 2017 (LG Aachen)**

Anstiftung (doppelter Anstiftervorsatz).  
§ 26 StGB

1. Der Anstifter hat für die Haupttat ebenso einzustehen wie der Angestiftete selbst. Sein Vorsatz muss daher auch auf die Ausführung der in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten (Haupt-) Tat bezogen sein.

2. Der Anstiftervorsatz muss die fremde Haupttat jedoch nicht in allen Einzelheiten, sondern nur in ihren Hauptmerkmalen erfassen. Ausreichend konkretisiert ist er zumindest dann, wenn er diejenigen Umstände umfasst, aus denen sich die durch die eigene Anstiftungshandlung verursachte fremde rechtswidrige Tat soweit erkennen lässt, dass sie dem Tatbestand einer Strafnorm zugeordnet werden kann.

3. Das tatbestandliche Geschehen muss in der Vorstellung des Anstiftenden als wenigstens umrisshaft individualisiertes Geschehen erscheinen. Insoweit genügt bedingter Vorsatz. Dieser liegt auch dann vor, wenn der Täter aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit einverstanden ist.

**1064. BGH 2 StR 418/16 – Beschluss vom 27. Juni 2017 (LG Aachen)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Berücksichtigung bei der Strafzumessung).  
§ 74 StGB

Wird dem Täter ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, so ist dies deshalb ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

**1065. BGH 2 StR 565/16 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Wiesbaden)**

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

**1066. BGH 2 ARs 317/17 (2 AR 196/17) – Beschluss vom 22. August 2017**

Zurückweisung der Anhörungsrüge.  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

**1067. BGH 2 ARs 334/17 (2 AR 197/17) – Beschluss vom 23. August 2017**

Zurückweisung des Antrages auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.  
§ 33a StPO

**1068. BGH 4 StR 96/17 – Beschluss vom 3. August 2017 (LG Berlin)**

Absolute Revisionsgründe (Angriffsrichtung der Rüge bei mehreren Verfahrensmängeln).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 StPO

**1069. BGH 4 StR 115/17 – Beschluss vom 2. August 2017 (LG Arnsberg)**

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

**1070. BGH 4 StR 190/17 – Beschluss vom 2. August 2017 (LG Baden-Baden)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen; verminderte Schuldfähigkeit (gerichtliche Nachforschungen zu altersbedingten psychischen Veränderungen).  
§ 20 StGB; § 21 StGB

**1071. BGH 4 StR 215/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Kaiserslautern)**

Unechtes Unterlassungsdelikt (Quasi-Kausalität).  
§ 13 Abs. 1 StGB

**1072. BGH 4 StR 216/17 – Beschluss vom 30. August 2017 (LG Essen)**

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

**1073. BGH 4 StR 233/17 – Beschluss vom 12. September 2017 (LG Essen)**

Revisionsbegründungsfrist (Fristbeginn: Zustellung bei mehrfacher Verteidigung).  
§ 345 Abs. 1 StPO

**1074. BGH 4 StR 233/17 – Beschluss vom 12. September 2017 (LG Essen)**

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

**1075. BGH 4 StR 256/17 – Beschluss vom 29. September 2017 (LG Hagen)**

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

**1076. BGH 4 StR 266/17 – Beschluss vom 10. Oktober 2017 (LG Hagen)**

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

**1077. BGH 4 StR 289/17 – Beschluss vom 4. Oktober 2017 (LG Detmold)**

Aufhebung des Urteils und der Feststellungen.  
§ 353 Abs. 1 StPO

**1078. BGH 4 StR 297/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Essen)**

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

**1079. BGH 4 StR 298/17 – Beschluss vom 12. September 2017 (LG Bochum)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen).  
§ 29a Abs. 1 BtMG

**1080. BGH 4 StR 299/17 – Beschluss vom 28. September 2017 (LG Münster)**

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

**1081. BGH 4 StR 301/17 – Beschluss vom 16. August 2017 (LG Münster)**

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

**1082. BGH 4 StR 303/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Zweibrücken)**

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

**1083. BGH 4 StR 317/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Frankenthal)**

Schwere Körperverletzung (Abgrenzung der Tatbestandsvarianten: geistige Krankheit Siechtum, geistige Behinderung); Grundsätze der Strafzumessung (anlasslose Tat; Berücksichtigung psychischer Defekte).

§ 226 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB

**1084. BGH 4 StR 324/17 – Beschluss vom 16. August 2017 (LG Dortmund)**

Unterschlagung (Konkurrenzen: Subsidiarität gegenüber Tötungsdelikten).

§ 246 Abs. 1 StGB

**1085. BGH 4 StR 342/17 – Beschluss vom 26. September 2017 (LG Bochum)**

Doppelverwertungsverbot beim schweren Raub.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB

**1086. BGH 4 StR 343/17 – Beschluss vom 17. August 2017 (LG Stendal)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1087. BGH 4 StR 349/17 – Beschluss vom 30. August 2017 (LG Itzehoe)**

Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Schüsse auf ein Fahrzeug im Straßenverkehr; Versuch).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

**1088. BGH 4 StR 355/17 – Beschluss vom 29. August 2017 (LG Konstanz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1089. BGH GSt 2/17 – Beschluss vom 12. Juni 2017**

BGHSt; Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung des zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Urteil; Ruhen der Verjährung (kein Widerspruch zu Grundsätzen der Strafzumessung).

§ 46 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB

**1090. BGH 4 StR 381/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Dessau-Roßlau)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Konkurrenz zum schweren sexuellen Missbrauch von Kindern).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 176a Abs. 1 StGB

**1091. BGH 4 StR 382/17 – Beschluss vom 26. September 2017 (LG Essen)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von Tatmodalitäten; Verantwortlichkeit eines vermindert schuldfähigen Täters).

§ 46 Abs. 2 und 3 StGB

**1092. BGH 4 StR 394/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Dessau-Roßlau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1093. BGH 4 StR 415/17 – Beschluss vom 26. September 2017 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1094. BGH 4 StR 442/17 – Beschluss vom 28. September 2017 (LG Paderborn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO