

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

Prof. 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

- RA Dr. Gerhard Strate, Hamburg – **Der 5. (Berliner) Strafsenat** S. 496
- PD Dr. Stephan Ast, Univ. zu Köln – **Die Manipulation der Organallokation**
(Bespr. zu BGH HRRS 2017 Nr. 968) S. 500
- PD Dr. Antje Schumann, Univ. Leipzig – **Strafwut** (Bespr. zu BGH HRRS 2017 Nr.
975) S. 511
- Marco Rehmet, Univ. Freiburg – **§ 5 Nr. 10a StGB auf dem völkerrechtli-
chen Prüfstand** S. 518

Entscheidungen

- BVerfG **Durchsuchung einer Wohnung nach Diebstahlsverdacht**
- BVerfG **Überhöhte Telefongebühren für Strafgefangene**
- BGHSt **Garantenpflichten der Kinder für ihre Eltern**
- BGHSt **Rechtsbeugung durch Staatsanwälte in Gestalt des bewuss-
ten Nichtbetreibens anklagereifer Ermittlungsverfahren**
- BGHR **Mangelnde Erklärungspflicht bei der Kraftfahrzeugsteuer**
- BGH **Umsatzsteuerhinterziehung durch den Verfügungsberechtig-
ten**
- BGH **Pfefferspray als gefährliches Werkzeug**
- BGH **Anforderungen an den dringenden Tatverdacht des § 89a
StGB**

Die Ausgabe umfasst 143 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

Prof. 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 Kleczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenthal, 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, Dezember 2017, Ausgabe

12

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1097. BVerfG 2 BvR 1096/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Oldenburg / AG Oldenburg)

Durchsuchung einer Wohnung (Wohnungsgrundrecht; Ermittlungsverfahren wegen Diebstahls eines Mobiltelefons; Anfangsverdacht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Unverhältnismäßigkeit der Durchsuchung bei gänzlich vagem Tatverdacht; Begründungsanforderungen an Durchsuchungsanordnungen; grundsätzliche Verkennung der Bedeutung des Wohnungsgrundrechts bei gänzlich fehlender Erörterung offensichtlicher Probleme hinsichtlich Tatverdacht und Verhältnismäßigkeit).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 242 StGB

1. Der mit einer Wohnungsdurchsuchung verbundene schwerwiegende Eingriff in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte räumliche Lebenssphäre des Einzelnen setzt zu seiner Rechtfertigung einen Anfangsverdacht voraus, der über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen und auf konkreten Tatsachen beruhen muss. Eine Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind.

2. Dem erheblichen Gewicht des Grundrechtseingriffs entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Durchsuchung muss in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Straftat und zur Stärke des Tatverdachts stehen.

3. Der Verdacht wegen des Diebstahls eines Mobiltelefons in einem öffentlichen Schwimmbad wiegt allenfalls sehr gering, wenn er allein auf den Angaben der Eigentümerin des Telefons beruht, wonach der Beschuldigte, von dem sie sich zuvor verfolgt gefühlt habe, sich geweigert habe, ihr den Inhalt seiner Taschen zu zeigen, und sich dann „schnellen Schrittes“ entfernt habe. Bei dieser Sachlage ist eine Wohnungsdurchsuchung jedenfalls unverhältnismäßig.

4. Eine Durchsuchungsanordnung und die diese bestätigende Beschwerdeentscheidung genügen den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen nicht, wenn die sich im Einzelfall aufdrängende, offensichtliche Problematik eines zureichenden Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeit nicht einmal ansatzweise erörtert wird und daher zu besorgen ist, dass die Gerichte Bedeutung und Tragweite des Wohnungsgrundrechts grundlegend verkannt haben.

1100. BVerfG 2 BvR 1775/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. November 2017 (LG Leipzig / AG Leipzig)

Durchsuchung einer Wohnung (Wohnungsgrundrecht; Ermittlungsverfahren wegen Diebstahls oder Unterschlagung eines Mobiltelefons; Anfangsverdacht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Vorrang grundrechtsschonenderer Ermittlungshandlungen; Unverhältnismäßigkeit der Durchsuchung bei gänzlich vagem Tatverdacht; Vernehmung des Beschuldigten als milderes Mittel im Einzelfall).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 242 StGB; § 246 StGB

1. Der mit einer Wohnungsdurchsuchung verbundene schwerwiegende Eingriff in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte räumliche Lebenssphäre des Einzelnen setzt zu seiner Rechtfertigung einen Anfangsverdacht voraus, der über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen und auf konkreten Tatsachen beruhen muss. Eine Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind.

2. Eine Durchsuchung ist unverhältnismäßig, wenn naheliegende grundrechtsschonendere Ermittlungsmaßnahmen ohne greifbare Gründe unterbleiben oder zurückgestellt werden und die Maßnahme außer Verhältnis zur Stärke des im jeweiligen Verfahrensabschnitt bestehenden Tatverdachts steht.

3. Der Verdacht wegen der (Fund-)Unterschlagung oder des Diebstahls eines auf ungeklärte Weise abhanden gekommenen Mobiltelefons wiegt nur sehr gering, wenn er allein darauf beruht, dass die Eigentümerin des Telefons von einem dem in der Nachbarschaft wohnhaften Beschuldigten zuzuordnenden Anschluss aus angerufen worden war und die Mitteilung erhalten hatte, sie werde ihr Handy zurückerhalten, nachdem sie über öffentliche Aushänge nach dem Verbleib ihres Telefons geforscht hatte.

4. Bei dieser besonderen Sachlage waren die Ermittlungsbehörden gehalten, vor einer Wohnungsdurchsu-

chung alle naheliegenden, weniger eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen – wie insbesondere eine Vernehmung des Beschuldigten – in Betracht zu ziehen.

1102. BVerfG 2 BvR 2221/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2017 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Höhe der Telefongebühren für Strafgefangene (Strafvollzug; Insassentelefonssystem eines privaten Telekommunikationsanbieters in einer Justizvollzugsanstalt; verfassungsrechtliches Resozialisierungsgebot; Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Gefangenen; Belastung Gefangener grundsätzlich nur mit angemessenen, marktüblichen Entgelten; Verpflichtung der Anstalt auch bei Einschaltung von Drittanbietern; Erfordernis marktgerechter Preisgestaltung auch bei langer Vertragslaufzeit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 3 Abs. 1 StVollzG

1. Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot verlangt, dass die wirtschaftlichen Interessen der Gefangenen zu achten sind.

2. Der Grundsatz, dass die Verhältnisse im Strafvollzug so weit wie möglich den allgemeinen Lebensverhältnissen angeglichen werden sollen, trägt dem Resozialisierungsgebot Rechnung. Soweit er zur Begründung dafür herangezogen wird, dass den Gefangenen Telekommunikationsdienstleistungen nicht entgeltfrei eingeräumt werden müssen, kann er umgekehrt nicht die Belastung Gefangener mit Entgelten rechtfertigen, die deutlich über dem außerhalb des Vollzuges Üblichen liegen, ohne dass verteuernde Bedingungen und Erfordernisse des Strafvollzuges dies notwendig machten.

3. Den aus dem Resozialisierungsgebot folgenden Verpflichtungen kann sich die Anstalt nicht entziehen, indem sie für die Erbringung von Leistungen Dritte einschaltet. Bedient sie sich zur Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung eines privaten Betreibers, auf den die Gefangenen ohne eine am Markt frei wählbare Alternative angewiesen sind, muss sie sicherstellen, dass der ausgewählte Anbieter die Leistung zu marktgerechten Preisen erbringt.

4. Eine lange Vertragsbindung der Anstalt an einen Drittanbieter, mag diese auch durchaus vollzugstypisch sein, darf sich nicht in der Weise auswirken, dass Preisentwicklungen auf dem Markt längerfristig ohne jeden Einfluss auf die von den Gefangenen zu zahlenden Entgelte bleiben.

1099. BVerfG 2 BvR 1381/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. November 2017 (OLG Dresden)

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Herkunft; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Schutz vor Auslieferung bei drohender politischer Verfolgung; Umfang der gerichtlichen Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung bei Einreise aus einem sicheren Drittstaat; ernsthaftes Bemühen um Beziehung der ausländischen Asylverfahrensakten; Pflicht zur ergänzenden persönlichen Anhörung des Verfolg-

ten; grundsätzliches Vertrauen in Zusicherungen des ersuchenden Staates; eigene gerichtliche Gefahrenprognose bei Anhaltspunkten für die Gefahr politischer Verfolgung).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 16a Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 6 Abs. 2 IRG; Art. 3 Nr. 2 EuAIÜbK

1. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz erfordert eine zureichende gerichtliche Sachverhaltsaufklärung. Die Fachgerichte dürfen auf die Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten nur verzichten, wenn Beweismittel unzulässig, schlechterdings untauglich, unerreichbar oder für die Entscheidung unerheblich sind, nicht hingegen, wenn die Aufklärung besonders arbeits- oder zeitaufwendig erscheint.

2. Im Verfahren über die Zulässigkeit einer Auslieferung sind die Gerichte auch dann, wenn im konkreten Fall ein Asylanspruch nicht besteht, zu einer eigenständigen Prüfung verpflichtet, ob dem Verfolgten im Zielstaat politische Verfolgung droht, soweit hierfür Anhaltspunkte bestehen.

3. Eine weitere Sachaufklärung ist geboten, wenn der Verfolgte, ein russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Herkunft, substantiiert geltend macht, im Zielstaat – der Russischen Föderation – bereits früher mit einem Strafverfahren überzogen worden zu sein, um die Preisgabe der Namen und Aufenthaltsorte tschetschenischer Kämpfer zu erzwingen (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 4. Juli 2017 [= HRRS 2017 Nr. 716]).

4. Ist der Verfolgte über einen sicheren Drittstaat – hier: Polen – in die Bundesrepublik eingereist, in welchem er einen Asylantrag gestellt hatte, so muss sich das Gericht ernsthaft bemühen, die Akten des ausländischen Asylverfahrens beizuziehen, soweit nicht im Einzelfall feststeht, dass sich hieraus keine neuen Erkenntnisse ergeben.

5. Soweit die Akten des Asylverfahrens nicht erreichbar sind, muss das Gericht dies in der Zulässigkeitsentscheidung darlegen. Seiner Pflicht zur eigenständigen Prüfung der Gefahr politischer Verfolgung muss es in einem solchen Fall durch anderweitige Aufklärungsschritte, in der Regel durch die persönliche Anhörung des Betroffenen, nachkommen.

6. Verbindliche Zusicherungen des ersuchenden Staates sind zwar grundsätzlich geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird. Eine Zusicherung entbindet das Gericht jedoch nicht von der Pflicht, eine eigene Gefahrenprognose anzustellen, wenn Anhaltspunkte für die Gefahr politischer Verfolgung im Zielstaat bestehen. Dabei ist der Vortrag des Verfolgten nachvollziehbar und willkürfrei zu würdigen.

1101. BVerfG 2 BvR 2129/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Hamburg / AG Hamburg)

Erfolgslose Verfassungsbeschwerde gegen die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (verfassungsgerichtlicher Prüfungsumfang; Willkürmaßstab; grundsätzlich unrichtige Anschauung von Grundrechten; hohe Wahrscheinlichkeit für die Entziehung der Fahrerlaubnis; Erfordernis einer Prognoseentscheidung).

Art. 2 Abs. 1 GG; § 111a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Das Bundesverfassungsgericht prüft Entscheidungen über die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis nur darauf nach, ob die Auslegung und Anwendung der einfachrechtlichen Bestimmungen über die prozessualen Voraussetzungen des Verdachts und die strafrechtliche Bewertung der Verdachtsgründe objektiv willkürlich sind oder Fehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung der Grundrechte des Beschuldigten beruhen.

2. Die Rechtfertigung des mit § 111a Abs. 1 Satz 1 StPO verbundenen Grundrechtseingriffs setzt eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür voraus, dass dem Täter die Fahrerlaubnis entzogen werden wird. Das Gericht darf sich dieser Prognose nicht mit dem Hinweis auf eine etwaige spätere Hauptverhandlung entziehen, sondern muss auf der Basis des gegenwärtigen Standes der Ermittlungen in die Prüfung der Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 und 2 StGB eintreten.

1095. BVerfG 2 BvR 49/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2017 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Lockerungen im Strafvollzug (gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Flucht- und Missbrauchsgefahr: Ausschluss; Resozialisierungsgebot; Erhaltung der Lebensfähigkeit langjährig Inhaftierter auch ohne konkrete Entlassungsperspektive; Ausführungen; Aufsicht durch Vollzugsbedienstete).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG

1. Die Entscheidung, keine Vollzugslockerungen zu gewähren, ist unter dem Gesichtspunkt der Sachaufklärungspflicht nicht zu beanstanden, wenn die angenommene Flucht- und Missbrauchsgefahr unter Zugrundelegung eines aktuellen forensisch-psychiatrischen Sachverständigengutachtens nicht nur auf die in der lange zurückliegenden Tat zutage getretene Gefährlichkeit des Gefangenen, sondern auch auf eine bislang nicht ausreichende therapeutische Tataufarbeitung gestützt wird.

2. Die Versagung jeglicher Vollzugslockerungen begegnet jedoch mit Blick auf das Resozialisierungsgebot verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Strafvollstreckungskammer nicht berücksichtigt, dass einem seit über 15 Jahren Inhaftierten auch ohne konkrete Entlassungsperspektive zur Erhaltung seiner Lebensfähigkeit zumindest Ausführungen zu gewähren sein können.

3. Bei der Entscheidung über Ausführungen darf auch nicht außer Betracht bleiben, dass eine angenommene Flucht- und Missbrauchsgefahr möglicherweise durch die bei dieser Lockerungsform definitionsgemäß vorhandene Aufsicht durch Vollzugsbedienstete ausgeräumt wird.

1096. BVerfG 2 BvR 821/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Oktober 2017 (LG Bochum)

Erstattung von Schreibauslagen im strafvollzugsrechtlichen Verfahren (allgemeiner Gleichheitssatz; Willkürverbot; Bindung an Recht und Gesetz; Begründungserfordernis auch für letztinstanzliche Entscheidungen bei Abweichung vom eindeutigen Wortlaut einer Rechtsnorm; Schreibpapier und Farbbänder einer Schreibmaschine als notwendige Auslagen bei gesetzlichem Schriftformerfordernis; keine allgemeinen Geschäftskosten bei einem Strafgefangenen).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 109 StVollzG; § 112 Abs. 1 Satz 1 StVollzG; § 121 Abs. 1 StVollzG; § 464b StPO

1. Eine gerichtliche Entscheidung verstößt gegen das Willkürverbot, wenn sie auf schweren Rechtsanwendungsfehlern wie der Nichtberücksichtigung einer offensichtlich einschlägigen Norm oder der krassen Missdeutung einer Norm beruht.

2. Der Willkürmaßstab verlangt mit Rücksicht auf die Bindung des Richters an Recht und Gesetz eine Begründung auch letztinstanzlicher Entscheidungen jedenfalls dann und insoweit, als von dem eindeutigen Wortlaut einer Rechtsnorm abgewichen werden soll und der Grund hierfür sich nicht schon eindeutig aus den Beteiligten bekannten und für sie ohne Weiteres erkennbaren Besonderheiten des Falles ergibt.

3. Hat das Gericht in einer Kostengrundentscheidung im Rahmen eines strafvollzugsrechtlichen Verfahrens die Erstattung der dem Strafgefangenen entstandenen notwendigen Auslagen angeordnet, so umfassen diese bereits angesichts des gesetzlichen Schriftformerfordernis-

ses auch die Kosten für das verwendete Papier und die von dem Gefangenen beschafften Farbbänder seiner Schreibmaschine.

4. Will das Gericht hiervon abweichen, genügt zur Begründung der formelhafte Hinweis nicht, es handle sich bei den genannten Positionen um „Allgemeinkosten“. Denn mit derartigen allgemeinen, keinem bestimmten Verfahren zuzuordnenden Geschäftskosten, die bei Rechtsanwältinnen bereits mit den Gebühren nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz abgegolten sind, sind die Auslagen eines Strafgefangenen, der seine Rechte im strafvollzugsrechtlichen Verfahren geltend macht, nicht vergleichbar.

1098. BVerfG 2 BvR 1366/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2017 (OLG Karlsruhe / AG Mannheim)

Ordnungsgeld gegen einen Angeklagten wegen dessen Weigerung, sich zur Urteilsverkündung zu erheben (Religionsfreiheit; „Erheben nur für Allah“; offensichtliche Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde; mangelnde Darlegung eines nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Glaubensfreiheit).

Art. 4 GG; § 178 GVG

Die Verfassungsbeschwerde gegen die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen einen Angeklagten wegen dessen beharrlicher Weigerung, sich zur Urteilsverkündung zu erheben – weil er sich aus religiösen Gründen nur für Allah erheben dürfe – bleibt ohne Erfolg, nachdem der Angeklagte nicht hinreichend dargetan hat, dass die Festsetzung des Ordnungsmittels in nicht gerechtfertigter Weise in sein Grundrecht auf Glaubensfreiheit eingegriffen hat.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH**I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil****1220. BGH 4 StR 169/17 – Beschluss vom 2. August 2017 (LG Essen)**

BGHSt; Begehen durch Unterlassen (Garantenpflicht eines Kindes gegenüber einem Elternteil; Erkrankung des Elternteils; Unterlassungsvorsatz hinsichtlich der Garantenstellung).

§ 13 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 1618a BGB

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine strafrechtliche Garantenpflicht eines Kindes gegenüber einem Elternteil besteht, ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen. (BGHSt)

2. Bei Prüfung einer Einstandspflicht von Kindern gegenüber Eltern im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB ist maßgeblich auf § 1618a BGB zurückzugreifen. (Bearbeiter)

3. Im Rahmen des als Wertemaßstab heranzuziehenden § 1618a BGB ist der Gehalt der geschuldeten familiären Solidarität nicht einheitlich, sondern anhand der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Maßgebliche Bedeutung können in diesem Zusammenhang etwa das Alter, der Gesundheitszustand, die Lebensumstände und das Zusammenleben der betroffenen Personen erlangen. (Bearbeiter)

4. Dementsprechend können auch mit § 1618a BGB korrespondierende strafrechtliche Einstandspflichten nicht losgelöst von der faktischen Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses bestimmt werden. Vielmehr ist auch bei der Konkretisierung der strafrechtlichen Einstandspflicht und bei Bestimmung des Pflichtenprogramms den Umständen des Einzelfalls und insbesondere solchen Regelungen Rechnung zu tragen, die der betroffene Personenkreis in autonomer Selbstbestimmung getroffen hat. (Bearbeiter)

5. Die einzelfallbezogene Herleitung der Garantenstellung ist auch auf der Ebene des Vorsatzes zu beachten. Danach muss der Täter insbesondere insoweit vorsätzlich handeln, als er den Ausfall eines nach der familiären Praxis vorrangig helfenden Familienmitgliedes erfasst haben musste. (Bearbeiter)

1174. BGH 2 StR 18/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Limburg)

Vorsatz (erforderliches Vorliegen zum Zeitpunkt der zum Erfolg führenden Handlung, nicht ausreichender dolus subsequens; unzulässige Gesamtbetrachtung; Irrtum über den wesentlichen Kausalverlauf).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Gemäß § 16 Abs. 1 StGB muss der Tatvorsatz im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen. Ein der Handlung nachfolgender Vorsatz (sog. dolus subsequens) ist bedeutungslos. Daher tritt eine Strafbarkeit wegen vollendeter Vorsatztat nur ein, wenn die vom Vorsatz getragene Handlung den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat (vgl. BGH NStZ 1983, 452 mwN).

2. Eine Verknüpfung verschiedener unvorsätzlich und vorsätzlich verwirklichter Geschehen wird auch nicht durch eine Gesamtbetrachtung des Geschehensablaufs zulässig. Auch eine Abweichung des vorgestellten vom tatsächlich eingetretenen Kausalverlauf setzt voraus, dass der Täter vor seiner zum Erfolg führenden Handlung – hier dem Faustschlag auf die Lippe – bereits zur Tötung des Geschädigten entschlossen war.

3. Einzelfall eines Verstoßes durch die Vermischung einer (postmortal) mit bedingtem Tötungsvorsatz vorgenommenen Penisamputation mit einem für den Tod ursächlichen und unvorsätzlich ausgeführten Schlag auf die Lippe des Geschädigten.

1179. BGH 2 StR 188/17 – Urteil vom 13. September 2017 (LG Erfurt)

Notwehr (Gegenwärtigkeit des Angriffs: Versuchsbeginn als relevanter Zeitpunkt bei vorsätzlichem Angriff; Erforderlichkeit eines Schusswaffeneinsatzes).

§ 32 StGB; § 22 StGB

1. Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn das Verhalten des Angreifers unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben einer Abwehrhandlung entweder deren Erfolg in Frage gestellt wäre oder der Verteidiger das Wagnis erheblicher eigener Verletzungen auf sich nehmen müsste (st. Rspr.). Der Angriff beginnt, wenn der Angreifer unmittelbar zu

diesem ansetzt, also mit einem Verhalten, das unmittelbar in die eigentliche Verletzungshandlung umschlagen soll; bei einem vorsätzlichen Angriff ist dies die Handlung, die dem Versuchsbeginn unmittelbar vorgelagert ist. Entscheidend für die Beurteilung ist dabei die objektive Sachlage, nicht die Befürchtungen des Angegriffenen.

2. Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz einer Waffe kann erforderlich und durch Notwehr gerechtfertigt sein. Der Angegriffene muss auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Die mildere Einsatzform muss im konkreten Fall eine so hohe Erfolgsaussicht haben, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann. Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Können keine sicheren Feststellungen zu Einzelheiten des Geschehens getroffen werden, darf sich dies nicht zu Lasten des Angeklagten auswirken.

3. Diese Grundsätze hat die Rechtsprechung für den lebensgefährlichen Einsatz einer Schusswaffe in Notwehrsituationen dahin konkretisiert, dass ein solcher zwar nicht von vornherein unzulässig ist, aber nur das letzte Mittel der Verteidigung sein kann. In der Regel ist der Angegriffene gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen. Reicht dies nicht aus, so muss er, wenn möglich, vor dem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Waffeneinsatz versuchen. In Frage kommen ungezielte Warnschüsse oder, wenn diese nicht ausreichen, Schüsse in die Beine, um den Angreifer kampfunfähig zu machen, also solche Abwehrmittel, die einerseits für die Wirkung der Abwehr nicht zweifelhaft sind und andererseits die Intensität und Gefährlichkeit des Angriffs nicht unnötig überbieten. Dabei wird der Rahmen der erforderlichen Verteidigung durch die Stärke und die Gefährlichkeit des Angreifers und durch die Verteidigungsmöglichkeiten des Angegriffenen bestimmt.

1193. BGH 4 StR 282/17 – Urteil vom 28. September 2017 (LG Aachen)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit des Rücktritts: Einwirken Dritter).

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

1. Die Beurteilung der Frage, ob die Aufgabe weiterer, möglicherweise noch zum Erfolg führender Handlungen freiwillig erfolgte, hängt davon ab, ob der Täter aus autonomen Motiven gehandelt hat und subjektiv noch in der Lage war, das zur Vollendung der Tat Notwendige zu tun (vgl. BGH NStZ 1993, 279 mwN).

2. Dabei stellt die Tatsache, dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt oder die Abstandnahme von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt, für sich genommen die Autonomie der Entscheidung des Täters nicht in Frage. Erst wenn durch von außen kommende Ereignisse aus Sicht des Täters ein Hindernis

geschaffen worden ist, das einer Tatvollendung zwingend entgegensteht, ist er nicht mehr Herr seiner Entschlüsse und eine daraufhin erfolgte Abstandnahme von der weiteren Tatausführung als unfreiwillig anzusehen (st. Rspr.). Dies kann unter anderem dann der Fall sein, wenn unvorhergesehene äußere Umstände dazu geführt haben, dass bei weiterem Handeln das Risiko angezeigt oder bestraft zu werden, unvertretbar ansteigen würde (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 9, 10).

3. Verbleibende Zweifel an der Freiwilligkeit des Rücktritts sind grundsätzlich zu Gunsten des Täters zu lösen (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 199).

1208. BGH 2 StR 359/17 – Beschluss vom 10. Oktober 2017 (LG Neubrandenburg)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Wahnerkrankung).
§ 20 StGB

1. Zu prüfen ist für den Fall der Feststellung einer Wahnerkrankung zuerst, ob Unrechtseinsicht des Angeklagten zur Tatzeit vorhanden war. Unrechtseinsicht ist entweder vorhanden oder nicht vorhanden; auf eine erhebliche Verminderung der Fähigkeit dazu kommt es für sich genommen nicht an. Nimmt der Tatrichter erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit des Täters zur Tatzeit an, muss er auch darüber befinden, ob dies tatsächlich zum Fehlen von Unrechtseinsicht hinsichtlich der konkreten Tat geführt oder ob der Täter gleichwohl zur Tatzeit das Unrecht eingesehen hat.

2. Eine Wahnerkrankung schließt Unrechtseinsicht zwar nicht generell, bei einem akuten Schub aber in aller Regel aus. Einem Wahnkranken stehen in Situationen, die durch den Wahn bestimmt sind, Handlungsalternativen praktisch nicht zur Verfügung. Wenn das Tatgericht gleichwohl bei einem Wahnkranken von lediglich eingeschränkter Steuerungsfähigkeit ausgeht, hat es dies nachvollziehbar darzulegen.

1144. BGH 5 StR 364/17 – Beschluss vom 12. Oktober 2017 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Persönlichkeitsstörung; schwere andere seelische Abartigkeit; Ausprägungsgrad der Störung; Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

Das Eingangsmerkmal der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ (vgl. § 20 StGB) wird allein durch den Befund einer Persönlichkeitsstörung nicht belegt. Erforderlich ist bei einer nicht pathologisch begründeten Persönlichkeitsstörung, dass sie in ihrem Gewicht einer krankhaften seelischen Störung gleichkommt. Dabei sind der Ausprägungsgrad der Störung und ihr Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters von Bedeutung. Für die Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsstörung ist im Allgemeinen maßgebend, ob es im Alltag außerhalb des Deliktes zu Einschränkungen des sozialen Handlungsvermögens gekommen ist.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1192. BGH 4 StR 274/16 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Freiburg)

BGHSt; Rechtsbeugung (Beugung des Rechts: Erfordernis eines elementaren Rechtsverstößes, Beugung von Verfahrensrecht durch Unterlassen nur bei rechtlich eindeutig gebotener Handlung; Rechtsbeugung durch unterlassene Anklageerhebung und unterlassene Beantragung eines Strafbefehls: Staatsanwalt als tauglicher Täter; Rechtsbeugung durch Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot).

§ 339 StGB; § 170 Abs. 1 StPO; § 407 Abs. 1 Satz 4 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK

1. Zu den Voraussetzungen der Rechtsbeugung durch einen Staatsanwalt bei bewusstem Nichtbetreiben von anklagereifen Ermittlungsverfahren. (BGHSt)

2. Die bewusste Nichterhebung der öffentlichen Klage in einem anklagereifen Ermittlungsverfahren mit der Folge, dass es im Falle des Unterlassens zum Eintritt der Verfolgungsverjährung kommt, ist für sich genommen grundsätzlich eine schwerwiegende Verletzung des Ver-

fahrensrechts und verstößt gegen ein eindeutiges gesetzliches Handlungsgebot. Zwar kann § 170 Abs. 1 StPO in zeitlicher Hinsicht keine eindeutige Handlungsvorgabe entnommen werden. Die Vorschrift verpflichtet aber den Staatsanwalt jedenfalls dann unabweisbar zu einer Anklageerhebung, wenn es andernfalls zum Eintritt der Verfolgungsverjährung käme und der staatliche Strafanspruch deshalb nicht mehr durchsetzbar wäre. (Bearbeiter)

3. Ob allein oder gegebenenfalls unter welchen weitergehenden Voraussetzungen im Einzelfall die bewusste Nichterhebung einer öffentlichen Klage in Ansehung der konkreten Gefahr der endgültigen Verfahrensbeendigung eines anklagereifen Strafverfahrens durch den Eintritt der Verfolgungsverjährung die strengen Anforderungen an das Vorliegen eines elementaren Rechtsverstößes im Sinne des § 339 StGB erfüllt, braucht der Senat nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)

4. Bei der Entscheidung der Frage, ob in der verzögerten Bearbeitung einer Rechtssache ein Rechtsbruch im Sinne

des § 339 StGB liegt, ist aber davon auszugehen, dass es grundsätzlich dem Richter oder Staatsanwalt überlassen bleibt, welchen der von ihm zu erledigenden vielfältigen Dienstgeschäften er den Vorrang vor anderen einräumt (vgl. BGHSt 47, 105, 111). Im Sinne des § 339 StGB strafrechtlich relevante Verstöße gegen den Beschleunigungsgrundsatz werden deshalb nur dann in Betracht kommen, wenn gegen zwingende Vorschriften verstoßen wird, in denen der Gesetzgeber das Beschleunigungsgebot konkretisiert hat, wenn der Richter oder Staatsanwalt untätig bleibt, obwohl besondere Umstände sofortiges Handeln zwingend gebieten, oder wenn die zögerliche Bearbeitung auf sachfremden Erwägungen zum Vorteil oder Nachteil einer Partei beruht (vgl. BGHSt 47, 105, 111). Allein eine verzögerte, den Maßstäben des Art. 6 EMRK widersprechende Sachbehandlung durch den Staatsanwalt oder Richter wird daher regelmäßig nicht die strengen Anforderungen an einen elementaren Rechtsverstoß im Sinne des § 339 StGB erfüllen. (Bearbeiter)

5. Ein Staatsanwalt kann Täter einer Rechtsbeugung im Sinne des § 339 StGB sein, wenn er wie ein Richter in einem rechtlich vollständig geregelten Verfahren zu entscheiden hat und dabei einen gewissen Grad sachlicher Unabhängigkeit genießt. Diese Voraussetzungen hat der Bundesgerichtshof sowohl für staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügungen als auch für Anklageerhebungen bereits bejaht (vgl. BGHSt 41, 247, 249). Für die Entscheidung, die Erhebung der öffentlichen Klage durch einen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls zu bewirken (§ 407 Abs. 1 Satz 4 StPO), kann nichts anderes gelten. (Bearbeiter)

6. Als eine Beugung des Rechts im Sinne von § 339 StGB kommen nur elementare Rechtsverstöße in Betracht. § 339 StGB erfasst nur Rechtsbrüche, bei denen sich der Richter oder Amtsträger bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache bewusst in schwerwiegender Weise zugunsten oder zum Nachteil einer Partei von Recht und Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an eigenen Maßstäben ausrichtet. Eine unrichtige Rechtsanwendung reicht daher für die Annahme einer Rechtsbeugung selbst dann nicht aus, wenn sich die getroffene Entscheidung als unvertretbar darstellt (st. Rspr.). Ob ein elementarer Rechtsverstoß vorliegt, ist auf der Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände zu entscheiden (vgl. BGHSt 32, 357, 364). (Bearbeiter)

7. Eine Rechtsbeugung kann grundsätzlich auch durch einen Verstoß gegen Verfahrensrecht begangen werden (st. Rspr.). In diesem Fall ist es jedoch erforderlich, dass durch die Verfahrensverletzung die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung zum Vor- oder Nachteil einer Partei begründet wurde, ohne dass allerdings ein Vor- oder Nachteil tatsächlich eingetreten sein muss (vgl. BGH NStZ 2013, 648, 651). Daneben kann auch Bedeutung erlangen, welche Folgen der Verstoß für eine Partei hatte, inwieweit die Entscheidung materiell rechtskonform blieb und von welchen Motiven sich der Richter oder Amtsträger bei der Entscheidung leiten ließ (vgl. BGHSt 42, 343, 351). (Bearbeiter)

8. Hat der Täter Verfahrensrecht durch ein Unterlassen (§ 13 Abs. 1 StGB) verletzt (vgl. BGH NJW 1997, 1455),

wird das Tatbestandsmerkmal der Rechtsbeugung in der Regel nur dann als erfüllt angesehen werden können, wenn eine rechtlich eindeutig gebotene Handlung unterblieben ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Richter oder Staatsanwalt bewusst gegen eine Vorschrift verstoßen hat, die ein bestimmtes Handeln unabweislich zur Pflicht macht oder wenn er untätig bleibt, obwohl besondere Umstände sofortiges Handeln zwingend gebieten (vgl. BGHSt 47, 105, 111). (Bearbeiter)

1162. BGH 1 StR 112/17 – Urteil vom 20. September 2017 (LG Kempten)

Diebstahl mit Waffen (Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs: Pfefferspray als gefährliches Werkzeug, Begriff des Beisichführens; keine teleologische Reduktion des Tatbestandes bei konkreter Ungefährlichkeit der Tat; Vorliegen eines minder schweren Falls: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (Berücksichtigung von vorherigen, als Jugendlicher oder Heranwachsender begangenen Taten des Angeklagten); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitszusammenhang, Gefährlichkeitsprognose).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 StGB; § 46 StGB; § 64 StGB

1. Ein Pfefferspray ist ein von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB erfasstes Tatmittel. Dabei bedarf keiner Entscheidung, ob es sich um eine „Waffe“ oder um „ein anderes gefährliches Werkzeug“ handelt. Jedenfalls handelt es sich aber um ein „anderes gefährliches Werkzeug“ (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 308), weil das in der Dose enthaltene Pfefferspray nach seiner konkreten objektiven Beschaffenheit geeignet ist, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen (zum Maßstab BGHSt 57, 257, 269 Rn. 32).

2. Ein Mitsichführen im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB liegt vor, wenn der Täter den fraglichen Gegenstand bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn sich der Gegenstand derart in räumlicher Nähe befindet, dass ein Zugriff ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne nennenswerte Schwierigkeiten möglich ist; dafür genügt in räumlicher Hinsicht Griffweite (vgl. BGH StraFo 2017, 378 Rn. 7 mwN [zu § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG]).

3. Für die Verurteilung wegen Diebstahls mit Waffen kommt es nicht darauf an, dass sich zum Zeitpunkt der Tat keine andere Person als der Täter am Tatort aufhält. Der Grund für die gegenüber dem Grundtatbestand höhere Strafdrohung liegt gerade in der mit dem Beisichführen eines gefährlichen Gegenstandes einhergehenden erhöhten abstrakt generellen Gefährlichkeit der Tatbegehung, die ihrerseits ihre Ursache in der latenten Gefahr des Einsatzes der fraglichen Gegenstände als Nötigungsmittel findet (vgl. BGHSt 52, 257, 268 Rn. 30 mwN).

4. Es stellt keinen Rechtsfehler dar, wenn das Tatgericht im Rahmen der Strafzumessung den als Jugendlicher und Heranwachsender begangenen früheren Straftaten des Täters einen deutlich geringeren Unrechtsgehalt im Ver-

gleich zur Aburteilung auf der Grundlage des allgemeinen Strafrechts beimitst. Der äußere Unrechtsgehalt einer von jugendlichen oder heranwachsenden Tätern verübten Tat unterscheidet sich zwar nicht von dem bei der Tatbegehung durch nicht in den Anwendungsbereich des JGG fallende Täter. Allerdings ist das für die Strafzumessung bedeutsame Ausmaß des vorwerfbar, also schuldhaft verwirklichten Unrechts bei jugendlichen und ggf. heranwachsenden Straftätern unter Berücksichtigung der entwicklungsbedingten Besonderheiten in jugendspezifischer Weise zu bestimmen (vgl. BGH NJW 2016, 2050, 2051).

1215. BGH 2 StR 474/16 – Urteil vom 7. Juni 2017 (LG Köln)

Mord (Verdeckungsabsicht: Entfallen bei vollständiger Aufklärung der Tat, in affektiver Erregung gefasster Tötungsentschluss; Heimtücke: Bewusstsein der Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit, Verhältnis zu einer affektiven Erregung); Betrug (Eingehungsbetrag bei Abschluss eines Beförderungsvertrages; Verhältnis des Betrugsvorsatzes zu einem später entfallenden Raubvorsatz).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 249 StGB

1. Bereits bei dem Abschluss eines Beförderungsvertrags bei Fahrtantritt kann der Tatbestand des Betruges erfüllt werden. Durch Herbeirufen des Taxis und Aufnahme als Fahrgast verpflichtet der Fahrgast sich konkludent dazu, anschließend den bei Fahrtende fälligen Fahrpreis zu zahlen. Verschweigt er dabei, dass er die Forderung nicht sogleich erfüllen kann, und dies auch nicht vorhat, liegt bei Fahrtantritt ein Eingehungsbetrag vor.

2. Die Tatsache, dass der Angeklagte zugleich den Vorsatz zur anschließenden Beraubung des Taxifahrers gefasst hatte, womit er auch der Geltendmachung der Fahrpreisforderung durch den Taxifahrer bei Fahrtende entgegen wollte, ändert nichts an der vorherigen Vollendung eines Eingehungsbetruges. Dieser Vorsatz zu einer späteren Tat mit weitergehendem Ziel schließt den Vorsatz zur Täuschung des Taxifahrers über die fehlende Fähigkeit und Bereitschaft zur Fahrpreiszahlung bei Fahrtantritt nicht aus, die Aufgabe dieses Raubvorsatzes während der Fahrt lässt den bei Eingehung des Beförderungsvertrags bereits umgesetzten Betrugsvorsatz nicht nachträglich entfallen.

3. Eine Tötung zur Verdeckung einer Straftat scheidet aus, wenn diese bereits vollständig aufgedeckt ist und der Täter dies weiß. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob die vorangegangene Straftat oder seine Tatbeteiligung daran schon objektiv aufgedeckt waren oder ob objektiv von dem Opfer eine Aufdeckung zu befürchten war, solange der Täter nur meint, zur Verdeckung dieser Straftat den Zeugen töten zu müssen. Auch nach Bekanntwerden der Vortat kann der Täter eines Tötungsverbrechens deshalb noch in Verdeckungsabsicht handeln, wenn er zwar weiß, dass er verdächtigt wird, die genauen Tatumsstände aber noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt sind. Glaubt er, mit der Tötung eine günstige Beweisposition aufrechterhalten oder seine Lage verbessern zu können, reicht dies für die Annahme von Verdeckungsabsicht aus.

4. Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht kann selbst bei einem in einer Augenblickssituation in affektiver Erregung gefassten Tötungsentschluss gegeben sein. Verdeckungsabsicht erfordert nämlich keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele. Es genügt, dass er die „Verdeckungs-lage“ gleichsam „auf einen Blick erfasst“.

5. Hinsichtlich der Auswirkung einer affektiven Erregung auf das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht ist auch zu berücksichtigen, dass eine affektive Erregung bei den meisten Tötungsdelikten den Normalfall darstellt und für Verdeckungsstötungen typisch ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein solcher Erregungszustand auch aus normativen Gründen im Regelfall keinen Einfluss auf die Verdeckungsabsicht.

6. In der Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass auch der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter in Verdeckungsabsicht handeln kann. Dies ist jedoch nur der Fall, wenn nicht gerade der Tod des Opfers zu dessen Ausschaltung als Zeuge wegen der zu verdeckenden Vortat das Ziel der Handlung ist, sondern die Verdeckungshandlung mit einem anderen Ziel vorgenommen wird, wobei der Täter die Möglichkeit des Todes des Opfers in Betracht zieht und billigend in Kauf nimmt. Besteht die Möglichkeit einer Verdeckung von Tat oder Täterschaft aus der Sicht des Täters allein in der Beseitigung dieses Zeugen, kann Verdeckungsabsicht nur bei absichtlicher Tötung des Opfers angenommen werden.

7. Für das im Rahmen des Mordmerkmals der Heimtücke erforderliche Bewusstsein der Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers genügt es, wenn der Täter diese Umstände in dem Sinn erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen. Das gilt im Einzelfall selbst dann, wenn der Täter die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat. Anders kann es zwar bei affektiven Durchbrüchen liegen. Für die Annahme der subjektiven Seite des Heimtückemords kommt es aber nicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB an, sondern darauf, welche tatsächlichen Auswirkungen die affektive Erregung auf die Erkenntnisfähigkeit des Angeklagten in der Tatsituation und auf sein Bewusstsein hatte. Das bedarf einer genauen Prüfung anhand aller Umstände des Einzelfalls.

1157. BGH AK 56/17 – Beschluss vom 19. Oktober 2017 (LG Halle)

Grenzen des Begriffs der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch ein Nichtmitglied (konkret wirksame Unterstützungsleistung; objektiver Nutzen; Nachweis durch belegte Fakten; Konkurrenzverhältnis zwischen mehreren Unterstützungshandlungen); Bestimmung der Reichweite des Verfolgungswillens der Staatsanwaltschaft anhand des Anklagesatzes; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; Bindung des für den Erlass des Haftbefehls zuständigen Gerichts an die Aufhebungsentscheidung des Haftprüfungsgerichts (Änderung der Sach- und Erkenntnislage).

§ 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 125 StPO;
§ 126 StPO; § 200 StPO; § 264 StPO

1. Der Begriff des Unterstützens einer Vereinigung (§§ 129a f. StGB) bezieht sich auch und – wie schon der Wortlaut des Gesetzes zeigt – sogar in erster Linie auf die Vereinigung als solche, ohne dass im konkreten Fall die Aktivität des Nichtmitglieds zu einer einzelnen organisationsbezogenen Tätigkeit eines Organisationsmitglieds einen fördernden Beitrag i.S.d. § 27 StGB erbringen muss.

2. Erforderlich ist aber immer, dass das Nichtmitglied eine konkret wirksame Unterstützungsleistung für die Vereinigung erbringt, die einen objektiven Nutzen entfaltet. Dies muss anhand belegter Fakten nachgewiesen sein. Die vergleichsweise weite Begriffsbestimmung des Unterstützens im Sinne des § 129a Abs. 5 Satz 1 StGB darf nicht dahin missverstanden werden, dass jedes Handeln eines Nichtmitglieds im Sinne der Vereinigung als tatbestandsmäßig einzustufen wäre, ohne dass es auf die konkreten Wirkungen seines Tuns ankäme.

3. Der Anklagesatz enthält die Schilderung der einem Angeschuldigten angelasteten Tat als historisches Ereignis (vgl. § 200 Abs. 1 S. 1 StPO). Dabei sind die gesetzlichen Merkmale des ihm vorgeworfenen objektiven und subjektiven Straftatbestandes mit einem entsprechenden äußeren und inneren Zustand oder Vorgang zu belegen. Dies bestimmt den Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft.

4. Enthält der Anklagesatz weitere Angaben, die nicht die angeklagte prozessuale Tat, sondern einen anderen getrennten Lebensvorgang betreffen, so wird dieser hierdurch nicht zum Verfahrensgegenstand im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO. Was dem Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft unterliegt, ist im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln, wobei nach den Umständen des Einzelfalls auch das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen herangezogen werden kann.

5. Die Tathandlung des § 89a Abs. 1 Satz 1 StGB wird durch die abschließende Aufzählung der einzelnen Tatvarianten in § 89a Abs. 2 Nr. 1 bis 3, Abs. 2a StGB näher bestimmt. Nach der Gesetzeskonzeption knüpft die Strafbarkeit somit an konkret umschriebene Vorbereitungshandlungen an, die in Verbindung mit den tatbestandlich vorausgesetzten Beweggründen, die dem Tun des Täters zugrunde liegen, bereits eine Gefahr für die in § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB genannten Schutzgüter begründen. Manifestiert sich der Entschluss zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat in anderer Weise als durch die in § 89a Abs. 2 Nr. 1 bis 3, Abs. 2a StGB normierten Tathandlungen, so begründet dies nicht die Strafbarkeit wegen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat.

6. Hat das Haftprüfungsgericht einen Haftbefehl bereits mangels allgemeiner Haftvoraussetzungen, insbesondere wegen Fehlens eines dringenden Tatverdachts oder eines Haftgrundes, aufgehoben, so ist das nach §§ 125, 126 StPO zuständige Gericht nur bei einer wesentlichen Änderung der Sach- und Erkenntnislage befugt, einen neuen Haftbefehl zu erlassen.

1142. BGH 5 StR 361/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Dresden)

Voraussetzungen des Wohnungseinbruchsdiebstahls (Wohnungsbegriff; Kellerräume; räumliche und bauliche Einheit; keine Zugangshindernisse; Wochenendhäuser; vorübergehende Nutzung als Unterkunft).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Dem Wohnungsbegriff des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB unterfallen auch Kellerräume, die mit einer Wohnung räumlich und baulich eine Einheit bilden bzw. so mit ihr verbunden sind, dass keine erheblichen Zugangshindernisse zu den Wohnräumen mehr bestehen. Anders als bei vom Wohnbereich getrennten Kellerräumen in einem Mehrfamilienhaus trifft dies beim Keller eines Einfamilienhauses regelmäßig zu (vgl. zuletzt BGH HRRS 2016 Nr. 824). Dies gilt sowohl, wenn der Täter sich von dort ungehindert Zugang zum ohne weiteres erreichbaren Wohnbereich im Erd- oder Obergeschoss verschafft, als auch dann, wenn er aus derartigen Räumen stiehlt.

2. Der Wohnungsbegriff umfasst auch Wochenendhäuser. Dem steht nicht entgegen, dass sie Menschen nur vorübergehend zur Unterkunft dienen. Insofern gilt nichts anderes als bei Hotelzimmern, Wohnmobilen und Wohnwagen.

1181. BGH 2 StR 260/17 – Urteil vom 4. Oktober 2017 (LG Aachen)

Erpressung (Begriff des Nachteils: Erwerbs- und Gewinnaussichten als Teil des Vermögens; Vermögensschaden).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 263 StGB

1. Der Nachteil für das Vermögen im Sinne des § 253 StGB ist gleichbedeutend mit dem Vermögensschaden beim Betrug. Eine versuchte Erpressung setzt daher voraus, dass die Nötigung nach dem Tatplan zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Genötigten oder eines Dritten führen soll (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 341, 343).

2. Erwerbs- und Gewinnaussichten, wie sie etwa mit dem Betrieb einer Gaststätte verbunden sein können, können nur ausnahmsweise als Vermögensbestandteil angesehen werden. Dies setzt voraus, dass sie so verdichtet sind, dass ihnen der Rechtsverkehr bereits einen wirtschaftlichen Wert beimisst, weil sie mit einiger Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lassen (vgl. BGH NStZ 2012, 272, 273 mwN).

1178. BGH 2 StR 150/16 – Urteil vom 23. August 2017 (LG Frankfurt am Main)

Räuberische Erpressung mit Todesfolge (Vermögensnachteil: Betäubungsmittel als geschütztes Vermögen; Verhältnis zur schweren räuberischen Erpressung: Tateinheit).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB; § 251 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

1. Wer einen Rauschgiftändler oder -kurier mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Herausgabe von Drogen nötigt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, macht sich der räuberi-

schen Erpressung schuldig. Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzwürdiges Vermögen. Auch an Sachen wie Rauschgift, die jemand aufgrund einer strafbaren Handlung besitzt und als Tatmittel zur Begehung geplanter Straftaten bereitstellt, kann unbeschadet ihrer Zweckbestimmung oder Bemakelung Erpressung und Betrug begangen werden. Soweit der Senat in seinem in der Sache 2 StR 335/15 ergangenen Anfragebeschluss Bedenken an dieser Rechtsauffassung geäußert hat, hält er hieran nicht mehr fest.

2. Zwischen § 251 StGB und § 250 StGB besteht Gesetzeseinheit (vgl. BGHSt 21, 183, 185).

1156. BGH AK 53/17 – Beschluss vom 12. Oktober 2017

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützen einer terroristischen Vereinigung (Begriff des Unterstützens; Abgrenzung zur Beihilfe; organisationsbezogene Tätigkeit; objektive Nützlichkeit; Erfolg; Werben um Mitglieder); Fluchtgefahr; Fortdauern der Untersuchungshaft über sechs Monate.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO

Der Begriff des Unterstützens i.S.d. §§ 129a Abs. 5 S. 1, § 129b Abs. 1 S. 1 StGB einer Vereinigung über ein im strengeren Sinne des § 27 Abs. 1 StGB auf die Förderung der Tätigkeit eines Vereinigungsmitglieds beschränktes Verständnis hinaus; denn er bezieht sich auch und sogar in erster Linie auf die Vereinigung als solche, ohne dass im konkreten Fall die Aktivität des Nichtmitglieds zu einer einzelnen organisationsbezogenen Tätigkeit eines Organisationsmitglieds hilfreich beitragen muss. Auch muss das Wirken des Nichtmitglieds nicht zu einem von diesem erstrebten Erfolg führen; es genügt, wenn sein

Tun für die Organisation objektiv nützlich ist, ohne dass ein messbarer Nutzen für diese eintritt.

1194. BGH 4 StR 322/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Bochum)

Besonders schwere räuberische Erpressung (Tateinheit bei mehreren Angriffen auf die Willensentschließungsfreiheit; Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs: Verwendung während der Vorbereitungsphase nicht ausreichend).

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

Für die Erpressung ist anerkannt, dass mehrere Angriffe auf die Willensentschließung des Opfers als eine Tat im Rechtssinne zu werten sind, wenn dabei lediglich die ursprüngliche Drohung den Umständen angepasst und aktualisiert, im Übrigen aber dieselbe Leistung gefordert wird. Die rechtliche Bewertungseinheit endet in diesen Fällen erst, wenn der Täter sein Ziel vollständig erreicht hat oder nach den insoweit entsprechend heranzuziehenden Wertungen des Rücktrittsrechts von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist (st. Rspr.).

1189. BGH 4 StR 250/17 – Beschluss vom 15. August 2017 (LG Bremen)

Freiheitsberaubung (Verhältnis zu mit der Freiheitsberaubung bezweckten weiteren Delikten: Gesetzeseinheit); Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Entscheidung in Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung).

§ 239 StGB; § 199 Abs. 1 StPO; § 203 StPO; § 76 Abs. 1 Satz 1 GVG

Ist eine Freiheitsberaubung nur das tatbestandliche Mittel zur Begehung eines anderen Delikts tritt sie als das allgemeinere Delikt im Wege der Gesetzeseinheit hinter dieses zurück (vgl. BGH NSTz 1999, 83).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

1130. BGH 5 StR 72/17 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Berlin)

Sachlich-rechtlich unbedenkliche Beweiswürdigung; Voraussetzungen einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit bei Kindstötungen (Belastung durch die Geburt; weitergehende geistig-seelische Beeinträchtigungen; Berücksichtigung als minder schwerer Fall).

§ 261 StPO; § 21 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

Bei Kindstötungen im Sinne des § 217 StGB aF kommt eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit kaum in Betracht, wenn bei der Täterin außer der Belastung

durch die Geburt keine schon unabhängig hiervon bestehenden geistig-seelischen Beeinträchtigungen festzustellen sind. Die psychische Ausnahmesituation einer Mutter, die ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, kann in einem solchen Fall allerdings bei der Anwendung des § 213 StGB Berücksichtigung finden (BGH NSTz-RR 2004, 80).

1168. BGH 2 StR 101/17 – Beschluss vom 12. September 2017 (LG Limburg)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Folgen mehrerer Taten).

§ 46 StGB; § 53 StGB

Sind psychische Schäden Folge mehrerer Taten zusammen, so können sie dem Angeklagten nur bei der Gesamtstrafenbildung angelastet werden. Sind sie dagegen unmittelbare Folge allein einzelner Taten, so können sie mit ihrem vollen Gewicht nur in diesen Fällen, nicht aber in gleicher Weise auch bei der Bemessung sämtlicher anderer Einzelstrafen und bei der Gesamtstrafenbildung in Ansatz gebracht werden (vgl. BGH NStZ 2014, 701).

1202. BGH 1 StR 359/17 – Beschluss vom 26. Oktober 2017 (LG Landshut)

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung des zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Urteil).
§ 46 StGB

Kommt es bei einem Strafverfahren zu einem großen Abstand zwischen Tat und Urteil, kann dies bei der Bestimmung der Rechtsfolgen unter drei verschiedenen Aspekten von Belang sein. Zum einen kann der betreffende Zeitraum bereits für sich genommen ins Gewicht fallen. Unabhängig hiervon kann zum zweiten einer überdurchschnittlich langen Verfahrensdauer eine eigenständige Bedeutung zukommen, bei der insbesondere die mit dem Verfahren selbst verbundenen Belastungen des Angeklagten zu berücksichtigen sind. Zum dritten kann sich schließlich eine darüber hinausgehende rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu Gunsten des Angeklagten auswirken.

1216. BGH 2 StR 573/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2017 (LG Köln)

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung des zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Urteil).
§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

Eine überdurchschnittlich lange Verfahrensdauer ist ungeachtet eines geringeren Strafbedürfnisses aufgrund des zeitlichen Abstands zwischen Tatbegehung und Urteil und eines gewährten Vollstreckungsabschlags bei der Strafzumessung zu berücksichtigen und stellt einen bestimmenden Strafzumessungsgrund dar.

1127. BGH 3 StR 418/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Mönchengladbach)

Rechtsfehlerhafte Versagung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Sich-Aufdrängen der Voraussetzungen der Unterbringung; Hang bei fachgerechter Methadon-Substitution; symptomatischer Zusammenhang).
§ 64 StGB

Der Umstand einer fachgerechten Methadonbehandlung legt einen Hang zum Opiatkonsum nahe und erfordert deshalb eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen des § 64 StGB. Wird daher in diesen Fällen eine Entscheidung zur Nichtanordnung der Unterbringung nicht näher begründet, ist dies regelmäßig rechtsfehlerhaft.

1166. BGH 1 StR 268/17 – Beschluss vom 21. September 2017 (LG Bamberg)

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten des Angeklagten: Äußerungen über ein Tatopfer).
§ 46 StGB

Äußerungen des Angeklagten über ein Tatopfer in der Hauptverhandlung dürfen nur dann strafscharfend bewertet werden, wenn in ihnen eine über das Leugnen eigener Schuld hinausgehende Ehrverletzung des Tatopfers oder eine rechtsfeindliche Gesinnung gesehen werden kann (vgl. BGH NStZ 2010, 692).

1175. BGH 2 StR 36/17 – Urteil vom 20. September 2017 (LG Gera)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten).
§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Das Merkmal des Hanges im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist danach derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag. Der Hang als „eingeschliffenes Verhaltensmuster“ bezeichnet einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 204).

1191. BGH 4 StR 259/17 – Urteil vom 26. Oktober 2017 (LG Dortmund)

Strafzumessung (Strafmildernde Berücksichtigung von ausländerrechtlichen Folgen); unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Verhältnis zum mit Teilen der besessenen Betäubungsmitteln begangenen unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln und zum Besitz nach Aufgabe des Handelszwecks: Tateinheit).
§ 46 StGB; § 29 Abs. 1 BtMG

1. Ausländerrechtliche Folgen einer Verurteilung sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich keine bestimmenden Strafmilderungsgründe. Dies war bereits zur früheren ausländerrechtlichen Rechtslage auch für die damals vorgesehene zwingende Ausweisung anerkannt und gilt nunmehr vor dem Hintergrund der seit 17. März 2016 geltenden Regelung des § 53 Abs. 1 und 2 AufenthG, nach der bei einer Ausweisungsentscheidung generell eine Abwägung zwischen Ausweisungsinteresse (§ 54 AufenthG) und Bleibeinteresse (§ 55 AufenthG) vorzunehmen ist, umso mehr. Eine andere strafzumessungsrechtliche Bewertung ist nur gerechtfertigt, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, welche die Beendigung des Aufenthalts im Inland als besondere Härte erscheinen lassen (st. Rspr).

2. Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zurück (vgl. BGHSt 42, 162, 165 f.). Dies gilt indes nur, soweit der einheitliche Besitz von Betäubungsmitteln in dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln aufgeht. Besitzt der Täter Betäubungsmittel teils zu Handelszwecken und teils aus anderen Gründen, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmengemenge im

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf, während es für die anderen Zwecken dienende Menge bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln verbleibt. Zwischen dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmenge besteht Tateinheit (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 174).

3. Nicht anders zu bewerten ist der Fall, in dem der Täter bei unverändert fortbestehender Sachherrschaft über die Betäubungsmittelmenge den ursprünglich verfolgten Handelszweck aufgibt. Auch in diesem Fall verbleibt es für den nach der Aufgabe des Handelszwecks nicht mehr im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln aufgehenden Besitz bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln, die angesichts der durchgehend unverändert gebliebenen Besitzlage zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Verhältnis der Tateinheit steht. Allein die Veränderung der mit den besessenen Betäubungsmitteln verfolgten Zwecksetzung, die vom tatbestandlich erforderlichen Besitzwillen zu unterscheiden ist, ist nicht geeignet, einen einheitlichen Betäubungsmittelbesitz in verschiedene materiellrechtliche Taten aufzuspalten.

1226. BGH 4 StR 255/17 – Beschluss vom 30. August 2017 (LG Freiburg)

Immaterieller Schaden (Adhäsionsausspruch: Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters).

§ 253 Abs. 2 BGB

1. Es gefährdet den Bestand des Adhäsionsausspruchs des angefochtenen Urteils nicht, dass das Landgericht bei der Bemessung des Schmerzensgeldes neben tatbezogenen Umständen auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten und der Geschädigten berücksichtigt hat.

2. Insoweit sieht sich der Senat – in Übereinstimmung mit dem 3. Strafsenat – nicht in einer entscheidungserheblichen Divergenz zum Beschluss der Vereinigten Großen Senate vom 16. September 2016. Zwar wird dort ausgeführt, dass Feststellungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen und deren Einfluss auf die Bemessung der billigen Entschädigung in Geld geboten sind, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse dem Einzelfall ein besonderes Gepräge geben und deshalb bei der Entscheidung ausnahmsweise berücksichtigt werden müssen. Aus diesen Maßstäben lässt sich jedoch nicht die Annahme eines Rechtsfehlers folgern, wenn der Tatrichter die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten und der Geschädigten berücksichtigt, ohne dass diese dem Fall ihr besonderes Gepräge geben (so aber BGH, Beschluss vom 11. Mai 2017 – 2 StR 324/14, juris Tz. 10). Vielmehr sieht das Gesetz in § 253 Abs. 2 BGB beim Ausgleich immaterieller Schäden gerade keine starre Regelung vor, sondern eine billige Entschädigung, ohne dem Tatrichter hinsichtlich der zu berücksichtigenden oder berücksichtigungsfähigen Umstände Vorgaben zu machen.

1229. BGH 4 StR 286/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Landau)

Art des Rauschgifts als strafzumessungsrelevanter Faktor („harte“ und „weiche“ Drogen; Amphetamin keine harte Droge).

§ 29 BtMG

Der Art des Rauschgifts und seiner Gefährlichkeit kommt im Rahmen der Strafzumessung zwar grundsätzlich eine eigenständige Bedeutung zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht insoweit indes ein für die Strafzumessung maßgebliches Stufenverhältnis, das von sog. harten Drogen, wie Heroin, Fentanyl, Kokain und Crack über Amphetamin, das auf der Gefährlichkeitsskala einen mittleren Platz einnimmt, bis hin zu sog. weichen Drogen, wie Cannabis reicht.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1158. BGH AK 58/17 – Beschluss vom 29. November 2017

Kein dringender Tatverdacht wegen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Fall „Franco A.“; keine eindeutige Einordnung bestimmter Umstände als Indizien für die bevorstehende Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat); keine Fortdauer der Untersuchungshaft; Fluchtgefahr.

§ 112 StPO; § 89a StGB

1. Der dringende Tatverdacht wegen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB) erfordert – allgemeinen Grundsätzen entsprechend – eine große bzw. hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Beschuldigte diese Tat begangen hat. Ein mit hohem Aufwand betriebenes konspiratives Vorgehen kann dabei

in Verbindung mit weiteren Indizien (Anfertigung einer vermeintlichen „Liste“ möglicher Anschlagopfer; Besorgen einer Waffe) geeignet sein, die Annahme der bevorstehenden Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat zu rechtfertigen.

2. Bleiben jedoch substantielle Unstimmigkeiten bei der Einordnung der fraglichen Umstände als Indizien für eine geplante schwere staatsgefährdende Gewalttat, die sich auch nach umfangreichen Ermittlungen nicht beseitigen lassen, sind die Voraussetzungen eines dringenden Tatverdachts hinsichtlich des Delikts nach § 89a StGB regelmäßig nicht erfüllt.

1165. BGH 1 StR 218/17 – Beschluss vom 10. August 2017 (LG Mannheim)

Unterbrechung der Verjährung (Anordnung der Vernehmung des Beschuldigten: Form, Erkennbarkeit in den Verfahrensakten; Reichweite der Unterbrechung).

§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

1. Die Anordnung im Sinne des § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB ist an keine bestimmte Form gebunden, sie kann daher auch mündlich oder durch schlüssige Handlung ergehen (vgl. BGHSt 28, 381 mwN). Allerdings erfordert jede Feststellung, ob die Verjährungsfrist abgelaufen ist, eine hierfür ausreichende transparente Entscheidungsgrundlage. Die Voraussetzungen einer verjährungsunterbrechenden Anordnung müssen deshalb den Verfahrensbeteiligten nach ihrem Inhalt und dem Zeitpunkt ihres Ergehens erkennbar sein und von diesen in ihrer Wirkung abgeschätzt werden können (vgl. BGHSt 51, 72, 79).

2. Für die Wirksamkeit der Anordnung, dem Betroffenen die Einleitung des Ermittlungsverfahrens bekannt zu geben, ist es ausreichend, dass sich für deren Zeitpunkt und Inhalt konkrete Anhaltspunkte aus den Akten ergeben und sich so der behördliche Wille zur Vornahme einer Unterbrechungshandlung mit Gewissheit feststellen lässt (vgl. BGHSt 51, 72, 79). Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine mündliche Anordnung nur dann eine Unterbrechungswirkung entfalten kann, wenn sie sogleich aktenkundig gemacht wird. Vielmehr kann auch ein später erstellter polizeilicher Vermerk, der zu den Ermittlungsakten des Verfahrens genommen wird, ausreichend sein.

3. Die Unterbrechungswirkung erstreckt sich auf die Tat im prozessualen Sinne, nicht nur auf die einzelne Gesetzesverletzung. Damit ergibt sich die Grenze der Unterbrechungswirkung aus dem objektiven Umfang der Tat, wie sie sich dem Gericht letztlich darstellt. Dagegen ist ohne Bedeutung, wie das die Unterbrechungshandlung vornehmende Strafverfolgungsorgan die Tat beurteilt und ob sich der Sachverhalt oder seine rechtliche Einordnung nachträglich verändern, sofern nur die Identität der Tat gewahrt bleibt (vgl. BGHSt 22, 105, 107).

4. Sämtliche Maßnahmen des § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB bilden eine Einheit, so dass, sobald eine der dort genannten Unterbrechungshandlungen durchgeführt worden ist, die Verjährung durch eine andere der in Nr. 1 aufgezählten Maßnahmen nicht erneut unterbrochen werden kann (vgl. BGH NStZ 2005, 33).

1110. BGH 3 StR 227/17 – Beschluss vom 10. August 2017 (LG Osnabrück)

Anforderungen an die verjährungsunterbrechende Wirkung der Beauftragung eines Sachverständigen (Ausnahmecharakter der Vorschriften über die Verjährungsunterbrechung; mehrfache Einholung von Gutachten und Auskünften; Austausch der Person des Sachverständigen; neues Beweisthema; Erläuterung oder Ergänzung eines Gutachtens; Präzisierung; Nachfragen); fahrlässige Insolvenzverschleppung.

§ 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB; § 15a Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 InsO

1. § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB kommt wie allen Regelungen über die Unterbrechung der Verjährung Ausnahmecharakter zu, weshalb nicht jede Inanspruchnahme eines Gutachters die Voraussetzungen einer „Beauftragung“ im Sinne dieser Norm erfüllt. Eine Einschränkung ist unter anderem in den Fällen der mehrfachen Einholung von Sachverständigengutachten geboten. Diese können jeweils nur dann verjährungsunterbrechende Wirkung entfalten, wenn entweder die Person des Sachverständigen ausgewechselt oder demselben Sachverständigen ein völlig neues Beweisthema aufgegeben wird.

2. Eine die Verjährung unterbrechende Beauftragung setzt demnach voraus, dass der Sachverständige bei seiner erneuten Inanspruchnahme damit beauftragt wird, nunmehr zu einer weiteren Frage, die nicht bereits Gegenstand des ersten Auftrages war, gutachterlich Stellung zu nehmen. Die Bitte um Erläuterung oder Ergänzung eines bereits erstatteten Gutachtens genügt dagegen ebenso wenig wie Handlungen eines Richters oder Staatsanwalts, die der Erstattung eines schriftlichen Gutachtens nachfolgen und die auf die Präzisierung der Ausführungen des Sachverständigen oder die Beseitigung von Unklarheiten gerichtet sind. Auch Fragen an den Sachverständigen im Rahmen seiner Vernehmung über das Gutachten sind nicht als neue Aufträge anzusehen.

1197. BGH Ermittlungsrichter 4 BGs 156/17 3 BJs 30/16-4 – Beschluss vom 14. November 2017

Anfechtung haftgrundbezogener Beschränkungen während der Untersuchungshaft (Beschränkung der Kommunikation mit dem Verteidiger).

§ § 119 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 148 Abs. 2 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

1. Eine am Normzweck orientierte Rechtsanwendung gebietet eine analoge Anwendung des § 119 Abs. 5 Satz 1 StPO auf Anordnungen nach § 148 Abs. 2 StPO.

2. § 119 Abs. 5 Satz 1 StPO räumt dem Beschuldigten das Recht ein, in den Fällen gerichtliche Entscheidung zur Überprüfung der haftbeschränkenden Anordnungen nach § 119 Abs. 1 und 2 StPO zu beantragen, in denen der Beschwerdeweg nach § 304 StPO nicht eröffnet ist. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für haftgrundbezogene Beschränkungen nach § 119 Abs. 1 StPO der Fall sofern diese vom Oberlandesgericht oder Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs getroffen wurden. Denn der Begriff der „Verhaftung“ im Sinne des § 304 Abs. 5 StPO umfasst nur Entscheidungen des Ermittlungsrichters, welche unmittelbar darüber befinden, ob der Beschuldigte in Haft zu nehmen oder zu halten ist. Durch Haftbeschränkungsanordnungen wird indes nur die Art und Weise des Vollzuges geregelt. Anordnungen nach § 148 Abs. 2 StPO, mit denen das Recht des Beschuldigten auf freien Verkehr mit seinem Verteidiger beschränkt wird, greifen indes zumindest mit gleicher, meist jedoch mit höherer Intensität als Anordnungen nach § 119 Abs. 1 StPO in den Rechtskreis des Beschuldigten ein, sodass eine vergleichbare prozessuale Interessenlage besteht. Dass der Gesetzgeber den Be-

schuldigten in diesen Fällen bewusst rechtsschutzlos stellen wollte, ist nicht ersichtlich.

1167. BGH 1 StR 307/17 – Beschluss vom 6. September 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Schuldunfähigkeit (Anschluss des Gerichts an ein Sachverständigen Gutachten: Darstellung im Urteil bei schizophrener Psychose).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1. Wenn sich das Landgericht darauf beschränkt, sich der Beurteilung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit anzuschließen, muss es dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (st. Rspr.). Dies gilt besonders in Fällen einer Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie. Gerade hier führt die Diagnose einer solchen Erkrankung für sich genommen noch nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit (st. Rspr.).

2. Erforderlich ist vielmehr die Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung sowie die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 305).

1126. BGH 3 StR 401/17 – Beschluss vom 5. Oktober 2017 (LG Oldenburg)

Keine Begründung der Unglaubwürdigkeit eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen unter Berufung auf dessen zulässiges Schweigen im Ermittlungsverfahren.

§ 52 StPO

Die Unglaubwürdigkeit eines zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen darf nicht daraus hergeleitet werden, dieser habe im Ermittlungsverfahren geschwiegen und erst in der Hauptverhandlung entlastende Angaben gemacht. Würde die Tatsache, dass ein Zeugnisverweigerungsberechtigter von sich aus (zunächst) nichts zur Aufklärung beigetragen hat, geprüft und gewertet, so könnte er von seinem Schweigerecht nicht mehr unbefangenen Gebrauch machen, weil er befürchten müsste, dass daraus später nachteilige Schlüsse zu Lasten des Angeklagten gezogen würden (vgl. bereits BGH HRRS 2016 Nr. 187).

1207. BGH 2 StR 334/17 – Beschluss vom 26. Oktober 2017 (LG Aachen)

Aussageverweigerungsrecht (keine belastende Verwertung des Eindrucks des Angeklagten in der Hauptverhandlung, wenn dieser keine Angaben zur Sache macht).

§ 243 Abs. 5 Satz 1 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

Es steht dem Angeklagten frei, sich zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Macht er von seinem Schweige-

recht Gebrauch, darf dies nicht zu seinem Nachteil gewertet werden. Der unbefangene Gebrauch des Schweigerechts wäre nicht gewährleistet, wenn der Angeklagte die Prüfung der Gründe hierfür befürchten müsste. Deshalb dürfen aus der Aussageverweigerung keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden.

1188. BGH 4 StR 177/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Dresden)

Adhäsionsverfahren (Umfang: prozessuale Tat, keine Beschränkung durch Schutzgüter der erfüllten Straftatbestände: hier: Gefährdung des Straßenverkehrs mit täterfremdem, beschädigtem Fahrzeug); unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Verhältnis zu weiteren, während einer Transportfahrt begangenen Gesetzesverstößen: Tateinheit, Klammerwirkung).

§ 403 StPO; § 406 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 264 StPO; § 315c Abs. 1 StPO; § 29 Abs. 1 BtMG; § 52 StGB

1. Straftat im Sinne der §§ 403, 406 Abs. 1 Satz 1 StPO ist die Tat im prozessualen Sinn gemäß § 264 StPO. Für die Frage, ob der Anspruch aus der Tat erwachsen ist, ist hiernach allein der historische Sachverhalt entscheidend, aus dem sich der Anspruch ergibt, nicht aber das Schutzgut des verletzten Strafgesetzes, aus dem der Angeklagte verurteilt wurde (vgl. BGHSt 58, 152, 154).

2. Danach ist zwar das vom Täter geführte Fahrzeug auch dann nicht als fremde Sache in den Schutzbereich des § 315c StGB einbezogen, wenn es ihm nicht gehört (st. Rspr.). Die fehlende Einbeziehung des Eigentümers des Fahrzeugs in den Schutzbereich der zur Aburteilung gelangten Vorschrift ändert aber nichts daran, dass ihm als Verletzter im Sinne des § 403 StPO aus der Straftat ein vermögensrechtlicher Anspruch erwachsen kann und sein Antrag im Sinne des § 406 Abs. 1 Satz 1 StPO wegen dieser Straftat begründet ist.

3. Begeht ein Täter, der Rauschgift zu Handelszwecken in einem Fahrzeug befördert (Einfuhrfahrt, Transportfahrt vom Lieferanten zum Depot, Fahrt zu einem Abnehmer etc.) durch das Führen des Transportfahrzeugs weitere Gesetzesverstöße, so stehen diese zu dem in der Beförderung liegenden Betäubungsmittelhandel im Verhältnis der Tateinheit. Denn ihr Tatbestand wird durch dieselbe Ausführungshandlung verwirklicht (vgl. BGH NStZ-RR 2017, 123 f.).

1159. BGH StB 24/17 – Beschluss vom 18. Oktober 2017

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Entscheidung über Beschränkungen des Beschuldigten während der Untersuchungshaft (Verfügung des Ermittlungsrichters; Beschluss; Verhaftung; Art und Weise des Vollzugs).

§ 119 StPO; § 148 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

Die „Verhaftung“ i.S.d. § 304 Abs. 5 StPO betrifft eine Entscheidung des Ermittlungsrichters nur, wenn damit unmittelbar entschieden wird, ob der Beschuldigte in Haft zu nehmen oder zu halten ist, nicht aber schon dann, wenn lediglich Beschränkungen des Beschuldigten während der Untersuchungshaft vorgenommen werden und damit die Art und Weise des Vollzugs geregelt wird.

Das gilt für die haftgrundbezogenen Beschränkungen im Sinne des § 119 Abs. 1 StPO ebenso wie für die gemäß § 148 Abs. 2 Satz 1, 3 StPO (s. § 119 Abs. 4 Satz 1 StPO) angeordneten Beschränkungen wegen des dringenden Verdachts einer Tat nach §§ 129a, 129b Abs. 1 StGB.

1227. BGH 4 StR 267/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Gießen)

Aufhebung des Urteils und der Feststellungen (Unzulässige Bezugnahme auf ein aufgehobenes Urteil).
§ 353 Abs. 1 und 2 StPO

1. Ist ein Urteil durch Entscheidung des Senats in Bezug auf den Angeklagten im Strafausspruch mit den Feststellungen aufgehoben worden, werden damit alle Feststellungen aufgehoben, die sich ausschließlich auf den Strafausspruch beziehen. Deshalb dürfen sie neue Urteile nicht mehr, auch nicht im Wege der Bezugnahme, herangezogen werden. Vielmehr hat das Landgericht insoweit umfassende eigene Feststellungen zu treffen und in den Urteilsgründen mitzuteilen.

2. Danach muss der neue Tatrichter die Strafe für den Angeklagten auf der Grundlage eigener Feststellungen zu dessen persönlichen Verhältnissen neu zumessen. Die hinsichtlich beider Angeklagten als Gesamtschuldner ergangene Adhäsionsentscheidung wird von der Aufhebung nicht umfasst. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat sich daran, dass die nicht angefochtene Entscheidung über den Adhäsionsantrag von der Aufhebung des Urteils im Übrigen unberührt bleibt, durch die mit dem Opferrechtsreformgesetz vom 24. Juni 2004 erfolgte, lediglich redaktionelle Änderung des § 406a Abs. 3 StPO nichts geändert.

1133. BGH 5 StR 214/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Hamburg)

Zurückweisung der Anhörungsrüge (keine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör).
§ 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

Die Anhörungsrüge (§ 356a StPO) ist unbegründet, wenn zwar der Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör dadurch verletzt wurde, dass Sachvortrag bei der Entscheidung nicht zur Kenntnis genommen wurde, sich dies aber nicht in „entscheidungserheblicher“ Weise ausgewirkt hat (vgl. bereits BGH HRRS 2014 Nr. 721). Das ist insbesondere der Fall, wenn sämtliche in dem übergangenen Sachvortrag enthaltenen Erwägungen bei der Entscheidung bedacht wurden und diese daher auch bei dessen Berücksichtigung nicht anders ausgefallen wäre.

1111. BGH 3 StR 255/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (KG)

Verfahren bei rechtsirriger Verfahrensbeschränkung anstelle der gebotenen Einstellung.
§ 154 StPO; § 154a StPO

Falls irrig § 154a StPO statt § 154 StPO oder umgekehrt § 154 StPO statt § 154a StPO angewendet wird, richtet sich das weitere Verfahren hinsichtlich Rechtshängigkeit, Rechtskraft und Wiederaufnahme nach der tatsächlich

anzuwendenden, nicht nach der irrig angewendeten Norm.

1172. BGH 1 StR 391/16 – Beschluss vom 20. September 2017 (LG Kassel)

Recht auf das letzte Wort (Pflicht zur Neugewährung bei Wiedereintritt in die Verhandlung: Begriff des Wiedereintritts, Stellen von Hilfsbeweisansträgen).
§ 258 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

1. Ein Wiedereintritt in die Verhandlung liegt nicht nur in jeder Prozesshandlung, die ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme fällt, sondern bereits in jeder Handlung, in der sich der Wille des Gerichts zum Weiterverhandeln in der Sache zeigt. Insbesondere ist ein Wiedereintritt gegeben, wenn der Wille des Gerichts zum Ausdruck kommt, im Zusammenwirken mit den Prozessbeteiligten in der Beweisaufnahme fortzufahren oder wenn Anträge erörtert werden.

2. Werden nach dem letzten Wort ausschließlich Vorgänge erörtert, die auf die gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss haben können, besteht keine Verpflichtung nach § 258 Abs. 2 StPO (vgl. BGH NSTZ 1993, 94). Dies ist etwa bei der bloßen Entgegennahme von Hilfsbeweisansträgen der Fall, bei denen der Antragsteller auf die Bescheidung vor Urteilsverkündung verzichtet und zu denen auch andere Verfahrensbeteiligte keine Erklärungen abgegeben haben.

1125. BGH 3 StR 397/17 – Beschluss vom 4. Oktober 2017 (LG Kleve)

Nachträgliche Ergänzung der abgekürzten Urteilsgründe (fristgerechte, nicht zu den Akten gelangte Rechtsmittelschrift; Regelungslücke; Analogie).
§ 267 StPO; § 275 StPO

Gelangt eine fristgerecht eingelegte Rechtsmittelschrift nicht innerhalb der Frist zur Kenntnis des Gerichts, können die nach Maßgabe des § 267 Abs. 4 S. 1 bis 3 StPO in abgekürzter Form abgesetzten Urteilsgründe innerhalb der in § 275 Abs. 1 S. 2 StPO vorgesehenen Frist ergänzt werden. Denn das Gericht durfte bei Abfassung des abgekürzten Urteils von der Anwendbarkeit des § 267 Abs. 4 S. 1 StPO ausgehen. Die nachträgliche Feststellung, dass ein solcher Fall nicht vorlag, macht es erforderlich, das weitere Verfahren entsprechend § 267 Abs. 4 S. 4 StPO zu gestalten. Insoweit besteht eine Regelungslücke im Gesetz, die durch analoge Anwendung des § 267 Abs. 4 S. 4 StPO zu schließen ist (vgl. bereits BGH HRRS 2008 Nr. 794).

1200. BGH 1 StR 329/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Revisibilität; Beweiswert der Angaben von Vertrauenspersonen); besondere gesetzliche Milderungsgründe (Strafrahmenwahl im Rahmen einer Gesamtwürdigung).
§ 261 StPO; § 30 Abs. 1 Satz 2, § 49 Abs. 1 StGB

1. Mittelbar eingeführte Angaben von Vertrauensperson haben lediglich einen eingeschränkten Beweiswert; solche Bekundungen sind äußerst sorgfältig und zurückhal-

tend zu würdigen und müssen durch andere gewichtige Beweisanzeichen außerhalb der Aussage bestätigt werden.

2. Sieht das Gesetz einen besonderen Strafrahmen für minder schwere Fälle vor und ist auch ein gesetzlich vertypter Milderungsgrund gegeben, muss bei der Strafrahmenwahl im Rahmen einer Gesamtwürdigung zunächst geprüft werden, ob die allgemeinen Milderungsgründe die Annahme eines minder schweren Falles tragen. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzu-

messungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falles abzulehnen, so sind zusätzlich die den gesetzlich vertypten Strafmilderungsgrund verwirklichenden Umstände in die gebotene Gesamtabwägung einzubeziehen. Erst wenn der Tatrichter die Anwendung des milderen Strafrahmens danach weiterhin nicht für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertypten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1163. BGH 1 StR 173/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Wiesbaden)

BGHR; Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Kraftfahrzeugsteuer bei widerrechtlicher Benutzung von Kraftfahrzeugen: Bestehen einer Steuererklärungspflicht, keine Strafbarkeit der bloßen Nichtzahlung von Steuern); Urkundenfälschung (Kraftfahrzeugkennzeichen als zusammengesetzte Urkunde, Tateinheit mit Diebstahls des Fahrzeugs); Kennzeichenmissbrauch.

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 KraftStG; § 2 Abs. 5 KraftStG; § 6 KraftStG; § 7 Nr. 3 KraftStG; § 15 Abs. 1 KraftStDV; § 267 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 22 StVG

1. Zur Kraftfahrzeugsteuerhinterziehung bei widerrechtlicher Benutzung von Kraftfahrzeugen. (BGH)

2. Zwar ist auch eine widerrechtliche Benutzung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Abs. 5 KraftStG steuerbar. Gemäß § 7 Nr. 3 KraftStG ist der Fahrer des Fahrzeugs auch der Steuerschuldner der mit Beginn der Steuerpflicht entstehenden Kraftfahrzeugsteuer. Eine an den Realakt der Benutzung als die Steuerpflicht auslösendes Moment anknüpfende Erklärungspflicht besteht für inländische Fahrzeuge aber erst mit Wirkung zum 20. Juli 2017 durch § 15 Abs. 1 KraftStDV, wonach bei widerrechtlicher Benutzung unverzüglich eine Steuererklärung abzugeben ist. (Bearbeiter)

3. Eine Tathandlung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO begeht nur derjenige, der die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt. Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO kann danach nur derjenige sein, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist (vgl. BGHSt 58, 218, 227, 231). Die bloße Nichtzahlung von Steuern ist tatbestandlich nicht erfasst. (Bearbeiter)

4. Ein Kraftfahrzeugkennzeichen ohne amtliche Stempelplakette stellt keine Urkunde im Sinne des § 267 StGB dar, sondern ist nur ein Kennzeichen im Sinne der Straf-

vorschrift des § 22 StVG (vgl. BGHSt 18, 66, 70). Zwar handelt es sich bei einem mit einer Stempelplakette der Zulassungsbehörde versehenen, an dem Kraftfahrzeug, für das es zugeteilt ist, angebrachten Kraftfahrzeugkennzeichen um eine (zusammengesetzte) Urkunde im Sinne des § 267 StGB (vgl. BGHSt 45, 197, 200). Nur das mit der Stempelplakette versehene Kennzeichen verkörpert die Erklärung der Zulassungsbehörde als Ausstellerin, dass das Fahrzeug unter diesem Kennzeichen für einen bestimmten, im Fahrzeugregister eingetragenen Halter zum öffentlichen Verkehr zugelassen worden ist (vgl. BGHSt 34, 375, 376 mwN). Fehlt eine solche Stempelplakette, lässt sich dem bloßen Kennzeichen keine beweisbestimmte und beweisgeeignete Erklärung der Zulassungsstelle entnehmen. (Bearbeiter)

1161. BGH 1 StR 33/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Essen)

Umsatzsteuerhinterziehung durch Unterlassen (mögliche Täterstellung und Begriff des Verfügungsberechtigten an der Lieferung; Begriff des leistenden Unternehmers).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 35 AO; § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG; § 13a Abs. 1 Nr. 1 UStG

1. Täter – auch Mittäter – einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) kann nur derjenige sein, der selbst zur Aufklärung steuerlich erheblicher Tatsachen besonders verpflichtet ist (vgl. BGHSt 58, 218). Auch einen Verfügungsberechtigten im Sinne des § 35 AO trifft eine Rechtspflicht zur Aufklärung über steuerlich erhebliche Tatsachen.

2. Verfügungsberechtigter im Sinne des § 35 AO ist jeder, der nach dem Gesamtbild der Verhältnisse rechtlich und wirtschaftlich über Mittel, die einem anderen zuzurechnen sind, verfügen kann und als solcher nach außen auftritt. Nicht ausreichend ist eine rein tatsächliche Verfügungsmacht, etwa die Möglichkeit, über wirtschaftlichen Druck auf die Verfügungen des Steuerpflichtigen Einfluss zu nehmen; vielmehr muss die Verfügungsmöglichkeit rechtlich eingeräumt worden sein, sodass der

Verfügungsberechtigte aufgrund bürgerlich-rechtlicher Verfügungsmacht im Außenverhältnis wirksam handeln kann. Entscheidend für die Pflichtenstellung des § 35 AO ist, dass der Verfügungsberechtigte durch die Übertragung der rechtlichen Verfügungsbefugnis in die Lage versetzt worden ist, am Rechtsverkehr wirksam teilzunehmen (vgl. BGHSt 58, 218, 236 mwN).

3. Eine mittelbare rechtliche Verfügungsbefugnis genügt. Verfügungsberechtigt im Sinne des § 35 AO ist daher auch, wer aufgrund seiner Stellung die Pflichten des gesetzlichen Vertreters erfüllen oder durch die Bestellung entsprechender Organe erfüllen lassen kann. Gleiches gilt für denjenigen, der kraft eines Rechtsverhältnisses den Vertretenen steuern und über seine Mittel verfügen kann. Steuerliche Pflichten sind dabei auch dann rechtlich und tatsächlich erfüllbar, wenn zwar keine unmittelbare Vertretungsbefugnis besteht, die rechtliche Stellung jedoch eine verbindliche Weisung an den Vertretenen ermöglicht (vgl. BGHSt 58, 218, 238 mwN). Auch wenn ein Geschäftsherr einem Dritten für einen bestimmten Geschäftsbereich völlig freie Hand lässt, so kann dieser nach den Umständen des Einzelfalls für den Geschäftsbereich, den er übernommen hat, als Verfügungsberechtigter im Sinne des § 35 AO anzusehen sein (vgl. BGHSt 58, 218, 236 f.).

4. Allerdings kann Verfügungsberechtigter im Sinne des § 35 AO nur derjenige sein, der auch als solcher nach außen auftritt. Auftreten bedeutet die Teilnahme am Wirtschafts- und Rechtsverkehr, die über die Beziehungen zum Rechtsinhaber hinausgeht. Nicht vorausgesetzt ist ein Auftreten gerade gegenüber den Finanzbehörden oder in steuerlichen Angelegenheiten. Die Teilnahme muss auch nicht in einer Disposition über fremdes Vermögen bestehen. Vielmehr reicht es aus, wenn der Verfügungsberechtigte sich nach außen so geriert, als könne er über fremdes Vermögen verfügen. Nimmt etwa eine Person Geschäftsführungsaufgaben tatsächlich wahr, so reicht es aus, wenn sie lediglich gegenüber einer „begrenzten Öffentlichkeit“ zu erkennen gibt, dass sie als solche über das Vermögen verfügen kann, das Auftreten gegenüber der „allgemeinen Öffentlichkeit“ aber weisungsabhängigen Personen überlässt. Hält sich der faktisch Leitende selbst im Hintergrund und bedient er sich zur Ausübung seiner Verfügungsbefugnis der Unterstützung weisungsgebundener Personen, wird er nach § 35 AO nur verpflichtet, wenn die Weisungsabhängigkeit auch nach außen – mithin mindestens gegenüber einer „begrenzten Öffentlichkeit“ – erkennbar wird. Diese Grundsätze gelten für Einzelunternehmen entsprechend (vgl. BGHSt 58, 218, 237 f.).

1237. BGH 4 StR 572/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Halle)

Subventionsbetrug (Begriff der Subventionserheblichkeit vor dem Hintergrund europäischen Rechts).
§ 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB

1. Die Subventionserheblichkeit im Sinne des Tatbestandes des Subventionsbetruges wird auch durch den Umstand, dass die Bewilligung der beantragten Förderungen auf der Grundlage einer Verwaltungsvorschrift erfolgte und die Gewährung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach im Ermessen der Verwaltungsbehörde stand,

nicht in Frage gestellt. Denn das Nichtvorliegen eines bloßen Scheingeschäfts stellt nach der Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 1 SubvG eine zwingende Voraussetzung der Subventionierung dar, die dem Ermessensspielraum der Verwaltungsbehörde vorgelagert ist.

2. Ob sich die Subventionserheblichkeit der Tatsache eines bloßen Scheingeschäfts nach § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB angesichts der teils aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds gewährten Förderungen darüber hinaus auch aus Europäischem Recht begründen lässt, kann der Senat offenlassen. Ein mit § 4 Abs. 1 Satz 1 SubvG vergleichbares Verbot der Subventionierung bloßer Scheingeschäfte könnte sich aus der Vorschrift des Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (Abl. L 312/1) ergeben, deren Auslegung im Einzelnen aber allein dem Europäischen Gerichtshof obliegt. Der Senat hätte indes Bedenken, ob ein ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz den Anforderungen des in § 264 Abs. 8 StGB normierten formalen Begriffs der Subventionserheblichkeit genügen könnte.

1164. BGH 1 StR 198/17 – Urteil vom 5. September 2017 (LG Frankfurt am Main)

Steuerhinterziehung (Täterschaft: Voraussetzungen der Täterschaft, kein Sonderdelikt bei aktiver Begehung); Urkundenfälschung (Urkundeneigenschaft eines mit computertechnischen Maßnahmen erstellten veränderten Dokuments; Gebrauch einer unechten Urkunde durch Übertragung auf elektronischem Weg); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 25 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Der Straftatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO ist kein Sonderdelikt und setzt die Eigenschaft als Steuerpflichtiger nicht voraus. Täter einer Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) kann daher auch derjenige sein, den selbst keine steuerlichen Pflichten treffen (st. Rspr.). Ausreichend ist, dass er durch unrichtige Angaben auf ein steuerliches Verfahren Einfluss nimmt (vgl. BGHSt 51, 356, 359).

2. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 25 Abs. 1 StGB („wer die Straftat selbst ... begeht“) ist derjenige, der einen Tatbestand eigenhändig verwirklicht, stets Täter und nicht Gehilfe (vgl. BGHSt 35, 347). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass wer den Tatbestand mit eigener Hand erfüllt, grundsätzlich selbst dann Täter ist, wenn er es unter dem Einfluss und in Gegenwart eines anderen nur in dessen Interesse tut (vgl. BGHSt 8, 393).

3. In der Übertragung auf elektronischem Weg – wie dies auch bei einem Telefax der Fall ist – kann ein Gebrauchmachen einer unechten Urkunde liegen (vgl. BGHSt 24, 140). Dies setzt jedoch voraus, dass die erstellten oder verfälschten Schriftstücke die Merkmale einer Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB aufweisen (vgl. BGH NStZ 1999, 620). Selbst mit computertechnischen Maßnahmen – wie der Veränderung eingescannter Dokumente – erstellten Schriftstücken ist mangels Beweiseignung

kein Urkundencharakter beizumessen, wenn sie nach außen als bloße Reproduktion erscheinen. Sie sind aber dann (unechte) Urkunden, wenn die (veränderten) Reproduktionen Originalurkunden so ähnlich sind, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. BGH wistra 2011, 307 mwN).

1170. BGH 1 StR 365/16 – Urteil vom 5. September 2017 (LG Arnberg)

Besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung (unrichtige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen: Begriff des Scheingeschäfts; Ablehnung eines besonders schweren Falls trotz Vorliegen eines Regelbeispiels: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); tatrichter-

liche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs im Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 41 Abs. 2 Satz 1 AO; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, aber die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen (st. Rspr.). Entscheidend ist dabei, ob die Beteiligten zur Erreichung des angestrebten Erfolges ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernst gemeintes Rechtsgeschäft für erforderlich erachtet haben.

Aufsätze und Anmerkungen

Der 5. (Berliner) Strafsenat*

Von RA Dr. Gerhard Strate, Hamburg

I. Einleitung

Der 5. Strafsenat existiert seit dem 1. Januar 1952, ist also in diesem Jahr in sein Pensionsalter getreten. Ob er in seiner jetzigen Besetzung und aktuellen Entscheidungspraxis tatsächlich in Pension treten sollte, will ich hier nicht näher untersuchen. Ich möchte die *Tour d'horizon* durch die Geschichte dieses Senats beschränken auf die Phase bis zum Frühjahr 1997, also des Strafsenats, der in seinem Briefkopf und sogar im Poststempel als „5. (Berliner) Strafsenat“ auftrat. Als die Stunde des Abschieds – des Umzugs nach Leipzig – im Frühjahr 1997 anstand, hatte die Berliner Strafverteidigervereinigung ein Essen veranstaltet, bei dem Gerhard Jungfer eine Tischrede zum Thema „Abschied vom 5. (Berliner) Strafsenat“ an die Adresse seiner nun reisenden Mitglieder hielt. Sie war durchdrungen von einer tief gefühlten Hassliebe, die Gerhard Jungfer – wie alle Kollegen, die damals im Revisionsgeschäft sich mühten – gegenüber diesem Senat hegte. Die immer wieder großen Enttäuschungen, die eintraten, wenn die tatsächlich (oder vermeintlich) großartigen Präsentationen wichtiger Rechtsfragen durch uns Anwälte mit einem Einzeiler – dem Verdikt der offensichtlichen Unbegründetheit – beantwortet wurden, führte vielfach zu Verbitterung. Dennoch: Dieser Senat war „unser“ Senat. Trotz gelegentlicher Verbitterung blieb immer ein großer Respekt das tragen-

de Gefühl. Das sage ich für die Verteidiger, die damals – wie Gerhard Jungfer – in Norddeutschland und in Berlin an der Front standen und für geschehenes Unrecht Remedur erhofften. Was bei diesem 5. (Berliner) Strafsenat eine bleibende Konstante war: Er nahm nie Rücksicht auf die öffentliche Wahrnehmung eines Falles und des betroffenen Angeklagten in den Medien. Auch nahm dieser Strafsenat bei seiner Entscheidungsfindung nie Rücksicht auf die Zahl der Verhandlungstage, die sich im Falle einer Urteilsaufhebung als unnütze Zeitvergeudung herausstellen sollten.

II. Historie des 5. Strafsenats

Doch zunächst möchte ich drei Zeitabschnitte bilden. Ich benenne sie nach den drei Vorsitzenden, die dieser Senat in der Zeit bis 1997 hatte: die Ära Sarstedt, die Ära Herrmann und die Ära Lauffhütte.

1. Ära Sarstedt

Werner Sarstedt gehörte dem 5. (Berliner) Strafsenat seit dessen Installation im Januar 1952 an. Bis Mitte 1955 hatte der 5. Strafsenat drei Vorsitzende, über die ich fast nichts zu erwähnen weiß: Neumann, Geier und Rotberg. Sie blieben alle nur kurz. Geier war später Vorsitzender des in Karlsruhe residierenden 6. Strafsenats, der in erster und letzter Zuständigkeit die politischen Strafprozesse, vor allem gegen Mitglieder der verbotenen KPD, führte. Seine Verhandlungsleitung stand oft im Mittelpunkt öffentlicher Kritik. Er ließ die Angeklagten nicht immer zu Wort kommen. Auch Sarstedt hatte keine gute Meinung von ihm. Später erzählte er gerne die Geschichte von einem Anruf auf der Geschäftsstelle des 6. Straf-

* Es handelt sich um das leicht überarbeitete Manuskript eines Vortrags, den der Verfasser am 8. November 2017 auf einer Gedenkveranstaltung der Rechtsanwaltskammer Berlin und der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V. zu Ehren des am 3. Juli 2017 verstorbenen Strafverteidigers und Rechtsanwalts Gerhard Jungfer im Plenarsaal des Kammergerichts gehalten hat.

senats. Sarstedt wollte Geier sprechen. Der war nicht erreichbar. Die Geschäftsstelle teilte ihm mit: „Unser Senatspräsident ist in einer Hauptverhandlung und vernimmt sich gerade selbst.“

Seit 1956 gehörte Sarstedt dem 5. (Berliner) Strafsenat als dessen Vorsitzender an, damals noch unter der Amtsbezeichnung „Senatspräsident“. Vorsitzender des 5. Strafsenat blieb er bis zum November 1977. Sarstedt war ein hochgebildeter Mann und außerdem ein großartiger Jurist. Seine Publikationen sind Legion. Schon 1952 veröffentlichte er seine erste Urteilsanmerkung in der „Juristischen Rundschau“. Es sollten viele folgen, ebenso Aufsätze und veröffentlichte Reden sowie vor allem seine erstmals umfänglich 1962 veröffentlichte „Revision in Strafsachen“. Seine Wortwahl war geschliffen und gestanzt. Auch hatte er Kenntnisse aus dem angloamerikanischen Rechtskreis. Dessen Stil, geprägt durch die Leitlinie „*Brevity – Don't confuse quantity with quality. Say little and say it well*“, gab vielfach den Entscheidungen des 5. (Berliner) Strafsenats den Stempel.

Aus der Ära Sarstedt ist noch eine weitere große Richterpersönlichkeit zu nennen: Else Koffka. Sie war eine der ersten weiblichen Juristinnen, die 1924, im Alter von 23 Jahren, das Referendarexamen erfolgreich, und das mit der Note „gut“, absolvierte. Schon 1925 promovierte sie bei Martin Wolff mit „cum laude“ und war im Anschluss Assistentin von James Goldschmidt und Eduard Kohlrusch. Ihre Karriere als Juristin wurde während der Nazizeit jäh unterbrochen. Sie hatte einen jüdischen Großvater und war eine Frau. Nach dem Kriege arbeitete sie zunächst kurzzeitig als Rechtsanwältin. Seit November 1949 war sie Landgerichtsrätin in Berlin und begann – gemeinsam mit Sarstedt – am 2. Januar 1952 ihre Tätigkeit beim 5. (Berliner) Strafsenat. Im September 1967 trat sie in den Ruhestand. Bis weit über das Ende ihrer beruflichen Tätigkeit publizierte sie, vor allem Anmerkungen in der „Juristischen Rundschau“, in denen sie ein großes Gespür für die rechtsstaatliche Bedeutung des Prozessrechts zeigte.¹

2. Ära Herrmann

Die Ära Herrmann beginnt im Dezember 1977. Er blieb im Amt bis zum März 1989. Wer kennt Horst Herrmann? Eigentlich niemand. Er hat – soweit ersichtlich – nie etwas veröffentlicht. Der Ehrgeiz, im juristischen Fach bei den Kollegen und Zeitgenossen Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen oder gar etwa der Nachwelt in Erinnerung zu bleiben, war ihm völlig fremd. Er war bar jeder Eitelkeit. Er kam aus der Berliner Justiz. Und manchmal kam bei ihm die Berliner Kodderschнауze durch. Darunter hatten weniger die Verteidiger zu leiden. Wer dabei anwesend war, wird die Szene nie vergessen, wie er 1983 den damals 33 Jahre alten Richter am Amtsgericht Schluckebier, der als Sitzungsvertreter der Bundesanwaltschaft auftrat, mit der spöttischen Bemerkung überzog:

¹ Nur beispielhaft: BayObLG in JR 1967, 189 m. Anm. Koffka (zum Entschuldigtsein eines Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung wegen verspäteter Ladung). Noch im Alter von 73 kommentierte sie die §§ 13 – 26 des StGB für die 9. Auflage des 1974 erschienenen Leipziger Kommentars.

„Meinen Sie das ernst, Herr Bundesanwalt?“ Die Revision des Angeklagten, deren Verwerfung der Vertreter der Bundesanwaltschaft beantragt hatte, war erfolgreich. Dem Richter am Amtsgericht Schluckebier hat der Anranzer in Form einer aufgedrängten Titelanmaßung nicht wehgetan. Schluckebier ist heute Mitglied im Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts.

Herrmann war Jahrgang 1924. Er hatte um sich herum eine Crew von Senatsmitgliedern, die mit ihm fast gleichaltrig waren: Die waren alle aus den Jahrgängen 1923 bis 1926. Das waren die Bundesrichter Fleischmann, Fuhrmann, Schuster, Rebitzki, Niepel. Der jüngste war Hartmuth Horstkotte mit dem Jahrgang 1931.² Diese sieben Richter waren ein eingespieltes, bis 1988 zusammengehöriges Team, dem Gerhard Jungfer und die anderen damals im Revisionsrecht tätigen Anwälte gegenüberstanden.³ Zeigte der 5. (Berliner) Strafsenat schon in der Ära Sarstedt gegenüber der Rechtsprechung in Karlsruhe Eigenwilligkeit und Unabhängigkeit, so entwickelte das Team um Herrmann ein Insiderverständnis von regelrechtem Eigensinn. Sie hielten sich von den vier Strafsenaten des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe nicht fern – was heißt: Sie wichen nicht offenkundig von Rechtsprechung jener Senate ab. Sie waren aber diesen Senaten auch nicht nahe. Wer als Verteidiger in einem Plädoyer auf eine die eigene Ansicht stützende Entscheidung des 2. Strafsenats hinwies, kassierte zwar nicht hörbares Gelächter, wohl aber eine hochgezogene Augenbraue des Vorsitzenden. Der junge Revisionsverteidiger merkte dann sofort, dass das ein Patzer war. In der Ära Herrmann bekam der 5. Strafsenat ein Profil, als wäre er nicht ein Senat des Bundesgerichtshofs, sondern quasi der letzte detachierte und irgendwie übriggebliebene Strafsenat des untergegangenen Reichsgerichts, aber immerhin bewahrend dessen beste Traditionen, nämlich eine hohe Konstanz in der Wahrung des formellen Rechts. Die Verteidiger mussten im Gegenzug in Kauf nehmen, dass Strafmaßrevisionen nahezu keine Aussicht auf Erfolg hatten.

Dies möchte ich im Folgenden an zwei Beispielen kurz erläutern⁴:

a) Besetzung von Schöffen

Goethe bezeichnet (in den Gesprächen mit Eckermann) die Berliner einen „verwegenen Menschenschlag“. Das gilt vor allem, wenn ein Berliner im Umgang mit einem klaren Gesetzestext auf gute Ideen kommt. So war es Ende der Siebziger Jahre beim Landgericht Berlin üblich geworden, immer am Donnerstag eine Bank von Reserveschöffen einzuberufen. Das sollte zeitliche Verzögerun-

² Er war zuvor Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz und federführend für das 1. StRG, mit dem 1969 der Allgemeine Teil des StGB grundlegend umgestaltet wurde.

³ Als Revisionsverteidiger trafen sich damals im Sitzungssaal des 5. (Berliner) Strafsenats in der Witzlebenstraße 4-5 häufig – neben Gerhard Jungfer – die Berliner Anwälte Wolfgang Ziegler, Peter Danckert, Michael Bärlein und Nicolas Becker sowie aus dem alten Bundesgebiet Johann Schwenn, Reinhold Schlothauer, Rainer Hamm sowie Gunter Widmaier.

⁴ Auf die Besonderheiten der „Ära Laufhütte“ werde ich erst am Schluss kurz eingehen.

gen verhindern, wenn ein Hauptschöffe zu Beginn einer Sitzung kurzfristig ausfiel. Das Gesetz kennt den Begriff des Reserveschöffen nicht. § 49 Abs. 1 GVG sieht vor, dass die Hilfsschöffen nach der Reihenfolge der Schöffensliste einzuberufen seien, wenn **zu einzelnen Sitzungen** die **Zuziehung** anderer als der zunächst berufenen Schöffen **erforderlich** wird. Die Reserveschöffen waren nun die Erfindung eines findigen Präsidialrichters, der veranlasste, dass für jeden Donnerstag der Woche drei Hilfsschöffen geladen wurden, ohne dass überhaupt feststand, ob ein Hauptschöffe ausfällt. Sobald dann doch ein Hauptschöffe wegblieb, ging ein Mitarbeiter der Geschäftsstelle in das Wartezimmer der Reserveschöffen und schickte einen von ihnen in den Sitzungssaal. Die Verhandlung konnte auf diese Weise zügig fortgesetzt werden. Diese Verfahrensweise monierte der 5. Strafsenat, denn sie öffnete dem Missbrauch Tür und Tor, weil sie es ermöglichte, unbequeme Hilfsschöffen dadurch zu „verbrauchen“, dass sie als Reserveschöffen geladen und nicht eingesetzt werden, möge auch ein solcher Missbrauch beim Landgericht Berlin bisher nicht vorgekommen sein. Er schrieb dem Präsidium des Landgerichts folgendes ins Stammbuch:

„Der Präsident des Landgerichts meint, wenn das geschilderte Verfahren schon nicht gesetzmäßig sei, so sei es wenigstens vertretbar. Der Bundesgerichtshof habe es mit Beschluß vom 25. Juni 1963 – 5 StR 231/63 – gebilligt. Das ist unrichtig. Zunächst kommt es bei der Hinzuziehung falscher Schöffen nicht darauf an, ob dies auf einer vertretbaren Rechtsauffassung beruht. Die Vorschrift des § 338 Nr. 1 StPO geht weiter als Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Nach ihr ist das Urteil *stets* als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war. Auf die Gründe dafür kommt es nicht an. Außerdem ist die genannte Ansicht nicht vertretbar, weil sie dem eindeutigen Gesetzeswortlaut widerspricht. Es kann auch keine Rede davon sein, dass der Bundesgerichtshof sie in dem erwähnten Beschluss gebilligt habe. In der damaligen Sache war die Rüge, dass ein falscher Schöffe mitgewirkt habe, nicht ordnungsmäßig erhoben (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).“⁵

Diese Entscheidung mit der klaren Ansage, in Besetzungsfragen strikt das Gesetz zu beachten, hebt sich wohltuend ab von der in der späteren Revisionsrechtsprechung immer wieder zu beobachtenden Tendenz, die Misshandlung des Gesetzes dann zu billigen, wenn sie „noch vertretbar“ und nicht schon „willkürlich“ war.⁶ Sie erging bereits vor dem Inkrafttreten des Strafverfahrensänderungsgesetzes 1979, mit dem den Verteidigern ab dem 1.1.1979 auferlegt wurde, die Fehlerhaftigkeit der Gerichtsbesetzung schon zu Beginn der Sitzung zu rügen. Der mit dieser Gesetzesänderung verfolgte Plan, die Zahl erfolgreicher Besetzungsrügen einzudämmen, war am grünen Tisch ausgeheckt. Er bewirkte das Gegenteil, eine regelrechte „Renaissance der Besetzungsrüge“.⁷ Sie er-

munterte die in der Instanz tätigen Strafverteidiger zu regelrechten Heimsuchungen auf den Verwaltungsgeschäftsstellen der Landgerichte. Mit der zitierten Entscheidung des 5. Strafsenats im Rücken wurde jeder kleine Gesetzesverstoß bei der Wahl der Schöffen, der Auslosung und Zuweisung der Hilfsschöffen und der Zulassung der Hauptschöffen zu bestimmten Sitzungstagen penibel aufgespürt.

Neben Gerhard Jungfer waren es vor allem die Kollegen Peter Danckert und Michael Bärlein, die seinerzeit mit fein elabornierten Besetzungsrügen beim 5. Strafsenat ihren Mandanten zu einem neuen Prozess verhelfen konnten.⁸ Ein Fall, über den Gerhard Jungfer besonders gerne sprach, war die langjährige und von ihm aufgedeckte Übung des Landgerichtspräsidenten in Bremen, die Auslosung der Schöffen in seinem Dienstzimmer zu veranstalten. Dem im Gesetz vorgesehenen Gebot der Öffentlichkeit dieses Vorgangs genügte er, indem er auf dem Gang vor seinem Dienstzimmer, das ohnehin keinen Publikumsverkehr hatte, durch einen Gerichtsdiener zweimal laut ausrufen ließ: „Öffentliche Auslosung der Schöffen!“ Das war dem 5. Strafsenat nicht öffentlich genug. Ein langwieriger Wirtschaftsstraßprozess wurde mit dem auf zwanzig Zeilen reduzierten Beschluss des 5. Strafsenats für erledigt erklärt:

„Das Gericht war mit der Hilfsschöffin O P nicht vorschriftsmäßig besetzt (§ 338 Nr. 1 Halbsatz 1 StPO). Ihre Listenstelle ist durch den Präsidenten des Landgerichts in dessen Dienstzimmer ausgelost worden. Zwar wurde der Auslosungstermin zu Beginn der Sitzung auf dem vor dem Zimmer gelegenen Flur ausgerufen. Eine Bekanntmachung der öffentlichen Sitzung durch Aushang war jedoch zu keiner Zeit und an keiner Stelle erfolgt. Die Wachtmeister in der Pfortnerloge des Landgerichtsgebäudes waren über diese Sitzung nicht in Kenntnis gesetzt.“

Damit war das Gebot der Öffentlichkeit der Sitzung nach § 45 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 77 Abs. 1 GVG verletzt. Die Anforderungen an die Herstellung von Öffentlichkeit bei der Schöffenauslosung, bei der es um den gesetzlichen Richter geht, können nicht geringer sein als die Voraussetzungen der Öffentlichkeit nach §§ 169 ff. GVG. Der Grundsatz der Öffentlichkeit gebietet allerdings nicht, dass jedermann aus dem Publikum weiß, wann und wo eine öffentliche gerichtliche Sitzung stattfindet. Es reicht aus, dass jedermann die Möglichkeit hat, sich ohne besondere Schwierigkeiten davon Kenntnis zu verschaffen. Daran fehlte es hier. Denn die Sitzung war nicht mit einer schriftlichen Bekanntmachung angekündigt worden und auch nicht in der Pfortnerloge des Gebäudes zu erfragen; außerdem fand sie in einem sonst nicht für öffentliche Sitzungen genutzten Raum statt.

Dass es sich hierbei um einen schwerwiegenden Mangel handelte, der die Kontrollmöglichkeiten bei der Schöffenauslosung wesentlich beeinträchtigte, hat der Präsident

⁵ BGH 5 StR 278/77, 5 StR 279/77 = JR 1978, 210 m. Anm. Karlheinz Meyer.

⁶ Beispielhaft hierfür BGH 1 StR 249/81 = NSTz 1982, 476, 477; ebenso noch BGH 1 StR 544/09 = in NSTz-RR 2013, 166 (bei Cierniak/Zimmermann).

⁷ Jungfer StV 1982, 462.

⁸ Vgl. nur die in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des 5. (Berliner) Strafsenats in BGHSt 29, 144, BGHSt 30, 129 und 255 sowie in BGHSt 31, 157, mit denen Besetzungsrügen beim Landgericht Berlin stattgegeben wurde.

des Landgerichts richtig erkannt und dementsprechend bereits vor geraumer Zeit eine neue Auslosung der Haupt- und Hilfsschöffen vorgenommen.“⁹

b) Schmücker-Verfahren

Der 5. (Berliner) Strafsenat hat noch weitere Verdienste. Ich erwähnte eingangs, dieser Senat habe sich nie darum gekümmert, wie die Wahrnehmung seiner Entscheidungen in der Öffentlichkeit war. Eine seiner Großtaten war die dreimalige Aufhebung des Urteils gegen Ilse Schwipper und vier weitere Beschuldigte in dem sog. Schmücker-Verfahren. Worum ging es? In der Nacht vom 4. auf den 5. Juni 1974 wurde der 22-jährige Student Ulrich Schmücker im Berliner Grunewald sterbend aufgefunden. Ein „Kommando Schwarzer Juni“ übernahm tags darauf die Verantwortung für den Mord: Schmücker sei als Veräter hingerichtet worden. Der Fall beschäftigte 16 Jahre lang immer wieder die Gerichte und über mehrere Monate einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss. Die Quintessenz des Prozesses zog am 18. Januar 1991 Ingeborg Tepperwien, damals Vorsitzende der 18. Strafkammer des Landgerichts Berlin.¹⁰ Es habe sich um einen „Extremfall rechtsstaatswidrigen Verhaltens staatlicher Behörden“ gehandelt, auf den man nur mit dem Abbruch des Verfahrens angemessen reagieren könne. Das Verfahren wurde durch Ihre Strafkammer eingestellt, die fünf Angeklagten wurden für viele Jahre der Untersuchungshaft entschädigt. Das Verfahren zuvor war geprägt durch Einflussnahmen des Berliner Landesamts für Verfassungsschutz auf die Strafverfolgungsbehörden. Stefan Aust, einer der besten Kenner des Verfahrens fasst dessen Hintergründe wie folgt zusammen:

„Es wurden falsche Akten angefertigt und echte beseitigt, Spuren gelegt, Polizei und Staatsanwaltschaft beeinflusst, Spitzel in die Kanzlei von Verteidigern eingeschleust, Telefone abgehört, Beschuldigte mit Druck und Versprechungen zu Geständnissen genötigt. Tatsächlich gelang es, Jürgen Bodeux, der die Tatwaffe geliefert und den Tatort mit ausgekundschaftet hatte, zum Kronzeugen zu machen. Alles mit dem Ziel, die Mitglieder der Wolfsburger Kommune, von deren Schuld man ja überzeugt war, wegen Mordes verurteilen zu lassen, ohne dass dabei die Beteiligung der Verfassungsschützer offenbar wird.“¹¹

Dass diese Saat letztlich doch nicht aufging und dieser Extremfall rechtsstaatswidrigen Verhaltens nicht dauerhaft blieb, ist dem 5. (Berliner) Strafsenat zu verdanken.

Die erste Hauptverhandlung dauerte im Jahre 1976 37 Tage. Das Verfahren endete am 22. Juni 1976 für Ilse Schwipper mit einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitstrafe, für die übrigen Angeklagten mit mehrjährigen

⁹ BGH 5 StR 189/83 = StV 1983, 446.

¹⁰ Das Einstellungsurteil ist – die Rechtshistoriker danken – vollständig dokumentiert in StV 1991, 371 (mit Vorbemerkung Häusler). Ingeborg Tepperwien wurde im folgenden Jahr Richterin am Bundesgerichtshof und war von 2001 bis 2010 Vorsitzende Richterin des 4. Strafsenats.

¹¹ Stefan Aust, Tod im Grunewald, im Internet unter: <http://www.zeit.de/2012/18/Verfassungsschutz-NSU-Schmuecker>.

Jugendstrafen. Der 5. Strafsenat hob dieses Urteil auf wegen eines Verstoßes gegen 245 StPO – Ablehnung der beantragten Verlesung einer Urkunde, einem präsenten Beweismittel.¹² Der Beschluss umfasst zwanzig Zeilen.

Die zweite Hauptverhandlung wurde in den Jahren 1978/1979 durchgeführt. Um dann am 17. Juli 1979 zu einem gleichlautenden Urteil wie vorher zu gelangen, brauchte die neu zuständige Strafkammer 109 Verhandlungstage. Der 5. Strafsenat hob auch dieses Urteil – gegen den Antrag des Generalbundesanwalts – mit Beschluss vom 14. Oktober 1980 auf.¹³ Der Beschluss war dieses Mal etwas länger: 60 Zeilen. Er befasste sich ebenfalls nur mit einer einzigen Verfahrensrüge. Dieses Mal war es die fehlerhafte Zurückweisung von Fragen an den Kronzeugen Bodeux zu seinen Einkünften. Ein Verstoß gegen § 241 Abs. 2 StPO.

Das dritte Verfahren gegen Ilse Schwipper u.a. wurde in den Jahren 1981 bis 1986 an 391 Tagen verhandelt. Es endete am 3. Juli 1986 mit erneuten Verurteilungen. Am 21. März 1989 wurde auf die Revision der Angeklagten hin auch dieses Urteil erneut aufgehoben.¹⁴ Der Beschluss erging dieses Mal ohne vorherigen Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts. Es war die letzte Entscheidung des 5. Strafsenats in der „Reichsgerichtsbesetzung“ (Herrmann, Fleischmann, Fuhrmann, Schuster, Horstkotte). 10 Tage später, Ende März 1989 ging Horst Herrmann in Pension. Die Entscheidung umfasste dieses Mal 14 Seiten. Da für die längeren Texte Hartmuth Horstkotte zuständig war, dürfte er der Berichterstatte gewesen sein.

Die Begründung befasst sich mit mehreren Verfahrensrügen, die der 5. Strafsenat jeweils durchgreifen lässt. Im Mittelpunkt stand die Beanstandung, die Urteilsverkündung sei unter Missachtung des Anspruchs auf das letzte Wort als Überraschungsentscheidung vollzogen worden. Einen Tadel ins Klassenbuch enthält folgender Satz:

„Die Behauptung der Beschwerdeführer, die Urteilsverkündung sei überraschend erfolgt, wird auch durch den übrigen Verfahrensablauf des 3 Juli 1986 **bewiesen**.“¹⁵

3. Ära Laufhütte

Dem Ausscheiden des Horst Herrmann folgte Heinrich-Wilhelm Laufhütte als Vorsitzender des Senats. Er war ein unendlich kluger Richter, unter dessen Vorsitz es gelang, die rechtlichen Probleme der Wiedervereinigung strafrechtlich, verfassungsrechtlich und völkerrechtlich aufzuarbeiten. Die drei großen Entscheidungen 23. November 1993,¹⁶ vom 25. März 1993¹⁷ und vom 20. März 1995¹⁸ tragen deutlich seine Handschrift. In der Auseinandersetzung mit der Kritik an den früheren Entschei-

¹² Beschluss vom 5. Juli 1977 – 5 StR 144/77 – noch unter Vorsitz von Sarstedt und unter Mitwirkung von Herrmann.

¹³ BGH 5 StR 206/80 = NStZ 1981, 71, 72.

¹⁴ BGH 5 StR 120/88 = NStZ 1989, 283.

¹⁵ BGH 5 StR 120/88, Rn. 18 = NStZ 1989, 283 (Zitat nicht abgedruckt).

¹⁶ BGHSt 39, 1 = NJW 1993, 141.

¹⁷ BGHSt 39, 168 = NJW 1993, 1932.

¹⁸ BGHSt 41, 101 = NJW 1995, 2728.

dungen beruft sich der 5. Strafsenat in dem Urteil vom 20. März ausdrücklich auf die Radbruchsche Formel,¹⁹ ein letztlich überzeugender Schritt.

Unter dem Vorsitz Laufhüttes ist auch eine Reihe weiterer wichtiger Entscheidungen ergangen. Hervorzuheben ist hierbei insbesondere der Beschluss vom 27. Februar 1992 zum Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung des Beschuldigten²⁰. Insbesondere diese Entscheidung wurde in der Literatur zu den „bedeutendsten strafprozessrechtlichen Entscheidungen des BGH“²¹ gezählt. Das ist sie mit Sicherheit. Die hier begründete Beweisverbotslehre, die nicht unmittelbar einen Verfahrensfehler konstatiert und an dessen Feststellung die Frage anknüpft, ob das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruhen könne (so das herkömmliche Konzept des § 337 StPO), stattdessen den Verfahrensfehler einbettet in vielgestaltige Abwägungsüberlegungen, mit deren Hilfe der geschehene Gesetzesverstoß nochmals seziert und gewichtet wird, bedeutet **das Ende des herkömmlichen Revisionsrechts**²². Das hier erstmals mit Apollon vorgestellte Widerspruchserfordernis hat darüber

¹⁹ BGHSt 41, 101, 105 = NJW 1995, 2728, 2730 f.

²⁰ BGHSt 38, 214 ff.

²¹ So Roxin JZ 1992, 923.

²² Strate HRRS 2008, 76 ff.

hinaus zu rechtsdogmatisch kaum noch zu bewältigenden Problemen – insbesondere hinsichtlich aufgespaltenen Feststellungen im Falle uneinheitlichen Widerspruchsverhaltens mehrerer Angeklagter – geführt²³.

Angesichts dieser Entwicklung, die aus Verteidigersicht dem Revisionsverfahren **jegliche** Prognostizierbarkeit nimmt (noch nicht einmal im Sinne einer vagen Prognose), ergreift mich ein längst entwöhntes Sehnen nach jenem „Reichsgerichtssenat“, der als 5. (Berliner) Strafsenat bis zum Ende der 80iger Jahre die Instanzgerichte immer wieder – und das mit einer gewissen Verlässlichkeit – wissen ließ, wo er die Grenzen setzt²⁴.

²³ Hierzu instruktiv die unvergessene Edda Weßlau in StV 2010, 41, 43: „Subjektivierung des Beweisrechts“.

²⁴ Die Retrospektive zeigt die Vergangenheit gerne in frohen Farben. Die Geschichte des 5. (Berliner) Strafsenats, wird sie denn einmal geschrieben werden, wird auch schwarze Kleckse zutage fördern. Das Urteil vom 30. April 1968 – 5 StR 670/67 – in der Sache Rehse (in NJW 1968, 1339) gehört hierzu. Werner Sarstedt führte den Vorsitz; Horst Herrmann war beisitzendes Senatsmitglied. Die in dieser Betrachtung etwas ausgeblendete Kehrseite des die Rechtsprechung des 5. (Berliner) Strafsenat prägenden Konservatismus beleuchtet kritisch und treffsicher Nicolas Becker in StV 1985, 399.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Manipulation der Organallokation

Das Vereiteln von Rettungshandlungen als mittelbare Täterschaft

Von PD Dr. Stephan Ast, Universität zu Köln*

I. Einführung

Das Urteil des BGH zur Strafbarkeit eines Chirurgen, der für die Organvergabe relevante Patientendaten manipuliert hat (HRRS 2017 Nr. 968), kann in der Begründung nicht überzeugen. Zu beurteilen war die Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags, weil es möglich war, dass ein Patient manipulationsbedingt kein Organ erhielt und deshalb verstirbt (II.1.). Dass der BGH das kognitive Vorsatzelement verneint, ist nicht haltbar (II.2.). Auch alternative Begründungsansätze leiden unter dogmatischer Inkonsistenz und können insbesondere nicht erklären, welche Rolle die Organverteilungsregeln für den Totschlagsversuch spielen (II.3.). Deshalb müssen die

* Der Verfasser ist Vertreter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung an der Universität zu Köln.

Beurteilungsgrundlagen genauer analysiert werden: Wenn der Täter einen rettenden Verlauf unterbindet, ist die Erfolgszurechnung gegebenenfalls über das Nichthandeln anderer Personen vermittelt, hier des Organverteilers Eurotransplant und der Ärzte, welche das Organ transplantiert hätten. Deshalb müssen die Voraussetzungen mittelbarer Täterschaft gegeben sein (III.). Der Organverteiler als möglicher Tatmittler befindet sich in einer Pflichtenkollision. Es ist zu diskutieren, inwiefern die täuschende Beeinflussung durch den Arzt die Entscheidung des Verteilers unfrei macht (V.). Die Unfreiheit begründet gegebenenfalls die Annahme mittelbarer Täterschaft des Arztes bzw. ihres Versuchs. Für die Beurteilung des Falls relevant ist ferner, ob der Arzt aufgrund einer Pflichtenkollision entschuldigt werden kann (V.1.) und warum er täuschen darf, wenn die Verteilungsregeln rechtswidrig sind (V.2.).

II. Das Urteil BGH 5 StR 20/16 = HRRS 2017 Nr. 968

1. Der Fall

Der angeklagte Arzt sorgte dafür, dass seine Patienten auf einer Liste für die Verteilung von Lebern einen Listenplatz erhielten, der ihnen nach den Richtlinien der Bundesärztekammer nicht zustand. In einigen Fällen manipulierte er den „MELD-Score“, welcher ausdrückt, wie hoch die Überlebenschancen eines Leberkranken ist („Manipulationsfälle“).¹ Der Arzt gab wahrheitswidrig an, dass eine besondere Nierentherapie stattgefunden habe.

In anderen Fällen („Wartelistenfälle“) erreichte er, dass Patienten überhaupt in die Liste aufgenommen wurden, indem er verschwieg, dass diese Patienten noch nicht ein halbes Jahr alkoholabstinent waren.² Nach den Regularien hätten sie in diesem Fall noch nicht auf die Liste aufgenommen werden dürfen. In beiden Fällen erhielten somit andere Leberkranke denjenigen Listenplatz nicht, der ihnen nach den Regularien zustand.

Es ist somit denkbar, dass einer der „überholten“ Patienten, weil er von seinem Listenplatz verdrängt wurde, nicht mehr rechtzeitig eine Leber erhalten hat und deshalb verstorben ist – dass also ein rettender Kausalverlauf unterdrückt wurde. Die Gerichte haben jeweils die Verantwortlichkeit für den Tod nur eines Patienten in Betracht gezogen, auch wenn mehrere Patienten überholt wurden. Das ist schon deshalb zutreffend, weil das Organ nur einem Patienten „weggenommen“ werden konnte. Durch den Tod eines überholten Patienten, der kein Organ erhalten hat, aber ohne Manipulation ein Organ erhalten hätte, würde die reguläre Reihenfolge wieder hergestellt.³

Da sich ein entsprechender Zusammenhang zwischen der Täuschungshandlung des Arztes und dem Tod eines überholten Patienten nicht nachweisen ließ, kam nur ein versuchter Totschlag in Betracht. Diesen verneinte das Landgericht Göttingen, weil der Arzt den Tod des überholten Patienten nicht in Kauf genommen, sondern darauf vertraut habe, dass auch dieser noch rechtzeitig ein Organ erhalten werde.⁴

¹ Zum MELD-Score BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 6, zu den Manipulationsfällen Rn. 15 ff. Ausführlich zum Vergabeverfahren LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 455 ff. (juris).

² Zu den Wartelistenfällen BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 12 ff.

³ Kudlich NJW 2013, 917, 918.

⁴ LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 2162 ff. (juris). Zur Vorsatzfrage angesichts der geringen Erfolgswahrscheinlichkeit und den Anforderungen an das voluntative Element des Tötungsvorsatzes Rosenau MedR 2016, 706, 710 f.

2. Zur Verneinung von Eventualvorsatz

1. Der BGH akzeptiert diese Einschätzung des Landgerichts zum voluntativen Vorsatzelement,⁵ fügt jedoch hinzu, dass auch das kognitive Element des Eventualvorsatzes fehle, weil der Arzt nicht davon ausgegangen sei, dass die Lebertransplantation beim erstüberholten Patienten mit Sicherheit erfolgreich gewesen wäre.⁶ Vielmehr wusste er, dass einige Patienten infolge der Transplantation versterben.

Diese Auffassung ist unzutreffend. Für den Eventualvorsatz eines Begehungsdelikts genügt es, dass der Täter für möglich hält, dass seine Ausführungshandlung den Erfolg im Sinne der *condicio sine qua non* bedingt.⁷ Dass er davon ausgeht, dass das Opfer auch ohne diese Handlung aus anderem Grund sterben könnte, ist irrelevant. Falls seine Handlung den Erfolg verursacht, wäre jener andere Grund eine bloße „hypothetische Ersatzursache“.

Der BGH scheint somit spezifisch für die Fallgruppe des Abbruchs bzw. der Unterbindung rettender Kausalverläufe die Anforderungen an den Eventualvorsatz erhöhen zu wollen. Ersichtlich einziges Argument ist folgendes: Es bestehe zumindest eine partielle Ähnlichkeit dieser Fälle mit einem Unterlassungsdelikt, da der Organverteiler unterlässt, dem überholten Patienten ein Organ zuzuteilen.⁸ Beim Unterlassungsdelikt aber sei Vorsatz nur gegeben, wenn der Unterlassende davon ausgehe, dass die unterlassene rettungsgerechte Handlung den Erfolg mit Sicherheit abgewendet hätte. Das Gericht bezieht sich auf einige ältere Entscheidungen, in denen diese These zum Unterlassungsvorsatz nicht begründet wird.⁹ Träfe sie zu, wäre beim Unterlassungsdelikt kein *dolus eventualis* möglich, sondern nur ein *dolus directus* zweiten Grades (Wissentlichkeit). Warum aber der Eventualvorsatz nicht auf das Unterlassungsdelikt übertragbar sein soll, ist nicht ersichtlich.

Kein relevantes Argument hierfür ist, dass ein Unterlassen nur dann ursächlich für den Erfolg ist, wenn mit Sicherheit behauptet werden kann, dass dieser verhindert worden wäre, falls die unterlassene rettungsgerechte Handlung stattgefunden hätte.¹⁰ Das betrifft allein die Kausalität des Unterlassens und ist auch keine Besonderheit dieser Deliktsart. Auch beim Begehungsdelikt muss als sicher erscheinen, dass ein Bedingungs Zusammenhang zwischen der Ausführungshandlung und dem Erfolg besteht. Für den versuchsbegründenden Vorsatz genügt jedoch sowohl beim Begehungs- als auch beim Unterlassungsdelikt die entsprechende Möglichkeitsvorstellung.

⁵ BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 52, 58 ff.

⁶ BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 53 ff.

⁷ Zutreffend bezüglich des Organallokationsfalls bereits *Rissing-van Saan* NStZ 2014, 233, 241 f.

⁸ BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 53. Zur Abgrenzung von Begehung und Unterlassung siehe III.3.3.

⁹ BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 55.

¹⁰ Für einen solchen Schluss von der Kausalität auf die Vorsatzdogmatik aber, dem BGH zustimmend, *Kraatz* NStZ-RR 2017, 329, 334. Kritisch *Kudlich* NJW 2017, 3255, 3256.

2. Vermutlich war dem BGH daran gelegen, die Verneinung von Strafbarkeit mit Blick auf zu erwartende ähnliche Manipulationsfälle auf festere Füße zu stellen als auf die Verneinung des voluntativen Vorsatzelements.¹¹ Das geforderte kognitive Element wird mit Blick auf Organtransplantationen kaum nachweisbar sein.

Die Begründung trägt allerdings nicht. Man kann nicht Vorsatzanforderungen aufstellen, die für das Unterlassungs- und schon gar das Begehungsdelikt nicht durchzuhalten sind. Der Verzicht auf Verallgemeinerbarkeit würde aber in eine nur noch einzelfallbezogene, unvorhersehbare und unbegründete Kasuistik führen.

Es bleibt somit die Frage, wie derartige Manipulationsfälle zu lösen sind. Dass die Begründung des BGH nicht tragfähig ist, heißt nicht, dass das Ergebnis unzutreffend ist. Allerdings zeigen die Begründungsprobleme, dass die Beurteilungsgrundlagen für diese Fallgruppe nicht hinreichend geklärt sind.

3. Nicht tragende Erwägungen

Der BGH deutet andere Begründungsansätze an, lässt sie aber zumeist dahinstehen. Allein für die Wartelistenfälle stellt das Gericht die Unwirksamkeit der Richtlinienbestimmung fest, da etwa die Alkoholabstinenz für den Erfolg der Transplantation und die weitere Überlebenseinsicht nicht entscheidend ist.¹² Wie dieses Argument in der Versuchssystematik zu verorten ist, wird aber nicht deutlich.¹³

Ferner geht der BGH kurz auf Argumente ein, die in der Literatur diskutiert und vom LG Göttingen aufgenommen wurden. Teils wurde der Schutzzweckzusammenhang zwischen der verbotenen Täuschung und dem Todeseintritt verneint.¹⁴ Teils hat man angenommen, dass die Organzuteilungsregeln kein Recht auf Zuteilung vermitteln, so dass bei ihrer Missachtung mangels Rechtsverletzung auch kein Totschlag vorliegen könne.¹⁵ Inwiefern diese Aspekte bei einem Versuch relevant werden können, bleibt wiederum unklar.

3. Objektive Zurechnung, Vorsatz und Versuch

Strukturell besteht eine Schwierigkeit des Falls offenbar darin, die Organverteilungsregeln in den Deliktsaufbau einzufügen. Ordnet man sie der objektiven Zurechnung zu, also dem unerlaubten Risiko oder dem Schutzzweckzusammenhang, bleibt fraglich, warum sich etwa die

Verneinung des Schutzzwecks auf die Versuchsstrafbarkeit auswirken sollte.

Die objektive Zurechnung ist nicht Vorsatzgegenstand. Einerseits gehört das Unrechtsbewusstsein nicht zum Vorsatz. Deshalb kann auch die Annahme des Täters nicht vorsatzrelevant sein, dass er ein unerlaubtes Risiko schaffe, die riskante Handlung also unerlaubt sei. Andererseits ist Vorsatz auch gegeben, wenn der Täter ein objektiv ungefährliches und an sich nicht verbotenes Mittel wählt, da auch der Versuch mit offensichtlich untauglichen Mitteln strafbar ist.

Daraus folgt, dass Annahmen des Täters über den Schutzzweckzusammenhang auf dieser Vorstellunggrundlage gar nicht möglich sind und dass beim Versuch mit untauglichen Mitteln Schutzzweckerwägungen von vornherein unangebracht sind.¹⁶ Es gibt für diese Umstände einen systematischen Grund: Der Vorsatz ist deshalb Unrechtsvoraussetzung, weil er die tatbestandliche Handlung konstituiert, welche Gegenstand des Verbots ist. Die objektive Zurechnung bezeichnet neben der Handlung stehende, objektive Verbotswidrigkeits- und somit Unrechtsvoraussetzungen, die sich aus der teleologischen Folgerichtigkeit der Verbotssetzung ergeben. Der Versuch aber wird nach der subjektiven Konzeption des Gesetzes allein auf der Grundlage der Handlung gebildet, nicht auf der eines objektiven Gefahurteils.

III. Das Vereiteln erfolgshindernder Handlung und mittelbare Täterschaft

Der Fall kann besser analysiert werden, wenn man berücksichtigt, dass die Erfolgzurechnung gegebenenfalls darüber vermittelt wäre, dass der Organverteiler dem eigentlich Listenplatzierten das Organ nicht zuteilt. Die über ein solches Nichthandeln anderer vermittelte Zurechnung ist als mittelbare Täterschaft aufzufassen. Sofern die Tat nur versucht ist, muss die Tätervorstellung auf Umstände gerichtet sein, welche die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft erfüllen. Wenn man diese Voraussetzungen bestimmt, kann auch die Rolle der Organverteilungsregeln klarer analysiert werden.

Im Folgenden wird zunächst allgemein dargestellt, warum und unter welchen Voraussetzungen das Vereiteln von Rettungsbemühungen anderer mittelbare Täterschaft begründet. Sodann wird die mittelbare Täterschaft im Organallokationsfall diskutiert (IV). Abschließend werden weitere Aspekte des Falls beleuchtet: die eventuelle Entschuldigung sowie die Frage der erlaubten Täuschung bei Rechtswidrigkeit der Vergaberegeln (V).

1. Definition und Problematik der Fallgruppe

Ein Täter kann aktuell oder potentiell erfolgshindernde Umstände beseitigen, die unabhängig vom Handeln anderer sind: Ein großes Schiff schützte ein kleineres Schiff vor den Auswirkungen eines Sturms; es fuhr weg, und

¹¹ Vgl. BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 62 sowie Rn. 61: „Dieser Schluss [dass der Angeklagte auf einen guten Ausgang vertraut habe] ist möglich, zwingend muss er nach den allgemeinen Regeln nicht sein.“

¹² BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 36 ff. Vgl. hierzu *Rosenau/Lorenz* JR 2018 (im Erscheinen).

¹³ Hierzu unten, V.2.

¹⁴ *Bülte* StV 2013, 753 f.; *Verrel* MedR 2014, 464, 468. Dagegen *Rissing-van Saan* NStZ 2014, 233, 240 f.; *Böse* ZJS 2014, 117, 120 f.; *Kudlich* NJW 2017, 3255.

¹⁵ *Schroth* NStZ 2013, 437, 443; *Schroth/Hofmann* NStZ 2014, 486, 488; *dies.*, FS Kargl (2015) S. 523, 530 ff.

¹⁶ *Anders Bülte* StV 2013, 753 und mit Bezug auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang *Puppe*, AT, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 20, Fn. 20.

die volle Wucht des Sturms traf das kleinere Schiff, das sank.¹⁷ Hier ist die Erfolgshinderung nicht über das Handeln anderer vermittelt.

Anders verhält es sich in folgendem Fall, für den der BGH zu beurteilen hatte, ob ein Heimtückemord an einem Kind vorlag:¹⁸ Eine Mutter vergiftete ihr Baby. Als der Vater das Baby in das Krankenhaus bringen wollte, überredete sie ihn abzuwarten. Das Baby wurde infolgedessen zu spät behandelt und verstarb. Anknüpfungshandlung für einen Heimtückemord kann hier nur das Überreden sein, da bei der Giftgabe die Voraussetzungen der Heimtücke nicht vorlagen. Sofern man derartige Fälle als Abbruch rettender Verläufe beschreibt, setzt das voraus, dass ein solcher Verlauf schon begonnen hat. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an.¹⁹ Deshalb kann man diese Fälle besser unter den Begriff des Vereitels oder Unterdrückens eines rettenden Verlaufes fassen.

Die herrschende Meinung versteht diese Fälle als unmittelbare Begehungstäterschaft und diskutiert sie allein unter dem Gesichtspunkt der Kausalität, welche sie zumindest im Ausgangspunkt als Relation der *condicio sine qua non* definiert. Das verdeckt die eigentliche Problematik, die, falls der rettende Verlauf über Handlungen anderer Personen oder des Opfers vermittelt wäre, bei der mittelbaren Täterschaft liegt. Der unterlassende bzw. in bestimmter Weise nicht handelnde Vordermann vermittelt dann die Erfolgszurechnung an den Hintermann.²⁰

Im Folgenden wird gezeigt, dass beim Vereiteln von Rettungsbemühungen anderer Personen die Relation der *condicio sine qua non* nicht gegeben ist (unter III.2.1.). Doch selbst wenn man gleichwohl Kausalität bejaht, müsste man berücksichtigen, dass die Erfolgszurechnung über das Handeln anderer Personen vermittelt ist (III.2.2.).

2. Verursachung und Unmittelbarkeit

1. Eine Lösung dieser Fälle über die mittelbare Täterschaft ist auf der Grundlage der herrschenden Kausalitätsdefinition deshalb unabdingbar, weil die Relation einer *condicio sine qua non*, das heißt einer notwendigen

¹⁷ RGZ 75, 80.

¹⁸ BGHSt 8, 216.

¹⁹ Entgegen *Schroth/Hofmann* NStZ 2014, 486, 488; *dies.*, FS Neumann (2017) S. 1195, 1204.

²⁰ Vgl. bereits *Ast* ZStW 124 (2012) 612, 649 f. Gute Literaturdarstellung bei *Reinhold*, Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe, 2009, S. 170 ff. Im Organallokationsfall nehmen mittelbare Täterschaft an *Rissing-van Saan* NStZ 2014, 233, 243; *Schroth/Hofmann* NStZ 2014, 486, 488; ausführlicher *dies.*, FS Neumann (2017) S. 1195, 1210 ff. Anders LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 1769, 1776 (juris), unter Berufung auf *Heine/Weißer*, Schönke/Schröder-StGB, 29. Aufl. 2014, § 25 Rn. 58; ähnlich *Jäger* JA 2017, 873, 875. Dessen Vergleichsbeispiel, jemanden, der sich an einer Felswand hochzieht, herunterzustoßen, betrifft indes eine unmittelbare Verursachung, nicht ein bloßes Verhindern eines Verhinderns. Die Abgrenzung von Begehung und Unterlassung ist außerdem unabhängig von der konstruktiven Erfassung als mittelbare Täterschaft, siehe III.3.3.

Bedingung, zwischen der unterbindenden Handlung und dem Erfolg nicht besteht.²¹ Denkt man die unterbindende Handlung hinweg, fragt sich, wie die anderen Personen – sei es die von der Gefahr bedrohte oder die schutzbereite Person – gehandelt hätten. Diese sind in ihrem Handeln nicht determiniert, so dass sie auch ohne die unterbindende Handlung die Rettung hätten unterlassen können. Die unterbindende Handlung ist somit nicht *condicio sine qua non* ihres Nichthandelns.²² Notwendige Bedingung für den Erfolgseintritt ist demnach nur das Unterlassen derjenigen Handlung, die den Erfolg unmittelbar abgewendet hätte. Wenn man dieses Unterlassen lediglich bedingt, setzt man keine notwendige Bedingung des Erfolgs. Die kontrafaktische Hypothese, dass die andere Person die Gefahr abgewendet hätte, lässt sich angesichts deren Handlungsfreiheit nicht widerspruchlos behaupten.

Prozessual kann man hierüber nur scheinbar hinwegkommen, indem man genügen lässt, dass die andere Person höchstwahrscheinlich in bestimmter Weise gehandelt hätte, wenn sie nicht daran gehindert worden wäre. Wenn jedoch nicht ausgeschlossen ist, dass der Erfolg auch bei Unterlassen der Täterhandlung eingetreten wäre, weil die andere Person die Rettung aus freien Stücken hätte unterlassen können, kann die Relation der notwendigen Bedingung aus *begrifflich-analytischen* Gründen nicht bejaht werden. Die Regel über die richterliche Überzeugungsbildung greift nur bei *empirisch* ungewissen Fragen.

Eine nur scheinbare Lösung des Problems besteht ferner darin, die *condicio*-Formel derart anzupassen, dass das gewünschte Ergebnis resultiert. So postuliert man, dass hypothetische Ersatzursachen nicht hinzugedacht werden dürfen.²³ – Der freie Entschluss des Vordermanns, nicht zu helfen, ist eine solche. – Andererseits soll ein hypothetisch rettender Verlauf hinzugedacht werden.²⁴

Dieses Dogma gibt aber die These preis, dass der Täter eine notwendige Bedingung des Erfolgs setzen müsse.

²¹ Vgl. BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 53: „[Der] überholte Patient [wäre] im Fall des Versterbens nicht gerade aufgrund einer Handlung des Angeklagten verstorben, sondern an den Folgen seiner Krankheit.“ Eine Bedingungsrelation bejaht *Puppe*, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 ff. Rn. 111 ff., aber auf der Grundlage von hinreichenden Bedingungen (vgl. etwa *Puppe*, AT, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 4 ff.). Zur Kausalitätsproblematik in diesen Fällen ausführlich *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 139 ff.

²² Anders BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 53 in einer Formulierung, die auf den in der vorigen Fußnote zitierten unmittelbar folgt: „die durch die Falschangaben bewirkte Nichtzuteilung des Organs“. Zur parallelen Frage der „psychischen Kausalität“ beim Veranlassen von Handlungen anderer *Renzikowski*, FS *Puppe* (2011) S. 201, 211 ff.

²³ *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 23 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 229. Relevant auch im Psychiatriefall, BGHSt 49, 1, was zeigt, dass sich auch beim Beeinflussen des Tuns eines unmittelbaren Täters das gleiche Problem stellt, sofern dessen Tat nicht vom Beeinflussenden im Sinne einer c.s.q.n. erst ermöglicht wird.

²⁴ *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 34; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 231.

Das kann man ohne weiteres zugestehen, muss dann aber begründen, warum der Erfolg auch ohne diese Relation zugerechnet werden kann. Diese Begründung kann systematisch nicht beim Kausalitäts- oder Bedingungsbezug angesiedelt werden, sondern ist in der Beteiligungsdogmatik zu verorten – und somit nicht bei einer deskriptiv, sondern einer normativ geprägten Zurechnungsvoraussetzung.

2. Auch wenn man daran festhalten möchte, dass in diesen Fällen Kausalität gegeben sei, muss man jedoch berücksichtigen, dass die Erfolgszurechnung über das Nichthandeln anderer vermittelt ist. Zumindest für das Vorsatzdelikt ist anerkannt, dass bei einer über das Handeln anderer vermittelten Erfolgszurechnung Kausalität nicht genügt, um die Erfolgszurechnung zu begründen. Zwar muss sie nach dem herrschenden kausalitätsbasierten Täterschaftskonzept gegeben sein – zumindest relativierend als „psychische Kausalität“.²⁵ Darüber hinaus muss aber entweder Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft vorliegen.

Das Gesetz definiert die unmittelbare Täterschaft in § 25 Abs. 1 StGB nur negativ, indem es den mittelbaren Täter als jemanden beschreibt, der die Tat „durch einen anderen“ begeht. Unmittelbarer Täter ist demnach nur, wer die Tat nicht durch einen anderen begeht. Die Erfolgszurechnung ist durch einen anderen vermittelt sowohl, wenn der Täter das erfolgsbedingende Tun einer anderen Person beeinflusst, als auch, wenn er diese zu einem Unterlassen veranlasst oder ihr relevante Handlungsmöglichkeiten nimmt.

Die Zurechnung kann dabei kettenartig über das Nichthandeln mehrerer Personen oder auch des Opfers selbst vermittelt sein. So hat im Kindstötungsfall die Mutter den Vater veranlasst zu unterlassen, das Kind zum Arzt zu bringen, und dem Arzt somit von vornherein die Möglichkeit zur Rettung genommen. Im Organallokationsfall ist gegebenenfalls die Relation zwischen dem manipulierenden Arzt und dem Tod eines anderen Patienten über das manipulationsbedingte Unterlassen des Organverteilers vermittelt, jenem anderen Patienten ein Organ zuzuteilen, sowie darüber, dass andere Chirurgen dieses Organ ihm nicht transplantiert haben. Im klassischen Beispielfall, dass der Täter einen Rettungsring wegzieht, den das Opfer ergreifen wollte, ist die Zurechnung darüber vermittelt, dass das Opfer den Ring nicht ergreift und dadurch sein Leben nicht retten kann.

3. Die Struktur der mittelbaren Täterschaft

1. Die Zurechnungsregeln der mittelbaren Täterschaft ermöglichen, dass die Ergebnisse und Folgen der Handlungen einer anderen Person dem mittelbaren Täter zugerechnet werden können, unabhängig davon, ob seine eigenen Handlungen *condicio sine qua non* der Handlungen oder Unterlassungen der anderen Person und somit des Erfolgs sind. – Bei der Unterdrückung rettender Verläufe fehlt es hieran. Es gibt aber auch Fälle mittelbarer Täter-

²⁵ BGHSt 13, 13, 14 f. (Referendarfall), hierzu Puppe, AT, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 43 ff. Zur Interpretation dieses Urteils aus hiesiger Sicht unten, III.4.2.

schaft, in denen die Handlung des mittelbaren Täters eine notwendige Bedingung der Handlung des Tatmittlers ist, so wenn der Täter dem Tatmittler ermöglicht, den Erfolg zu verursachen, indem er ihm etwa die Gelegenheit oder ein Mittel zur Tatbegehung verschafft.

2. Durch die mittelbare Täterschaft wird eine eigene Tat (tatbestandliche Handlung) des mittelbaren Täters konstituiert, zum Beispiel eine eigene Tötungshandlung;²⁶ es werden dem mittelbaren Täter hingegen nicht die Handlungen des Tatmittlers als solche zugerechnet.²⁷ Der – etwa vorsatzlos handelnde – Tatmittler muss keine Tötungshandlung verwirklicht haben, sondern der mittelbare Täter verwirklicht sie. Der Tod muss lediglich eine Folge der Handlungen des Tatmittlers sein.

Gleiches gilt, falls der Tatmittler in bestimmter Weise nicht handelt. Es wird dann nicht eine Unterlassung des Tatmittlers zugerechnet. Dem mittelbaren Täter muss allein zurechenbar sein, dass die Ergebnisse von bestimmten, nicht vorgenommenen Handlungen des Tatmittlers nicht gegeben sind und der Erfolg deshalb eingetreten ist.²⁸

Um im Leberallokationsfall zu begründen, dass der manipulierende Arzt einen Patienten getötet hat, müssten ihm demnach nur die Tatsachen zugerechnet werden, dass diesem Patienten vom Organverteiler kein Organ zugeteilt wurde, so dass dieses Organ von anderen Ärzten nicht in seinen Körper transplantiert wurde und der Patient infolgedessen gestorben ist.

3. Dass nicht die Handlungen oder Unterlassungen des Tatmittlers als solche zugerechnet werden, hat Konsequenzen für die Bestimmung der Tat des mittelbaren Täters als Begehungs- oder Unterlassungsdelikt. Es kommt allein auf den mittelbaren Täter an. Wenn er durch Tun handelt und der Tatmittler in bestimmter Weise nicht handelt, ist ein Begehungs- und nicht ein Unterlassungsdelikt gegeben,²⁹ so auch im Leberallokati-

²⁶ In dieser These liegt die grundlegende Differenz zu *Reinhold*, Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe, 2009, S. 175 ff., der, weil für ihn nur die unmittelbare Handlung des (mittelbaren) Täters Verbotsgegenstand ist (z. B. die Täuschung seitens des Arztes), die relevante „Tat“ für bereits gegeben ansieht und deshalb eine Zurechnungslösung ablehnt. Die verbotene „Tat“ im Sinne des § 212 StGB ist aber die Tötung, nicht die Täuschung eines anderen. Zum hier zugrundeliegenden Handlungskonzept demnächst Ast, Handlung und Zurechnung, im Erscheinen.

²⁷ Häufige Ausdrucksweise und auch Konzeption der mittelbaren Täterschaft (auch in der Formulierung „mittelbare Täterschaft eines Begehungsdelikts“ oder „eines Unterlassungsdelikts“). Vgl. Heine/Weißer, Schönke/Schröder-StGB, 29. Aufl. 2014, § 25 Rn. 8; Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 2; Mañalich, FS Puppe (2011) S. 709, 712 ff. Für die Annahme einer Tatfiktion Haas, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 80 f.

²⁸ Siehe bereits oben, III.1., Fn. 20. Weil, wer an der Rettung gehindert wird, die Rettung gar nicht unterlässt, geht Mañalich, FS Puppe (2011) S. 709, 715 f. nach seinem Konzept konsequent davon aus, dass hier keine mittelbare Täterschaft vorliege.

²⁹ Reinhold, Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe, 2009, S. 175 f.; Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 159 ff. (noch mit der Annahme

onsfall.³⁰ Weil die Zurechnung nicht ein Unterlassungsdelikt des mittelbaren Täters konstituiert, ist auch nicht erforderlich, dass dieser eine Garantenstellung gegenüber den verdrängten Patienten hat.³¹

Denkbar ist auch eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen, etwa wenn der Täter unterlässt, anderen zu ermöglichen, den Erfolg zu verhindern, zum Beispiel, wenn er dem Ertrinkenden den Rettungsring nicht hinwirft, so dass dieser sich nicht retten kann; oder wenn er unterlässt zu verhindern, dass andere den Erfolg verursachen, so wenn der Bahnwärter die Schranke nicht schließt und der Lokführer deshalb einen Unfall verursacht.

4. Voraussetzungen mittelbarer Täterschaft

1. Die über das Handeln oder Nichthandeln anderer vermittelte Zurechnung des Erfolgs bedarf besonderer Gründe. Mittelbare Täterschaft setzt voraus, dass der Tatmittler in seiner Entscheidung zu einem Handeln oder Nichthandeln, das den Erfolg bedingt, nicht frei ist.³² Diese Unfreiheit muss der mittelbare Täter begründen oder ausnutzen.³³

Am einfachsten ist die fehlende Freiheit zu bestimmen, falls der Tatmittler ein Zurechnungsdefizit bzw. -defekt aufweist.³⁴ Ein Zurechnungsdefizit ist gegeben, wenn dem Tatmittler der Erfolg zugerechnet werden könnte, falls der Umstand, der dieses Defizit und somit die Unfreiheit begründen soll, nicht gegeben wäre und der Tatmittler ansonsten in gleicher Weise gehandelt oder nicht gehandelt hätte.

In den Fällen des Abbruchs rettender Verläufe ist ein Zurechnungsdefizit zum Beispiel gegeben, wenn der mittelbare Täter Handlungsmöglichkeiten des garantenpflichtigen Tatmittlers beseitigt, indem er etwa das Rettungsmittel zerstört, das dieser hätte benutzen müssen,

von Kausalität im Sinne der *condicio sine qua non* zwischen Handeln und Erfolg). Widersprüchlich BGHSt 40, 257, 261 ff. (Kemptener Fall, Sondennahrungsfall). Vgl. hierzu Ast a.a.O. S. 167 f.

³⁰ Für den Leberallokationsfall im Zusammenhang mit der Argumentation zum Vorsatz unentschieden BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 56. Das Gericht bezieht sich dabei auf *Schroth/Hofmann* NSTz 2014, 486, 488 f. Vgl. auch *dies.*, FS Neumann (2017) S. 1195, 1204 f. (Dagegen: Anders als im Kemptener Fall macht der Arzt hier nicht sich selbst die gebotene Hilfe unmöglich, sondern einem anderen.) Für Anknüpfung an das Tun hingegen *Jäger* JA 2017, 873, 875; *Kudlich* NJW 2013, 917, 918; *ders.* NJW 2017, 3255; *Rissing-van Saan* NSTz 2014, 233, 243; *Rosenau*, FS Schönemann (2014) S. 689, 693 ff.; *Streng-Baunemann*, FS Streng (2017) S. 767, 777; *Verrel* MedR 2014, 464, 465.

³¹ So das Argument von *Rosenau*, FS Schönemann (2014) S. 689, 694 gegen die Annahme mittelbarer Täterschaft.

³² In dieser allgemeinsten Bestimmung wohl konsensfähig – auch für Vertreter eine Tatherrschaftskonzepts, da Herrschaft Unfreiheit des Beherrschten voraussetzt. Vgl. *Heine/Weißer*, Schönke/Schröder-StGB, 29. Aufl. 2014, § 25 Rn. 6. Näher zur Bestimmung der Freiheit unten, IV.3.b.

³³ *Renzikowski*, Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 9, 30 f.

³⁴ *Renzikowski*, Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 9, 17 ff.

um einen Gefährdeten zu retten. Der Tatmittler ist dann aufgrund der Handlung des mittelbaren Täters nicht für den Erfolg verantwortlich. Weil er keine Möglichkeit mehr hatte, das Rettungsmittel zu benutzen, kann nicht davon gesprochen werden, dass er die Rettung unterlassen hat. Das Zurechnungsdefizit besteht somit darin, dass dem Tatmittler der Erfolg nicht zugerechnet werden kann, aber zugerechnet werden könnte, wenn er nicht an der Rettung gehindert worden wäre und aus freien Stücken unterlassen hätte. Dem mittelbaren Täter schließlich können der Umstand, der dieses Defizit begründet, und somit auch der Erfolg zugerechnet werden.

Eine andere Möglichkeit mittelbarer Täterschaft zeigt der Kindstötungsfall.³⁵ In diesem war es dem Mann zwar möglich, den Arzt zu informieren und dadurch das Kind zu retten. Er erkannte aber relevante Situationsumstände nicht, nämlich die für das Baby bestehende Lebensgefahr. Mit Blick auf einen Totschlag durch Unterlassen fehlte ihm deshalb der Vorsatz. Hätte er hingegen die Situation zutreffend erkannt und gleichwohl unterlassen, wäre er verantwortlich gewesen. Ein Zurechnungsdefizit ist somit gegeben.

2. Weil der Tatmittler darin unfrei war, dass er in bestimmter Weise nicht gehandelt hat, kann dem mittelbaren Täter, der diese Unfreiheit begründet oder ausgenutzt hat, zugerechnet werden, dass bestimmte Veränderungen infolge des Handelns oder Nichthandelns des Tatmittlers ausgeblieben oder eingetreten sind. Es kommt dabei nicht darauf an, wie sich der Tatmittler verhalten hätte, wenn die Unfreiheit nicht bestanden hätte. Diesen Grundsatz hat der BGH im richtungsweisenden Urteil zum Referendarfall aufgestellt – freilich in Bezug auf die „psychische Kausalität“ zwischen Täuschung und Vermögensverfügung beim Betrug.³⁶ Auch beim Betrug wird aber das Ergebnis einer täuschungsbedingt unfreien Verfügung zugerechnet, weshalb der Betrugstatbestand strukturell eine mittelbare Täterschaft enthält.³⁷

Wegen der Zurechenbarkeit der Folgen des unfreien Handelns oder Nichthandelns stellt sich somit nicht die Frage, wie der Tatmittler sich verhalten hätte, wenn der mittelbare Täter pflichtgemäß gehandelt hätte – weder im Rahmen der kontrafaktischen *condicio-sine-qua-non*-Betrachtung noch des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs. *Puppe* nimmt insoweit an, dass man bei der kontrafaktischen Betrachtung unterstellen dürfe, dass sich andere Akteure ebenfalls normgemäß verhalten hätten.³⁸ Der Ort der kontrafaktischen Analyse ist indes in der Struktur mittelbarer Täterschaft die Bestimmung des Zurech-

³⁵ BGHSt 8, 216, siehe oben, III.1.

³⁶ BGHSt 13, 13 (Referendarfall).

³⁷ *Kindhäuser*, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 45 ff.; a.A. *Tiedemann*, LK-StGB, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 5. Vgl. zu BGHSt 13, 13 auch *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, S. 132 f. Dort wird das Urteil noch im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs diskutiert; es wird aber für entscheidend erachtet, dass ohne die täuschende Information die Verfügung frei gewesen wäre.

³⁸ *Puppe*, AT, 3. Aufl. 2016, § 30 Rn. 9 ff. Hierzu bereits *Ast* ZStW 124 (2012) 612, 648 ff. mit der These, dass die Unterstellungslösung die Zurechenbarkeit voraussetze. Jedoch macht die Zurechenbarkeit die Unterstellung überflüssig.

nungsdefizits.³⁹ Die Unterstellungslösung würde ferner an ihre Grenze stoßen, wenn der Tatmittler rechtlich nicht gebunden ist.⁴⁰

Mit Blick auf den auch für den Versuch relevanten Vorsatz genügt insoweit, dass der Täter für möglich hält, dass der Tatmittler sich in bestimmter Weise verhalten werde.

3. Die mittelbare Täterschaft ermöglicht es, Folgen des Handelns oder Nichthandelns einer anderen Person zuzurechnen. Bei unmittelbaren, also nicht wiederum über andere Akteure vermittelten Folgen muss der Bedingungszusammenhang zwischen jenem Handeln oder Nichthandeln und dem Erfolgseintritt sicher nachgewiesen werden. Werden verhinderungsg geeignete Handlungen vereitelt, muss das Ausbleiben der unmittelbar verhinderungsg geeigneten Handlungen den Erfolg bedingt haben. Das ist gegeben, wenn diese Handlungen mit Sicherheit den Nichteintritt des Erfolgs bedingt hätten.

Im Leberallokationsfall war die verhinderungsg geeignete Handlung die Transplantation der Leber durch andere Chirurgen. Es war jedoch nicht ausgeschlossen, dass der überholte Patient infolge der Transplantation verstorben wäre.⁴¹ Die transplantierenden Ärzte hätten in diesem Fall den Tod des Patienten nicht verhindert. Daher kam für den manipulierenden Arzt nur ein Versuch in Betracht. Für den versuchsbegründenden Vorsatz genügt es, dass der Arzt davon ausging und in Kauf nahm, dass eine entsprechende Rettungsmöglichkeit bestand.

IV. Die mittelbare Täterschaft im Leberallokationsfall

Die Anknüpfungshandlungen für eine mögliche Tötungshandlung des Arztes sind die Täuschung über die relevanten Patientendaten und die Annahme des zugeordneten Organs in dem Wissen, den Organverteiler zuvor getäuscht zu haben.⁴² Da der Arzt nicht unmittelbar tötet, wäre ihm der Tod eines überholungsbedingt verstorbenen Patienten nur zurechenbar, wenn die Nichtzuteilung des Organs an diesen Patienten im strafrechtlichen Sinne unfrei war, insbesondere wenn ein Zurechnungsdefizit des Verteilers (bzw. der für diesen handelnden natürlichen Personen) gegeben ist. Der Verteiler müsste demnach aufgrund des Umstands, der seine even-

tuell relevante Unfreiheit begründet, von strafrechtlicher Verantwortlichkeit befreit sein.

1. Die fehlende Verantwortlichkeit des Organverteilers

Es ist demnach zu prüfen, ob der Organverteiler einen Totschlag durch Unterlassen gem. §§ 212, 13 StGB begangen hätte, wenn ein Patient überholungsbedingt verstorben wäre.

Der Verteiler hat es unterlassen, diesem Patienten ein Organ zuzuteilen. Tatbestandlich geboten war die Zuteilung, weil angesichts des hohen Listenplatzes eine akute Lebensgefahr bestand, die nicht anders als durch eine Transplantation abgewendet werden konnte. Eine Garantenstellung des Verteilers ergibt sich aus tatsächlicher Übernahme. Er handelte vorsätzlich, da er in Kauf nehmen muss, dass Patienten, denen er zunächst kein Organ zuteilt, infolgedessen versterben können.⁴³

Die tatbestandliche Unterlassung könnte allerdings aufgrund einer Pflichtenkollision gerechtfertigt sein, da der Organverteiler das Organ demjenigen Patienten zugeteilt hat, dessen Listenplatz auf der Manipulation beruhte. Die rechtfertigende Pflichtenkollision setzt voraus, dass der Täter, weil er eine andere Rechtspflicht befolgt, das tatbestandliche Gebot nicht befolgen kann und dass die tatsächlich befolgte Pflicht entweder gleich- oder höherrangig ist. Demnach muss eine Pflicht anzunehmen sein, auch dem Patienten mit manipulierten Daten ein Organ zuzuteilen. Da es dringlich war, auch diesem Patienten eine Leber zuzuteilen, kann man hiervon ausgehen.⁴⁴ Allein bei Patienten mit einer Lebererkrankung, die zwar absehbar eine Transplantation notwendig macht, aber noch nicht lebensbedrohlich ist, wäre es denkbar, ein Gebot der Zuteilung von vornherein zu verneinen.

a) Kollision ungleichrangiger Pflichten

Falls man dann die Zuteilungspflicht für den überholten Patienten mit dem real höheren MELD-Score für vorrangig erachtet, liegt retrospektiv eine ungleichrangige Pflichtenkollision vor, so dass der Verteiler die höherrangige Pflicht hätte befolgen müssen. Er hat jedoch den Rang der Pflicht aufgrund der Täuschung nicht erkannt. Bestimmt man die Rechtfertigung nach dem prospektiven Urteil eines Beobachters,⁴⁵ ist er gleichwohl gerechtfertigt, weil nicht erkennbar war, dass der MELD-Score des nicht begünstigten Patienten höher war als der des begünstigten. Falls man die Rechtfertigung dagegen nach dem retrospektiven Kenntnisstand nach Aufdeckung der Manipulationen bestimmt, ist das Unterlassen des Verteilers zwar nicht gerechtfertigt, aber aufgrund eines unvermeidbaren Erlaubnistatumsirrtums jedenfalls schuldlos.

³⁹ Siehe oben, III.4.1.

⁴⁰ Siehe unten, IV.2.b.2.

⁴¹ BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 54; LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 2116 ff. (juris).

⁴² Bei der Frage des Versuchsbeginns, auf letzteres abstellend, LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 1779 ff. (juris). Dagegen zutreffend auf ersteres abstellend *Rissing-van Saan* NSStZ 2014, 233, 243 f.; *Schroth/Hofmann*, FS Neumann (2017) S. 1195, 2001 ff. Tatausführungshandlung ist zwar die Annahme des Organs, da durch sie die alternative Zuteilung vereitelt wird. Der Versuchsbeginn ist aber diejenige Handlung, die der Ausführungshandlung unmittelbar vorangeht. Die Täuschung geht dem Sinnzusammenhang nach der Annahme unmittelbar voraus. Sie lässt unbedingten Tatvorsatz erkennen.

⁴³ Zu den überzogenen Anforderungen an den Vorsatz seitens des BGH siehe oben, II.2.

⁴⁴ BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 22.

⁴⁵ Zum Gefahrbegriff bei § 34 StGB *Perron*, Schönke/Schröder-StGB, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn. 13 ff.

Somit ist der Verteiler im Fall einer Kollision ungleichrangiger Pflichten strafrechtlich nicht verantwortlich. Ein Zurechnungsdefizit liegt vor, weil er, wenn er sich nicht geirrt und trotzdem so entschieden hätte, für den Tod des Patienten verantwortlich wäre. Da der Arzt den Irrtum, der die Unfreiheit begründet, erregt hat, begeht er bei gegebenem Vorsatz einen Totschlagsversuch in mittelbarer Täterschaft.

b) Die Organverteilungsregeln und der Rang der Pflichten

1. Wenn man die Organverteilungsregeln als strafrechtlich verbindlich erachtet, konkretisieren sie die Interessenabwägung, die der Bestimmung des Rangs von Pflichten zugrunde liegt. Diese Regeln wären somit systematisch der Rechtfertigungsebene zuzuordnen und hätten für die Pflichtenkollision die gleiche Funktion wie die Vorgabe von Abwägungskriterien in der Regelung des Notstands (§ 34 StGB).

Diese beiden Regelungen überschneiden sich sogar weitgehend. Die Rechtfertigung bei Kollision ungleichrangiger Pflichten ergibt sich zumeist bereits aus § 34 StGB.⁴⁶ Auch dieser sieht vor, dass es insbesondere bei Gleichwertigkeit der Güter auf eine Abwägung des Gefahrengrades ankommt. Die Rechtfertigung folgt nur dann nicht schon aus § 34 StGB, wenn das Erhaltungsgut das beeinträchtigte Interesse nur unwesentlich überwiegt. Statt aber die Pflichten in diesem Fall als gleichrangig anzusehen, postuliert man, dass der Gebotsadressat derjenigen Pflicht folgen muss, die ein einfach überwiegendes Interesse schützt.⁴⁷ Zumindest wenn die Güter gleichrangig sind, wird es aber kaum überzeugen, an geringe Differenzen des Gefahrengrades anzuknüpfen. Insoweit wird auch bei der Pflichtenkollision ein wesentliches Überwiegen zu fordern sein. Demnach ist, auch wenn man die Organverteilungsregeln für rechtsverbindlich erachtet, bei einer geringen Differenz des MELD-Score eine gleichrangige Pflichtenkollision anzunehmen.

2. Die rechtliche Verbindlichkeit der Organverteilungsregeln ist allerdings problematisch. Sie sind in hohem Maße legitimationsbedürftig, weil sie Lebenschancen unter Patienten verteilen, die sich in einer nahezu gleichen Situation befinden.⁴⁸ Wenn nur wenige Rangplätze zwischen zwei Patienten liegen, drückt der MELD-Score nur eine sehr geringe oder gar keine Differenz in der Überlebenschance aus. Auch sind die zugrunde gelegten Kriterien nicht unanfechtbar.⁴⁹ Die Le-

⁴⁶ Anders Neumann, FS Yamanaka (2017) S. 171, 176 ff. mit Blick auf die Kollision einer Handlungs- mit einer gleichwertigen Unterlassungspflicht. Statt die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf das Unterlassen zu verneinen, ließe sich postulieren, dass ein Verbot generell Vorrang vor einem gleichrangigen Gebot hat. Gegen die alternativ mögliche Annahme von Wahlfreiheit spricht, dass zunächst allein dasjenige Gut gefährdet ist, das durch die tatbestandlich gebotene Handlung gerettet werden müsste: *casum sentit dominus*.

⁴⁷ Zum Verhältnis zu § 34 StGB Erb, MüKo-StGB, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 38 ff.; Neumann, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 125.

⁴⁸ Schroth NStZ 2013, 437, 440.

⁴⁹ LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 2124-2140 (juris).

bensgefahr für beide Patienten ist dann als gleich hoch zu veranschlagen.⁵⁰

Selbstverständlich muss auch dann noch für die Verteilung eine praktisch brauchbare generelle Lösung gefunden werden, um im Einzelfall nicht willkürlich zu entscheiden. Auch wenn man den Verteilungsregeln rechtliche Geltung zumisst, kann ihre Funktion aber auf jenes Regelungsbedürfnis beschränkt werden, ohne ihnen Relevanz für die Rechtfertigungsfrage zu geben.

Dass diese Regeln nur eine beschränkte Funktion haben, wurde auch in der literarischen Diskussion angenommen – allerdings unter dem Aspekt der Begrenzung des Schutzzwecks.⁵¹ In der Analyse der Fallstruktur der mittelbaren Täterschaft ist diese Begrenzung des Regelungsziels deutlicher erkennbar. Zumindest in einem bestimmten Bereich des MELD-Score sind die Zuteilungspflichten strafrechtlich gesehen als gleichrangig anzusehen.

c) Kollision gleichrangiger Pflichten

Bei Gleichrangigkeit der Zuteilungspflichten ist der Verteiler gerechtfertigt, da er eine der Pflichten befolgt und einem Patienten ein Organ zugeteilt hat.

Ein Zurechnungsdefizit ist dann für ihn allerdings nicht gegeben.⁵² Er wäre auch gerechtfertigt, wenn er ohne die Täuschung durch den Arzt das Organ an den Patienten mit dem niedrigeren MELD-Score zugeteilt hätte. Der Irrtum betrifft bloß das rechtlich nicht relevante Motiv für eine Auswahlentscheidung, die er nach Belieben treffen kann. Das führt in die Frage, ob eine mittelbare Täterschaft des Arztes auch bei fehlendem Zurechnungsdefekt gegeben sein kann.

2. Mittelbare Täterschaft bei Gleichrangigkeit der Pflichten

a) Vergleich mit anderen Fällen eines gerechtfertigten Tatmittlers

Anders als bei der Kollision gleichrangiger Pflichten ist in Fällen des gerechtfertigten Tatmittlers zumeist ein Zurechnungsdefizit gegeben, so auch im folgenden Fall:⁵³ Ein mittelbarer Täter nötigt jemanden zu einem Angriff, und der Angegriffene verletzt den Angreifer. Hier wird dem mittelbaren Täter die Verletzung des Angreifers zugerechnet. Ihm ist jeweils der Umstand zurechenbar, der den Ausschluss der Verantwortlichkeit des Angreifers und des Verteidigers begründet, zum einen die Gefahr für

⁵⁰ Für Gleichrangigkeit der Pflichten daher Schroth/Hofmann, FS Neumann (2017) S. 1195, 1209 f.

⁵¹ Bülte StV 2013, 753, 754 ff.; Verrel MedR 2014, 464, 467 f.

⁵² Zur Definition des Zurechnungsdefizits siehe oben, III.4.1.

⁵³ Vgl. Herzberg, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboden handelndem Werkzeug, 1967, S. 1, 26 ff., 59 ff.; Jakobs, AT, 2. Aufl. 1991, 2/81 ff.; Joerden Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 70 ff.; Mañalich, FS Puppe (2011) S. 723 f.

den entschuldigenden Angreifer und zum anderen die Verteidigungslage für den in Notwehr Handelnden.⁵⁴

Vergleichbar sind auch die Fälle einer rechtswidrig erteilten Genehmigung.⁵⁵ Eine bewusst rechtswidrig erteilte Genehmigung begründet rechtliche Wahlfreiheit sowie ein Zurechnungsdefizit des Genehmigungsempfängers. Dass der BGH hier mittelbare Täterschaft annahm, wird von *Puppe* kritisiert, weil aufgrund der Wahlfreiheit keine Irrtumsherrschaft vorliege.⁵⁶ Aber selbst, wenn man das Herrschaftskriterium zugrunde legt, würde der Aspekt der negativen Tatherrschaft zutreffen.

Der Unterschied dieser Fälle zum Leberallokationsfall besteht darin, dass dem manipulierenden Arzt die rechtfertigende Lage weder unmittelbar noch mittelbar zurechenbar ist, da sie unabhängig von seinem eigenen Handeln besteht. Deshalb begründet seine Täuschung nicht ein Zurechnungsdefizit des Organverteilers. Fraglich ist aber, ob es eines solchen Zurechnungsdefizits zwingend bedarf.

b) Bestimmung von Unfreiheit der Handlung des Tatmittlers jenseits eines Zurechnungsdefizits

1. Mittelbare Täterschaft setzt grundlegend eine *Unfreiheit* des Tatmittlers mit Blick auf den Erfolg voraus. Der Begriff der Freiheit kann nur relativ auf eine bestimmte Rechtsfrage definiert werden, und zwar dadurch, dass freiheitsausschließende Umstände bestimmt werden.⁵⁷ Bei der mittelbaren Täterschaft besteht, wie gesehen, zumindest darüber Einigkeit, dass Umstände, die ein schuldhaftes Vorsatzdelikt des Tatmittlers im Hinblick auf den Erfolg ausschließen, auch die Freiheit im Sinne der mittelbaren Täterschaft ausschließen. Das setzt aber voraus, dass bei gegebener Freiheit eine schuldhaft Straftat des Tatmittlers vorläge.

Die Rechtsprechung geht darüber hinaus und bestimmt in den Fällen des Täters hinter dem Täter auch schuldhaft Straftaten als unfrei im Sinne der mittelbaren Täterschaft.⁵⁸ Unfreiheit kann demnach durch einen vermeidbaren Verbotsirrtum oder durch die Unterwerfung des Täters unter einen organisierten Machtapparat begründet werden.⁵⁹ In diesen Fällen ist der Täter mit und

ohne den Umstand, der seine Unfreiheit begründet, gleichermaßen verantwortlich für den Erfolg. – Der Organverteiler ist es bei Gleichrangigkeit der Pflichten dagegen mit und ohne seinen Irrtum gleichermaßen nicht.

Ein Zurechnungsdefizit fehlt auch bei der Veranlassung eines Suizids. Ein Suizident ist für seinen Suizid(versuch) strafrechtlich unter keinen Umständen verantwortlich. Gleichwohl ist mittelbare Täterschaft möglich. Die Freiheit oder Unfreiheit im Sinne der mittelbaren Täterschaft muss dann jenseits der hypothetischen strafrechtlichen Verantwortlichkeit bestimmt werden.⁶⁰

2. Der Organallokationsfall ist auch mit einem anderen Fall der Unterbindung eines rettenden Verlaufs vergleichbar, in welchem ebenfalls keine potentielle Verantwortlichkeit des Vordermanns gegeben ist: Gesetzt sei, dass R beabsichtigt, G aus einem brennenden Haus zu retten. Die Gefahr der eigenen Verletzung ist dabei so hoch, dass R hierzu nach § 323c StGB nicht verpflichtet ist. T sperrt R ein, um die Rettung zu verhindern. G stirbt. Im Nachhinein stellt sich heraus, dass es R möglich gewesen wäre, G aus dem Haus zu holen und zu retten. Ein Zurechnungsdefizit ist bei R nicht gegeben. Sie wäre auch dann nicht für den Tod des G verantwortlich, wenn sie dessen Rettung aus freien Stücken unterlassen hätte. Eine mittelbare Täterschaft von T kann deshalb allein auf den Umstand gestützt werden, dass sie die Handlungsfreiheit von R beseitigt hat.

Verneint man hier wegen des fehlenden Zurechnungsdefizits die mittelbare Täterschaft von T, würde man jede Einflussnahme auf einen nicht Verpflichteten erlauben. Das widerspricht dem gesetzlichen Zweck, das Leben zu schützen, ohne dass erkennbar wäre, welcher Gesichtspunkt das rechtfertigt. Hinsichtlich R ist es gut begründet, die Pflicht – sei es aus § 323c StGB oder aus einer Garantenstellung – zurücktreten zu lassen, wenn sich R in Lebensgefahr begeben müsste. Diese Wertung sagt aber nichts darüber aus, ob und inwieweit eine Einflussnahme auf R legitim ist. Dass das Recht eine Hilfspflicht nicht statuiert, heißt nicht, dass es das Überlebensinteresse von G negiert. Es tritt nur relativ zum Interesse von R zurück. Der Schutz von G muss aber nur so weit zurückgenommen werden, wie das anerkennenswerte Gegeninteresse reicht.⁶¹

3. Fraglich bleibt aber, nach welchen Maßstäben die Freiheit oder Unfreiheit einer Handlung jenseits der Möglichkeit zu bestimmen ist, ein Zurechnungsdefizit festzustellen. Hierfür gibt es zwei Anhaltspunkte, falls die

⁵⁴ Komplizierter sind die Begründungen von *Joerden* und *Mañalich*, je a.a.O. *Joerden* stellt auf den Zurechnungsausschluss aufgrund eines ohne Rechtfertigung anzunehmenden Schuldausschlusses ab. *Mañalich* stellt darauf ab, dass die durch die Zurechnung konstituierte Körperverletzungshandlung des mittelbaren Täters in seiner Person nicht gerechtfertigt ist.

⁵⁵ BGHSt 39, 381, 387 ff. (Sondermüllfall).

⁵⁶ *Puppe*, AT, 3. Aufl. 2016, § 15 Rn. 4 f.

⁵⁷ Grundlegend *Amelung* ZStW 120 (2008) S. 205, 220 ff.

⁵⁸ Noch weitergehend etwa *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 84 ff., 110 ff., kritisch hierzu *Renzikowski*, Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 76 ff.

⁵⁹ BGHSt 35, 347, 351 ff. (Katzenkönigfall); BGHSt 40, 218, 232 ff. (Nationaler Verteidigungsrat); BGHSt 45, 270, 296 ff. (Politbüro). Kritisch *Jakobs*, AT, 2. Aufl., 1991, 21/103; *Renzikowski*, Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 61 ff.; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, S. 160 f.

⁶⁰ BGHSt 32, 38, 41 f. (Siriusfall). Zum Verantwortungsmaßstab *Jakobs*, AT, 2. Aufl., Abschn. 21/88 ff., 97 ff., *Mañalich*, FS *Puppe* (2011) S. 724 f. Vgl. zur vergleichbaren Problematik bei der Fahrlässigkeit aktuell auch BGH HRRS 2017 Nr. 707 mit Anmerkung *Ast* NJW 2017, 2214.

⁶¹ Vgl. zu ähnlichen Fällen *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 221 ff., nach dessen Theorie entscheidend ist, ob sich der Hilswillige dem mutmaßlichen Willen des Inhabers des bedrohten Rechts unterordnet und insoweit dessen Rechtssphäre zuordnet. Ähnlich bereits *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, S. 133 f.

Entscheidung Rechtsgüter einer anderen Person betrifft. Einerseits kann eine Analogie zur Gesamtheit der Schuldvoraussetzungen gezogen werden, weil die Unfreiheit nach diesem Maßstab bestimmt wird, falls der Tatmittler eine Straftat begehen könnte. Andererseits kann eine anstifterähnliche Handlung keine Unfreiheit begründen, weil im Fall einer möglichen Straftat eine Anstiftung keinen Zurechnungsausschluss und somit keine Unfreiheit des Angestifteten begründet. Hätte T der R eine Belohnung oder einen einfachen Nachteil in Aussicht gestellt, bliebe sie demnach straflos. Andernfalls würde man das Fehlen einer anstiftungsfähigen Haupttat unterlaufen. Demnach ist T im Ausgangsfall mittelbare Täterin, denn indem T die R einsperrt, beseitigt sie deren Handlungsfreiheit. Wäre R rettungspflichtig, würde bei ihr ein Zurechnungsdefizit bestehen.

Im Organallokationsfall müsste demzufolge unterstellt werden, dass der Verteiler verpflichtet war, das Organ dem überholten Patienten zuzuteilen. Dann wäre aber eine ungleichrangige Pflichtenkollision gegeben. Wie gezeigt, begründet bei dieser die Täuschung über den Grad der Gefahr für den Verteiler ein Zurechnungsdefizit und somit mittelbare Täterschaft des Arztes.⁶² Dieser wäre demnach auch im Fall einer Kollision gleichrangiger Pflichten mittelbarer Täter.⁶³

Ein zusätzlicher Aspekt des Falls besteht darin, dass der Verteiler in der Annahme handelt, dass die Verteilungsregeln eine verbindliche Reihenfolge vorgeben. Er hält sich also für rechtlich gebunden und verkennt seine Wahlfreiheit. Wenn man die mittelbare Täterschaft in erster Linie durch die irrtumsbedingte Tatherrschaft definiert, liegt hierin ein besonders wichtiger Umstand, weil das Handeln des Verteilers praktisch vorhersehbar ist.

4. Ob die Zuteilungspflichten gleich- oder ungleichrangig sind, ist demnach nicht entscheidungserheblich. In beiden Fällen ist die Täuschung über die Dringlichkeit der Zuteilung unzulässig und führt zur Verantwortlichkeit für den Erfolg. Die Einflussnahme auf den Verteiler begründet so oder so eine mittelbare Täterschaft des Arztes.

Weil dieses Ergebnis für den Fall der Gleichrangigkeit der Pflichten vor allem durch einen Vergleich mit dem Fall der rechtlich nicht geforderten Rettung des G durch die R begründet wurde, müssen noch die Unterschiede beider Fälle reflektiert werden: Das Argument des Lebensschutzes hat dort ganz klar für das Verbot und die Bestrafung der Einflussnahme auf den Rettungswilligen gesprochen. Aber auch im Organverteilungsfall ist in zweierlei Hinsicht ein Bezug zum Lebensschutz gegeben: Einerseits bestimmt der Verteiler die Zuteilungsreihenfolge nach vertretbaren ärztlichen Kriterien, nach welchen man geringe Unterschiede im Gefahrengrad durchaus berück-

sichtigen kann. Andererseits wäre selbst, wenn die Entscheidung des Verteilers vollkommen willkürlich und zufällig wäre, ein Bezug zum Lebensschutz gegeben. Gegebenenfalls hätten beide Patienten eine Überlebenschance von fünfzig Prozent. Diese gleiche Chance kann dadurch rechtlich abgesichert werden, dass sichergestellt wird, dass das Moment der Willkür allein beim Verteiler liegt. Die Chancengleichheit kann zwar auch der Verteiler selbst hintergehen, indem er sich etwa bestechen lässt. Das muss das Recht aber hinnehmen, weil beide Pflichten gleichrangig sind. Es kann dann nur sekundär wegen Bestechlichkeit sanktioniert werden. Jede Täuschung des Verteilers aber hintergeht die Chancengleichheit, ohne dass der Verteiler hierfür verantwortlich ist. Das kann nur durch das lebensschützende Totschlagsdelikt sanktioniert werden.

c) Rechtsverletzung ohne Anspruch gegen den Tatmittler

Im Vergleich Organzuteilungsfalls mit dem Fall der nicht obligatorischen Rettung, wird ferner sehr gut deutlich, dass es auf das Bestehen eines Anspruchs auf Rettung nicht ankommt. G hatte keinen entsprechenden Anspruch gegen R, und auch bei einer gleichrangigen Pflichtenkollision hat auch der Organverteiler keinen Anspruch des verdrängten Patienten auf Zuteilung des Organs verletzt, denn das Zuteilungsrecht ist dadurch bedingt, dass der Verteiler das Organ nicht einem anderen gleichberechtigten Patienten zuteilt, was geschehen ist.

Aus diesem Umstand hat *Schroth* ableiten wollen, dass dann auch der manipulierende Arzt kein Recht verletzt haben und daher nicht Täter sein könne.⁶⁴ Das Argument erinnert an die von *Haas* entwickelte Theorie zur Beurteilung des Abbruchs rettender Verläufe.⁶⁵ Ein subjektives Recht gebe im Ausgangspunkt nur die rechtliche Befugnis, eine unmittelbare Einwirkung auf den Rechtsgegenstand zu verbieten. Im Fall des Abbruchs rettender Verläufe fehle diese. Hier sei entscheidend, ob dem Gefährdeten ein Recht an der rettenden Sphäre zukomme. *Haas* bejaht im Organallokationsfall ein solches Recht,⁶⁶ während *Schroth* und *Bülte* es negieren.⁶⁷

Eine Begrenzung des Rechts kann strafrechtssystematisch entweder bei der Begründung von Verboten gefährlicher Handlungen (unerlaubtes Risiko) bzw. Geboten verhinderungsgerechter Handlungen oder als Begrenzung des Schutzzwecks dieser Verbote bzw. Gebote verortet werden. Weder die Verneinung eines an den Organverteiler gerichteten Gebots der Leberzuteilung noch die pauschale Begrenzung des Schutzzwecks dieses Gebots überzeugen aber. Falls der Verteiler willkürlich unterlasse, Organe zuzuteilen, und Patienten daraufhin sterben, wäre er wegen Unterlassungsdelikten i. S. d. § 13 StGB zu bestrafen. Er hat eine Aufgabe übernommen, die erkennbar auf eine Lebensrettung abzielt. Das heißt dann aber auch, dass die Patienten ein Recht auf Zuteilung von Organen haben.

⁶² Siehe oben, IV.1.a.

⁶³ Dementsprechend wäre auch in dem von *Schroth/Hofmann*, FS Neumann (2017) S. 1195, 1210 ff. besprochenen Fall mittelbare Täterschaft anzunehmen. Wäre D (z. B. als Garant) verpflichtet, gerade A zu helfen, würde die Täuschung durch D, dass B A sei, ein Zurechnungsdefizit bei D begründen. Zum gleichen Ergebnis müsste *Haas* gelangen.

⁶⁴ *Schroth* NStZ 2013, 437, 443.

⁶⁵ *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 221 ff., hierzu schon oben, Fn. 61.

⁶⁶ *Haas* HRRS 2016, 384, 389 ff., 394.

⁶⁷ *Schroth* NStZ 2013, 437, 443; *Schroth/Hofmann* NStZ 2014, 486, 491 f.; *Bülte* StV 2013, 753, 755 ff.

Doch selbst wenn man annimmt, dass ein Anspruch im Verhältnis von Patient und Organverteiler nicht besteht, sagt das noch nichts darüber aus, ob die Manipulation der Organverteilung im Verhältnis von Arzt und überholtem Patienten eine Rechtsverletzung ist oder nicht. Das wird im Vergleich mit dem Vereiteln einer überobligatorischen Rettung deutlich. Ungeachtet der fehlenden Rechtsverletzung im Verhältnis von Gefährdetem G und Tatmittler R verletzt der mittelbare Täter T ein Recht des Gefährdeten, die Einflussnahme auf den Tatmittler zu unterlassen. Ebenso wenig wie auf das Bestehen eines Rechts gegen den Tatmittler kommt es darauf an, ob dieser Garant ist oder nur der allgemeinen Hilfespflicht aus § 323c StGB unterliegt. Denn auch die Qualifikation der Pflichtenstellung betrifft nur das Verhältnis von Tatmittler und Gefährdetem. Gründe, die in diesem Verhältnis ein Recht ausschließen oder begrenzen, berühren das Verhältnis zu einem Dritten nicht.

Es ist richtig, dass ein Tötungsdelikt nur gegeben sein kann, wenn der Dritte das subjektive Recht des Gefährdeten bzw. eine Pflicht verletzt hat, die Einflussnahme auf den Hilfswilligen zu unterlassen. Das Bestehen eines Rechts im Verhältnis von Gefährdetem und Hilfswilligem ist dafür aber nicht zwingend erforderlich.

V. Sonstige Aspekte des Falls

1. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand

Gegen die Bestrafung des Arztes wegen Totschlags könnte dessen positives Motiv sprechen, nämlich die Rettung des Lebens seiner Patienten. In Betracht kommt ein übergesetzlicher entschuldigender Notstand. Dieser Entschuldigungsgrund ist insbesondere in Fällen der Pflichtenkollision relevant.

So hat der Arzt eine auf den Lebensschutz bezogene Garantspflicht für den von ihm begünstigten Patienten. Dass das von ihm gewählte Mittel nicht legitim ist, ergibt sich abschließend erst auf der Ebene der Rechtfertigung: Die Kollision von Verboten und Geboten wird über die Notstandsregel des § 34 StGB aufgelöst.⁶⁸ Demnach ist dem Garant das Erlaubte geboten – aber eben auch nicht mehr.⁶⁹ Wenn der Arzt im Interesse des Lebensschutzes zwar effektiv, aber unerlaubt handelt, ist das nicht überobligatorisch, sondern rechtswidrig.

Da es aber auf beiden Seiten um den Erhalt von Leben geht, besteht eine für den entschuldigenden Notstand typische Lage. Diese Situation wird durch § 35 Abs. 1 StGB nicht hinreichend erfasst, weil diese Regelung nicht berücksichtigt, dass auch das Eingriffsgut bereits in Gefahr ist und dass auf der Seite des Erhaltungsguts eine rechtlich relevante Hilfespflicht besteht. Leitender Ge-

⁶⁸ Siehe auch oben, IV.1.b.1. Die Notstandsrechtfertigung und -entschuldigung des Arztes wird angesprochen von OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, Rn. 53 f.

⁶⁹ Vgl. Ast JuS 2017, 867, 873 mit Bezug auf die Kollision zweier Handlungspflichten. Zu einem Fall der Kollision allgemeiner Hilfepflichten interessant Neumann, FS Yamanaka (2017) S. 171, 182 f.

sichtspunkt der Entschuldigung dürfte beim übergesetzlichen Notstand die Vertretbarkeit der Entscheidung in einer Dilemmasituation sein.⁷⁰

Jedenfalls bei Gleichrangigkeit der Zuteilungspflicht des Organverteilers wird für den Arzt eine Entschuldigung in Betracht kommen; eventuell aber auch, wenn die Pflicht von niedrigerem Rang ist, solange eine Lebensgefahr für den begünstigten Patienten zu bejahen ist. Vorausgesetzt ist aber, dass die Notstandshandlung erforderlich ist. Die Meldung mit zutreffenden Werten und ein damit verbundenes Abwarten hätte demnach die Gefahr begründen müssen, dass der Patient zwischenzeitlich verstirbt. Jedoch gibt es bei hoher Dringlichkeit der Transplantation sogar ein Überangebot an Lebern, so dass eine Täuschung wohl nicht erforderlich war.⁷¹

2. Die erlaubte Täuschung bei Rechtswidrigkeit der Vergaberegeln

1. Die bisherigen Überlegungen galten dem Fall, dass der Arzt die Faktoren manipuliert hat, nach welchen sich der MELD-Score bestimmt. In anderen Fällen hatte der Arzt etwa verschwiegen, dass eine für die Liste angemeldete Patientin noch nicht ein halbes Jahr lang alkoholabstinent war.⁷² Die Abstinenz war nach den Richtlinien der BÄK erforderlich, um Patienten zur Organverteilung anzumelden, ohne Rücksicht darauf, wie dringend die Transplantation war. Diese Bestimmung nahm somit den Tod der betroffenen Patienten in Kauf. Da sie medizinisch nicht hinreichend begründet war, hat sie der BGH nicht als rechtsverbindlich anerkannt. Abgesehen davon könne die Aberkennung von Lebenschancen höchstens der Gesetzgeber selbst bestimmen, nicht die BÄK.⁷³

2. In diesen Fällen kann die Täuschung keine Straftat begründen. Der Arzt sorgt lediglich dafür, dass der Organverteiler eine von ihm verkannte Pflicht befolgt, indem er den Gebotsirrtum des Organverteilers zwar nicht aufklärt, aber dessen Folgen umgeht.

Dass hier kein vollendeter Totschlag vorliegt, ließe sich bereits über die Voraussetzungen der objektiven Zurechnung plausibel machen: So könnte man verneinen, dass die Täuschung verboten ist und somit ein unerlaubtes Risiko schafft, weil die Wahrheit einer für die Vergabeentscheidung nicht relevanten Information rechtlich nicht garantiert ist. Diese Erwägung ist jedoch für die Versuchsstrafbarkeit nicht relevant, weil die Versuchsausführungshandlung nicht bereits als solche verboten sein muss.⁷⁴

⁷⁰ Vgl. Ast JuS 2017, 867, 873.

⁷¹ LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 492 ff., 1989, 1991 (juris), im Zusammenhang mit der Verneinung des Vorsatzes.

⁷² LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 67 ff., 1421-1860 (juris). In einem anderen Fall ging es um die Nichteinhaltung der „Clichy-Kriterien“, vgl. LG Göttingen, Urteil vom 06.05.2015, 6 Ks 4/13, Rn. 67 ff., 435 ff. (juris).

⁷³ BGH HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 36 ff. Vgl. hierzu Rosenau/Lorenz JR 2018 (im Erscheinen).

⁷⁴ Siehe oben, II.4.

Denkbar wäre ferner noch eine Rechtfertigung des Arztes wegen Notstandshilfe, die aber gem. § 34 S. 1 StGB daran scheitert, dass das vom Arzt begünstigte das beeinträchtigte Interesse nicht wesentlich überwiegt.

3. Auch insoweit erweist sich aber, dass die Analyse der Fallstruktur als Variante mittelbarer Täterschaft zur genaueren Einordnung der tragenden Gesichtspunkte führt: Falls die Zuteilungspflichten ungleichrangig sind, handelt der Verteiler aufgrund der Täuschung gerade rechtmäßig, indem er den höheren MELD-Score ausschlaggebend sein lässt. Ohne die Täuschung hätte er hingegen den Patienten vermeintlich pflichtgemäß, tatsächlich jedoch gebotsirrig abgewiesen. In dieser Konstellation kann mittelbare Täterschaft nicht begründet werden.

Wenn die Pflichten hingegen gleichrangig sind, wie es angesichts des nicht manipulierten MELD-Score wahrscheinlich ist, besteht Wahlfreiheit des Verteilers. Aber auch dann ermöglicht die Täuschung nur, dass für den Verteiler die Situation rechtlicher Freiheit tatsächlich hergestellt wird. Wenn der Verteiler einem Irrtum über die rechtliche Relevanz einer Pflicht unterliegt, ist seine Entscheidung rechtlich gesehen nicht frei. Anders gewendet: Wenn er seiner Entscheidung ein rechtswidriges Auswahlkriterium zugrunde legt, unterliegt die „Freiheit“ seiner Auswahlentscheidung keinem rechtlichen Schutz. Grund hierfür ist, dass der Patient, zu dessen Gunsten die gleichrangige Pflicht besteht, nicht davor geschützt sein kann, dass andere Patienten unter denselben rechtlich legitimen Kriterien auf die Liste aufgenommen werden. Das mindert seine ihm rechtlich zu garantierende Überle-

benschance nicht – anders als in den Fällen der illegitimen Einflussnahme.

Die Lösung des Falls besteht somit darin, die Kriterien mittelbarer Täterschaft für den Fall einer Pflichtenkollision des Tatmittlers zu präzisieren.

VI. Ergebnis

Der Chirurg, der den Organverteiler Eurotransplant getäuscht hat, hat sich nur deshalb nicht wegen eines Totschlagsversuchs strafbar gemacht, weil er den Tod von Patienten, die durch die Manipulation des MELD-Score von ihrem Listenplatz verdrängt wurden, nicht in Kauf genommen hat.

Das Vereiteln von Rettungshandlungen anderer Personen, hier des Organverteilers und der transplantierenden Ärzte, kann am differenziertesten nach den Kriterien der mittelbaren Täterschaft beurteilt werden.

Da für den Organverteiler eine Pflichtenkollision bestand, ist in der Beurteilung danach zu differenzieren, ob die Pflichten gegenüber dem benachteiligten und dem begünstigten Patienten gleich- oder ungleichrangig waren. Schwierig ist die Beurteilung der mittelbaren Täterschaft allein bei Gleichrangigkeit der Pflichten, da der Verteiler frei wählen kann. Aber auch dann begründet eine Täuschung über Informationen, die für die Beurteilung der Dringlichkeit relevant sind, mittelbare Täterschaft und somit eine mögliche Strafbarkeit des Arztes wegen eines Tötungsdelikts.

Strafwut

Zugleich Besprechung von BGH 5 StR 46/17 – Beschluss vom 25. Juli 2017 = HRRS 2017 Nr. 975

Von PD Dr. Antje Schumann, Universität Leipzig

I. Wirklichkeiten und Wahrheiten – Sein und Sollen

Als ein Kennzeichen unserer postmodernen Gesellschaft gilt die Auflösung bzw. Dekonstruktion von Strukturen. Zuweilen ist auch vom sog. postfaktischen Zeitalter die Rede. Nicht mehr Tatsachen und Fakten sind zu belegen und zu interpretieren. Vielmehr wird Wahrheit, losgelöst von der gegenständlichen und dem interpersonalen Beweis zugänglichen Wirklichkeit, durch bloßes Meinen

und Sollen, pure Normativität also, geschaffen. Erforderlich für eine solche Art der Konstruktion von Wahrheit ist lediglich die Macht, die eigene Sicht auf die Welt wirksam durchsetzen zu können, indem Gegenstimmen und Zweifel nicht zugelassen oder ignoriert werden. So erspart man sich die Auseinandersetzung mit ihnen. Das war schon vor der Digitalisierung der Gesellschaft so, es erhält jedoch – wie die Diskussion um „Fake-News“ zeigt – in der Epoche des World Wide Web noch einmal eine andere Dimension der Erzeugung von Meinungsmacht.

Auch im Strafverfahren geht es bekanntlich um Wahrheit. Hier gilt aber nach wie vor: Der gegenüber einer Person erhobene Tatvorwurf muss durch belastbare Fakten (Tatsachen) zur Überzeugung des Strafgerichts belegt sein. Aufgabe des Gerichts ist es, den – bewiesenen – Sachverhalt anhand des Gesetzes zu prüfen und zu entscheiden, ob das der angeklagten Person vorgeworfene Verhalten einen Straftatbestand erfüllt. Es ist mithin zwischen Fakten/Tatsachen, die bewiesen sein müssen, und der strafrechtlichen Bewertung dieser Fakten durch Auslegung sowie Anwendung des Gesetzes zu trennen. Schließlich ist zu bedenken: In unserer Rechtskultur gibt es – anders als etwa im common law – kein originäres Richterrecht, sondern Grundlage und Grenze bildet stets das formelle Gesetz. Daran zu erinnern ist besonders im Strafrecht wichtig, da hier der Einfluss (verdeckter) moralischer Wertungen von Natur aus sehr groß ist.

Was aber ist unter der scheinbar selbstverständlichen Unterscheidung zwischen Fakten/Tatsachen und ihrer Bewertung konkret zu verstehen? Ein Beispiel: Die Verurteilung wegen vorsätzlicher Tat erfordert den Nachweis der Kenntnis jener Umstände, die die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes erfüllen (s. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB). Das Gesetz differenziert also zwischen dem abstrakten Merkmal „Vorsatz“ als Subsumtionsergebnis und der zu beweisenden konkreten „Kenntnis der Tatumstände“. Um eine angeklagte Person wegen eines vorsätzlichen Handelns verurteilen zu dürfen, muss das Gericht neben dem objektiven/äußeren den psychischen Sachverhalt erforschen. Es muss aufklären, ob die Person es sich als (zumindest) möglich vorstellte, mit ihrem Verhalten den Tatbestand einer Verbotsnorm zu verwirklichen. Der Nachweis des normativen Konstrukts Vorsatz setzt forensische Feststellungen zum Vorstellungsbild der Person voraus. So verlangt der Eventualvorsatz im Fall des Totschlags gem. § 212 StGB die Vorstellung der handelnden Person, ihr Verhalten verursache möglicherweise den Tod einer anderen Person und nach ständiger Rechtsprechung das „Billigen“ eines solchen tödlichen Verlaufs. Ein Eventualvorsatz liegt dagegen nicht vor, wenn die Person auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs begründet vertraut hat. Die Kontrollfrage bei der Prüfung des Vorsatzes lautet daher: Liegen Anhaltspunkte vor, die darauf schließen lassen, die angeklagte Person habe ernsthaft darauf vertraut, ihr Verhalten erfülle nicht den Tatbestand einer Verbotsnorm? Denn bei Zweifeln gilt: In dubio pro reo.

Diese – rechtsstaatliche – Vorgehensweise hat der 5. Strafsenat des BGH zuletzt in dem medienrächtigen „Organspende-Fall“ gezeigt und damit Augenmaß bewiesen.¹ Leider gilt das nicht für die vorliegende Sache, in der derselbe Senat, in anderer Besetzung, sich vermutlich von einer gewissen Strafwut des Tatgerichts gegen einen – auch unternehmerisch tätigen – Arzt hat anstecken lassen.

¹ S. BGH 5 StR 20/16 (= HRRS 2017 Nr. 968), Urteil vom 28. Juni 2017, Rn. 47 ff., 58 ff.

II. Zu Sachverhalt und rechtlicher Würdigung durch das Tat- und das Revisionsgericht

1. Der Beschluss des 5. Strafsenats betrifft die komplexe sozial- und medizinrechtliche Materie der Kooperation zwischen Vertragsarzt und Leistungserbringer im Gesundheitswesen mit einer gesellschaftsrechtlichen Dimension. Das Revisionsgericht bestätigt die Verurteilung eines Lieferanten von Kontrastmitteln wegen Betrugs gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen sowie des kaufmännischen Geschäftsführers einer KGaA wegen Beihilfe zum Betrug. Als Zentralfigur des Geschehens erscheint der gesondert verfolgte ärztliche Geschäftsführer der KGaA, der sich im Ausland aufhält, und dessen Verfahren abgetrennt worden ist.

Der für die rechtliche Beurteilung maßgebliche Sachverhalt lässt sich folgendermaßen skizzieren: Der ärztliche Geschäftsführer der KGaA, ein Radiologe, ist als Vertragsarzt tätig und stellt im Rahmen dieser Tätigkeit Verordnungen des sog. Sprechstundenbedarfs an Kontrastmitteln aus. Der kaufmännische Geschäftsführer der KGaA schließt mit dem Lieferanten der Kontrastmittel einen Vertrag über eine stille Gesellschaft am Unternehmen des Lieferanten, und er bestellt sich zum alleinigen Geschäftsführer der stillen Gesellschaft. In das Ausstellen der Verordnungen von Kontrastmittel ist er nicht involviert. Der Lieferant kauft die Kontrastmittel vom Hersteller und erhält Mengenrabatte, die über die stille Gesellschaft der KGaA zu Gute kommen. Die beim Hersteller eingekauften Kontrastmittel stellt der Lieferant samt ärztlicher Verordnungen den Krankenkassen zu einem Festpreis (offizieller Herstellerabgabepreis) in Rechnung. Die Differenz zwischen Einkaufspreis und Festpreis steht dem Lieferanten als „Gewinn“ zu.

Die Strafkammer und der 5. Strafsenat sehen in der Weitergabe des vom Hersteller dem Lieferanten gewährten Mengenrabatts über die stille Gesellschaft an die KGaA, deren ärztlicher Geschäftsführer und einziger Kommanditaktionär der Vertragsarzt ist, einen Verstoß gegen das Beteiligungungsverbot gem. § 128 Abs. 2 Satz 3, Abs. 6 SGB V. Wegen dieses Verstoßes stelle die Abrechnung der Kontrastmittel durch den Lieferanten einen Betrug gem. § 263 StGB gegenüber und zu Lasten der Krankenkassen dar. Das Tatgericht behandelt den die Verordnungen ausstellenden Vertragsarzt und den die Rechnungen samt Verordnungen bei den Krankenkassen einreichenden Lieferanten als Mittäter eines gemeinschaftlich begangenen Betrugs; §§ 263, 25 Abs. 2 StGB. Im Handeln des kaufmännischen Geschäftsführers der KGaA, der die am Unternehmen des Lieferanten beteiligte stille Gesellschaft gegründet und sich zu deren Geschäftsführer bestellt hat, erkennt es eine Beihilfe zum Betrug; §§ 263, 27 StGB.² Das Revisionsgericht korrigiert die rechtliche Beurteilung der Strafkammer insoweit, als es das Ausstellen der Verordnungen durch den Vertragsarzt als Untreue gem. § 266 StGB einstuft. Dieser habe seine

² S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLs 6/15, S. 4, 5.

gegenüber den Krankenkassen obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt. Der durch das Einreichen der Rechnungen bei den Krankenkassen durch den Lieferanten verwirklichte Betrug sei für ihn insoweit mitbestrafte Nachtat.³

2. Sowohl für das Tatgericht als auch für den 5. Strafsenat erscheint der Vertragsarzt als Zentralfigur einer auf „illegale Gewinne“ ausgerichteten Beteiligungskonstruktion.⁴ So heißt es zusammenfassend in der Pressemitteilung des BGH: „Nach den Feststellungen des Landgerichts waren beide in ein von einem gesondert verfolgten Arzt erdachtes System eingebunden, durch das bei Verschreibung von Röntgenkontrastmitteln – zum Teil in erheblichen Übermengen – für die von dem Arzt aufgebaute Unternehmensgruppe Kick-Back-Zahlungen in zweistelliger Millionenhöhe zu Lasten der Krankenkassen erwirtschaftet wurden.“⁵ Liest man das umfangreiche Urteil der Strafkammer und den Beschluss des 5. Strafsenats, dann sieht der Sachverhalt allerdings etwas anders aus; – und die Pressemitteilung ist, was die strafrechtliche Komponente anbelangt, irreführend und in einem wesentlichen Punkt unvollständig.

Den Feststellungen des Tatgerichts und den Ausführungen im Beschluss des 5. Strafsenats lässt sich entnehmen: Es gibt einen in das Ausland geflüchteten Arzt, der als Vertragsarzt tätig gewesen ist, der unternehmerisch gedacht und Visionen vom Aufbau eines national wie international verflochtenen Radiologiezentrums gehabt hat. Im landgerichtlichen Urteil heißt es dazu moralisch (ab-)wertend: „Nach außen hin präsentierte und charakterisierte er sich ... als jemand, der im ärztlichen Bereich bei aller fachlichen Expertise nicht seriös-zurückhaltend und konservativ auftritt, sondern innovativ betriebswirtschaftlich denkt und dabei neue und ungewöhnliche Wege geht, um sein Imperium expandieren zu lassen.“⁶

Wesentlich für die strafrechtliche Beurteilung ist, was die Strafkammer zum Beteiligungsmodell ausführte: Es stammt von einem Juristen, es ist hinsichtlich vorgebrachter rechtlicher Bedenken geprüft, und diese sind als nicht einschlägig eingeschätzt worden.⁷ Die rechtliche Zulässigkeit der Beteiligungskonstruktion ist darüber hinaus von mindestens zwei weiteren Juristen, darunter ein spezialisierter Fachanwalt und ein Professor für Medizinstrafrecht, bestätigt worden.⁸ Auch der 5. Strafsenat geht in seinem Beschluss davon aus, dass das Beteiligungsmodell von juristischer Hand herrührt und gegenüber den Angeklagten und dem Arzt von mehreren Juris-

ten für rechtlich zulässig erklärt worden ist.⁹ Deshalb ist es mehr als ungenau, wenn es in der Pressemitteilung als ein „von einem ... Arzt erdachtes System“ bezeichnet wird. Im Übrigen ist auch die „Unternehmensgruppe“ der KGaA das Ergebnis des Handelns von Juristen.¹⁰

3. Vergegenwärtigt man sich die damalige Situation des von der Strafkammer angenommenen „Tatzeitraums“ (Juli 2011 bis November 2012), etwa durch einen Blick in die Gesetzgebungsgeschichte des § 128 SGB V, dann ergibt sich: Es handelt sich um eine rechtliche Materie im Bereich der Kooperation im Gesundheitswesen, die im Fluss gewesen und – abgesehen vom vorliegenden Beschluss des 5. Strafsenats – höchststrichterlich bis heute nicht geklärt ist. § 128 SGB V ist als spezielle sozialversicherungsrechtliche Regelung im Jahr 2009 geschaffen worden.¹¹ Die für den vorliegenden Sachverhalt einschlägige Vorschrift des § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V ist erst seit dem 1. Januar 2012 in Kraft.¹² Noch im Jahr 2015 ist juristisch durchaus unklar, ob und inwieweit ein Verstoß gegen § 128 SGB V Einfluss auf den Zahlungsanspruch des Leistungserbringers hat.¹³

Das Nichtbestehen eines Zahlungsanspruchs gegenüber den Krankenkassen für die vom Lieferanten auf der Grundlage der Sprechstundenbedarfs-Verordnungen erfolgte Abrechnung der Kontrastmittel ist jedoch die Mindestvoraussetzung für die von Tat- und Revisionsgericht verfolgte Betrugsonstruktion wegen Verstoßes gegen § 128 Abs. 2 SGB V. Gleiches gilt für die nach wie vor offene Rechtsfrage der Grenzziehung zwischen erlaubten und verbotenen Beteiligungen von Vertragsärzten an Unternehmen von Leistungserbringern. Es ist Vertragsärzten eben grundsätzlich nicht verboten, sich auch wirtschaftlich zu betätigen. Ein solches Verbot wäre verfassungswidrig.¹⁴ Ebenso wie Krankenkassen dürfen Vertragsärzte „verdienen“ und „Gewinne machen“.¹⁵ Selbst die Kassenärztliche Bundesvereinigung hält eine (gesellschaftsrechtliche) Beteiligung eines Vertragsarztes am Unternehmen des Leistungserbringers für erlaubt.¹⁶ Wo genau die Grenze der sozialrechtlichen Unzulässigkeit der Beteiligung eines Vertragsarztes an dem Unter-

³ S. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 56 f., 60.

⁴ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 3: „Die Angeklagten waren beteiligt an Betrugstaten, die der anderweitig verfolgte ... (Vertragsarzt, A.S.) zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen beging.“; s. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 10.

⁵ Pressemitteilung Nr. 130/17 vom 18. August 2017.

⁶ LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 9.

⁷ LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 23, 27 f.

⁸ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 34, 168.

⁹ S. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 11, 14, 15. Überraschenderweise taucht das Gutachten des Professors, dem die Strafkammer (S. 168) attestiert hat, „vordergründig die Rechtmäßigkeit der geübten Praxis“ zu bescheinigen, im Beschluss des 5. Strafsenats gar nicht auf.

¹⁰ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 9, 15.

¹¹ BT-Drs. 16/10609, S. 73. Zu Einzelheiten s. jurisPK-SGB V/Schneider, 2. Aufl. 2012, § 128 Rn. 1, sowie 3. Aufl. 2016, § 128 Rn. 1.

¹² BT-Drs. 17/6906, S. 85; BT-Drs. 17/8005, S. 119; Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/Nolte, Stand: August 2012, § 128 Rn. 10; Becker/Kingreen/Butzer, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 128 Rn. 20.

¹³ S. Flasbarth, KrV 2015, S. 148, 149 ff. Beachte auch Becker/Kingreen/Butzer, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 128 Rn. 5.

¹⁴ S. Ratzel, in: Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 6. Aufl. 2015, S. 74 Rn. 15, hinsichtlich § 128 Abs. 2 SGB V.

¹⁵ S. jurisPK-SGB V/Schneider, 2. Aufl. 2012, § 128 Rn. 19, sowie 3. Aufl. 2016, § 128 Rn. 19.

¹⁶ S. die Broschüren der Kassenärztlichen Bundesvereinigung „Richtig kooperieren“, 10/2016, S. 10; 12/2012, S. 7.

nehmen des Leistungserbringers verläuft, ist daher eine Rechtsfrage, die durch Auslegung der Vorschrift des § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V zu klären ist. Dabei ist zu berücksichtigen, ob und inwieweit der gesetzgeberische Wille im Wortlaut der Regelung seinen Niederschlag gefunden hat. Dass dies im Fall des § 128 Abs. 2 SGB V nicht so klar auf der Hand liegt, zeigt bereits die „Kleine Anfrage“ der Fraktion DIE LINKE zur Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen vom 8. August 2012.¹⁷

4. Vor diesem Hintergrund ist es irritierend und höchst bedenklich, wenn die Strafkammer und der 5. Strafsenat den „Tatumstand“ der fortlaufenden rechtlichen Beratung weder bei der Frage des Täuschungsvorsatzes noch des Schädigungsvorsatzes oder im Rahmen des nach der Rechtsprechung erforderlichen Vorsatzes hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils erörtert haben. Nach einer Prüfung dieser für den subjektiven Betrugstatbestand erforderlichen Voraussetzungen sucht man im umfangreichen Urteil der Strafkammer vergebens. Für das Tatgericht scheint zu genügen, dass die Angeklagten – entgegen ihrer Einlassung, sie seien aufgrund der rechtlichen Auskunft der Juristen von der Rechtmäßigkeit ausgegangen – nach Auffassung der Strafkammer die „Rechtswidrigkeit“¹⁸ des Beteiligungsmodells erkannt haben.¹⁹ Aufgrund welcher Ergebnisse der Hauptverhandlung sich die Kammer unter Wahrung des Zweifelssatzes über die Einlassung der Angeklagten hinweggesetzt und von deren Erkenntnis überzeugt hat (§ 261 StPO), ist allerdings nicht erkennbar.²⁰

a) Im Übrigen ist das den Angeklagten demnach nur unterstellte Vorstellungsbild für die Feststellung vorsätzlicher Begehung eines Betrugs gem. § 263 StGB nicht ausreichend. Vielmehr ist der durch das Gericht zu erbringende Nachweis erforderlich, dass der Lieferant sich bei Einreichung der Rechnungen vorstellte, der geltend gemachte Zahlungsanspruch gegenüber den Krankenkassen bestehe (möglicherweise) nicht, und dies, wie die ständige Rechtsprechung verlangt, „billigte“. Zu diesen Voraussetzungen enthält das tatgerichtliche Urteil keine Feststellungen. Dort liest man lediglich, der Angeklagte „erkannte, dass die vorgeschlagene Konstruktion hochwahrscheinlich gegen das gesetzliche Verbot verstieß“.²¹

Auf welcher Tatsachengrundlage dieses Erkennen beruht haben soll, ist nicht dargelegt.²² Nicht mehr nachvollziehbar und für die Prüfung des Vorsatzes unergiebig sind darüber hinaus die Erörterungen zu einer nach Ansicht der Strafkammer fehlenden „Gutgläubigkeit“!²³ Man kann nur ahnen, was das Gericht damit meinen mag. Vor allem aber fehlen die für den Nachweis des Täuschungsvorsatzes erforderlichen Feststellungen, ob und welche Schlussfolgerungen der Lieferant aus der (vom Gericht angenommenen) Vorstellung der „hochwahrscheinlichen“ Rechtswidrigkeit der Beteiligungs-konstruktion für die Abrechnung der Kontrastmittel bei den Krankenkassen gezogen hat. War ihm bewusst, mit der Abrechnung der Kontrastmittel zugleich wahrheitswidrig (konkludent) zu erklären, eine unzulässige Zuwendung an den Vertragsarzt liege nicht vor? Ist der Lieferant davon ausgegangen, deshalb keinen Zahlungsanspruch gegenüber den Krankenkassen für die von ihm auf der Grundlage der ärztlichen Verordnungen eingekauften und gelieferten Kontrastmittel gehabt zu haben? Hatte er die Vorstellung, die Krankenkassen zu schädigen und der erstrebte Vermögensvorteil sei rechtswidrig? Diese Fragen hätte die Strafkammer stellen und die zu ihrer Beantwortung notwendige Tatsachengrundlage aufklären müssen. Das hat sie nicht getan.

b) Eine eingehende Erörterung der Voraussetzungen des subjektiven Betrugstatbestandes war schon deshalb erforderlich, weil auch im „Tatzeitraum“ der Bezug von Kontrastmitteln durch Vertragsärzte in den Ländern unterschiedlich geregelt (gewesen) ist. So darf etwa in Bayern, wo es ebenfalls eine zum Firmengeflecht gehörende Gesellschaft gab, der Vertragsarzt die Kontrastmittel selbst einkaufen und bei den Krankenkassen zu einem vereinbarten Pauschalpreis abrechnen.²⁴ Der „Gewinn“ aus Mengenrabatten steht dem Vertragsarzt zu. Daher

kannte auch, dass ... die ... Konstruktion wahrscheinlich trotz der Beteuerungen (des Fachanwalts, A.S.) rechtswidrig war und fand sich wegen des erhofften eigenen finanziellen Vorteils damit ab.“

²² Wenn die Strafkammer ausführt, der angeklagte Lieferant habe hinsichtlich der ihm vorgeschlagenen Beteiligungs-konstruktion zunächst spontan entgegnet, „dass dies einem Arzt verboten sei“ (S. 34), so genügt eine solche Feststellung für den Nachweis des *Täuschungsvorsatzes* gegenüber den Krankenkassen nicht. Das gilt umso mehr, weil der Lieferant auf sein Bedenken hin von einem Fachanwalt(!) die anderslautende Auskunft erhalten hat. Vor dem Hintergrund, dass der Normzweck des § 128 SGB V selbst Kommentatoren als im Sozialrecht versierten Jurist(inn)en im „Tatzeitraum“ unklar ist (s. jurisPK-SGB V/Schneider, 2. Aufl. 2012, § 128 Rn. 7) zeugt die Aussage der Strafkammer (S. 197), „Man muss kein Jurist sein, um zu verstehen, welchen Sinn die Norm hat“, von einer fachlichen Uninformiertheit, wenn nicht sogar gefährlichen Naivität oder Hybris.

²³ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 194 f.

²⁴ S. Vereinbarung über die ärztliche Verordnung von Sprechstundenbedarf zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns und der AOK Bayern – Die Gesundheitskasse [...] vom 1. April 1999, Abschnitt II Nr. 5; Vereinbarung zur Abrechnung von Röntgen-, MRT- und Ultraschallkontrastmitteln (Abschnitt II. 5 der Vereinbarung über die ärztliche Verordnung von Sprechstundenbedarf) zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns und der AOK Bayern – Die Gesundheitskasse [...] vom 1. April 2010.

¹⁷ S. BT-Drs. 17/10440. Beachte auch jurisPK-SGB V/Schneider, 2. Aufl. 2012, § 128 Rn. 7, sowie 3. Aufl. 2016, § 128 Rn. 7, zum unklaren Normzweck des § 128 SGB V.

¹⁸ Zur offenen Frage der „Rechtswidrigkeit“ des Beteiligungsmodells s. unten III.

¹⁹ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 34, 35, 175, 197. Deutlich wird diese Sicht in den Ausführungen zum Vorsatz hinsichtlich der Irrtumserregung (S. 211): „Dass (die Angeklagten, A.S.) bezüglich des durch die Einreichung (der Rechnungen auf der Grundlage der Verordnungen, A.S.) verursachten Irrtums bei den Sachbearbeitern vorsätzlich handelten, ergibt sich zur Überzeugung der Kammer als weitere Folge aus ihrer Kenntnis über die objektive Rechtswidrigkeit der Verordnungen.“ Die Kenntnis über die objektive Rechtswidrigkeit der Verordnungen folgt für die Kammer wiederum aus der den Angeklagten zugeschriebenen Kenntnis der „Rechtswidrigkeit“ der Beteiligungs-konstruktion.

²⁰ A. A. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 34 ff.

²¹ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 34. Später (S. 197) heißt es: Der Angeklagte „er-

drängt sich der Gedanke auf: Hatten die angeklagten Nichtjuristen davon Kenntnis und, bejahendenfalls, was bedeutet das für den Nachweis eines Täuschungsvorsatzes gegenüber den Krankenkassen? Gleiches gilt hinsichtlich des Schädigungsvorsatzes; denn abgerechnet worden ist bei den Krankenkassen kein überhöhter, sondern der – vereinbarte – offizielle Herstellerabgabepreis.

c) Wenn der 5. Strafsenat hinsichtlich des für den Betrugstatbestand erforderlichen Täuschungsvorsatzes des Lieferanten ausführt „wusste er, dass aufgrund des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot die den Krankenkassen gegenüber geltend zu machenden Vergütungsansprüche tatsächlich nicht entstehen würden“,²⁵ dann ist das eine reine Wertung ohne Tatsachengrundlage. Feststellungen zu einem solchen Vorstellungsbild des Lieferanten enthält das Urteil der Strafkammer nicht. Selbst wenn man, wie es Tat- und Revisionsgericht tun, den auf Täuschung und Irrtum bezogenen Vorsatz bejaht, so folgt daraus nicht zwingend das Vorliegen der weiteren subjektiven Voraussetzungen eines Betrugs gem. § 263 StGB. Ebenso wenig überzeugt, wenn der Senat hinsichtlich eines Verbotsirrtums ausführt: „Rechtfehler (sic) nicht erkennen lässt ebenfalls, dass die Strafkammer ... die Schlussfolgerung gezogen hat, die Angeklagten hätten angesichts ihrer beruflichen Kenntnisse und Erfahrung trotz entsprechender Beschwichtigungen von Rechtsanwälten der H.-Gruppe Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der gesamten Konstruktion gehabt und nicht im Verbot-irrtum gehandelt.“²⁶ Denn auch die Vorstellung „alles sei in Ordnung“ kann zu einem Tatumstandsirrtum, § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB, und damit zum Ausschluss bereits des Vorsatzes führen.

Zwischenfazit: Mangels hinreichender Feststellungen zu einem Täuschungs- und Schädigungsvorsatz des Lieferanten sowie einer Kenntnis der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils und folglich zu einem entsprechenden Vorsatz des kaufmännischen Geschäftsführers der KGaA als Gehilfen wäre das landgerichtliche Urteil auf die Sachbeschwerde (Darstellungsrüge) hin aufzuheben gewesen.

d) Das Revisionsgericht übernimmt – wie es nach den Ausführungen im Beschluss scheint: frei von jeglichem Zweifel – die vom Tatgericht angenommene ‚Wahrheit‘, die sich hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes folgendermaßen zusammenfassen lässt: Die Angeklagten gingen von der Rechtswidrigkeit der von einem Juristen stammenden und von weiteren Juristen ihnen gegenüber als rechtmäßig erklärten Beteiligungskonstruktion aus. Eine solche Logik beruht auf zwei möglichen Denkgesetzen: Erstens, es handelt sich bei den angeklagten Nichtjuristen um juristische Genies, die, im Gegensatz zu den beratenden Fachjuristen, über ein Sonderwissen im Bereich der rechtlichen Beurteilung der Kooperation im Gesundheitswesen und möglichen strafrechtlichen Risiken verfügen. Oder zweitens: Die angeklagten Nichtjuristen und die beratenden Juristen haben es auf die „illegalen Gewinne“ abgesehen; sie stecken alle unter einer

²⁵ BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 14 a. E.

²⁶ BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 39.

muffigen Decke. Warum sitzen die Juristen als mögliche Beteiligte dann nicht mit im (untergehenden) Boot?

Aber handelt es sich um „illegale Gewinne“? Ist die Rechtswidrigkeit der Beteiligungskonstruktion tatsächlich so offensichtlich, wie Tat- und Revisionsgericht meinen, so dass sie diese Sicht den Angeklagten oktroyieren können? Eine nachvollziehbare Auslegung der fraglichen Vorschrift des § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V anhand der gängigen Gütekriterien (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck, Historie) liefern beide Gerichte nicht. Für sie steht fest, es handele sich um eine „illegale Umgehung des Verbots der Beteiligung eines Arztes an einem Pharmalieferanten“,²⁷ und die Abrechnung der Kontrastmittel bei den Krankenkassen stelle einen Betrug gem. § 263 StGB dar. Allerdings ist sowohl die Annahme eines Verstoßes gegen das sozialrechtliche Beteiligungsverbot gem. § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V als auch die Betrugsonstruktion, wie zu zeigen ist, gewichtigen rechtlichen Einwänden ausgesetzt.

III. Offene Rechtsfragen, die es zu klären gilt, und Zweifel, die zu berücksichtigen sind

1. Welche Beteiligungsform erfasst § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V?

Vertragsärzten ist es standes- und sozialrechtlich verboten, für ihre Verordnungstätigkeit vom Lieferanten „entlohnt“ zu werden.²⁸ Die einschlägige sozialrechtliche Regelung in § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V lautet: „Unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 sind auch ... Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen.“ Nach dem Wortlaut der Vorschrift setzen „Einkünfte“ als „unzulässige Zuwendung“ demnach voraus: (1) Ein Vertragsarzt muss an dem Unternehmen des Leistungserbringers beteiligt sein, und (2) er muss dieses Unternehmen maßgeblich durch sein Verordnungsverhalten beeinflussen.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Vertragsarzt seine Verordnungstätigkeit „grundsätzlich unbeeinflusst von eigenen finanziellen Interessen“ ausüben und nicht von der Ausstellung einer Verordnung, etwa durch Zuwendungen des Leistungserbringers, profitieren können.²⁹ Was allerdings unter „Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen des Leistungserbringers“ des seit 1. Januar 2012 ausdrücklichen Verbots in § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V zu verstehen ist, ist nach wie vor nicht geklärt.³⁰

²⁷ BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 15 a. E.

²⁸ S. jurisPK-SGB V/Schneider, 2. Aufl. 2012, § 128 Rn. 16, sowie 3. Aufl. 2016, § 128 Rn. 16.

²⁹ S. BT-Drs. 16/10609, S. 58; Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/Nolte, Stand: August 2012, § 128 Rn. 10; jurisPK-SGB V/Schneider, 2. Aufl. 2012, § 128 Rn. 34, sowie 3. Aufl. 2016, § 128 Rn. 36.

³⁰ S. Becker/Kingreen/Butzer, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 128 Rn. 20: „auslegungsmäßige Unsicherheiten“.

Die Strafkammer und der 5. Strafsenat erkennen eine „Beteiligung“ schon in der Stellung des Vertragsarztes als einzigen Kommanditaktionär der KGaA als Holding-Organisation. Der Umstand, dass vorliegend nicht der Vertragsarzt, sondern der – in die Ausstellung der Verordnungen nicht involvierte³¹ – kaufmännische Geschäftsführer der KGaA die am Unternehmen des Leistungserbringers beteiligte stille Gesellschaft gegründet und sich zu deren einzigen Geschäftsführer bestellt hat, ist nach Ansicht beider Strafgerichte unbedeutend. Im Ergebnis konstruieren sie über die Struktur der faktischen Holding-Organisation die „Beteiligung“ des Vertragsarztes am Unternehmen des Leistungserbringers.

Ob eine solche Auslegung mit dem Wortlaut „Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern“ vereinbar ist, wird nicht erörtert. Durchaus kann der Wortlaut als Grenze der zulässigen richterlichen Interpretation seinem Sinn nach so verstanden werden, dass nur die unmittelbare (gesellschaftsrechtliche) Beteiligung des Vertragsarztes erfasst ist. In diesen Fällen ist ebenfalls die vom Gesetz zusätzlich verlangte maßgebliche Beeinflussung des Unternehmens des Leistungserbringers durch das Ordnungsverhalten des Vertragsarztes denkbar. Die auf Nachfrage des Lieferanten gegebene Auskunft des spezialisierten Fachanwalts, die Beteiligungskonstruktion sei rechtmäßig, weil sich „kein Arzt an der P. GmbH (Unternehmen des Lieferanten, A.S.) beteilige und keine unzulässige Rückvergütung an eine natürliche Person erfolge“,³² ist daher nicht so faden-scheinig, wie es Strafkammer³³ und 5. Strafsenat³⁴ annehmen.

2. § 128 Abs. 3 SGB V als Sanktionsnorm

Ungeachtet der Frage, ob es sich entgegen der Ansicht von Tat- und Revisionsgericht vorliegend überhaupt um einen Verstoß gegen das sozialrechtliche Beteiligungsverbot gem. § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V handelt, hat der Bundesgesetzgeber für Verstöße dieser Art bereits eine Sanktion in § 128 Abs. 3 SGB V vorgesehen.³⁵ Demnach haben die Krankenkassen das Recht, Verstöße „angemessen“ zu ahnden (§ 128 Abs. 3 Satz 1 SGB V). Für den Fall schwerwiegender und wiederholter Verstöße können „Leistungserbringer für die Dauer von bis zu zwei Jahren von der Versorgung der Versicherten ausgeschlossen“ werden.

Verstöße gegen das sozialrechtliche Zuwendungs- und Beteiligungsverbot sind – wie der Blick in die Straf- und Bußgeldvorschriften (§§ 306-307b) im Elften Kapitel des SGB V zeigt – weder bußgeld- noch strafbewehrt. Deshalb hätten die Strafgerichte sich damit auseinandersetzen

³¹ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 106.

³² S. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 14.

³³ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 174: „vordergründige Alibi-Floskeln“.

³⁴ S. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 37, 39.

³⁵ Sie gilt nur für den Lieferanten als Leistungserbringer. Für Vertragsärzte ist die – zum 1. Januar 2012 in Kraft getretene – Vorschrift des § 128 Abs. 5a SGB V einschlägig.

zen müssen, ob die Sanktionsnorm des § 128 Abs. 3 SGB V abschließend ist. Für den Charakter einer abschließenden Sanktionsnorm spricht, dass die Ausgestaltung des rechtlichen Verhältnisses zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer sowohl in den Ländern als auch von Krankenkasse zu Krankenkasse divergiert (s. § 127 SGB V). Die zweifelhafte Konsequenz der von Strafkammer und 5. Senat verfolgten Betrugskonstruktion ist daher nicht nur, dass § 128 Abs. 2 SGB V – anders als im SGB V vorgesehen – strafrechtsbegründenden Charakter haben soll, sondern im Ergebnis führte dieser Weg zu einem unterschiedlichen Strafrecht im Bundesgebiet; eine Folge, die Sinn und Zweck der vom Bund wahrgenommenen Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 72 Abs. 1 GG) widerspricht.

3. Kritik an der Betrugskonstruktion

Tat- und Revisionsgericht bewerten die durch den Lieferanten vorgenommene Abrechnung der Kontrastmittel bei den Krankenkassen wegen des angenommenen Verstoßes gegen § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V als Betrug gem. § 263 StGB. Maßgeblich für die Täuschung sind für den 5. Strafsenat unter Berufung auf die Strafkammer „die durch die Vorschriften des SGB V geprägten normativen Erwartungen der jeweiligen Krankenkassenmitarbeiter.“ Danach enthalte die Einreichung von Verordnungen in Zusammenhang mit entsprechenden Rechnungen „regelmäßig die stillschweigende Erklärung, sie seien in geltend gemachter Höhe endgültig angefallen und nicht – wie hier – durch Kick-Back-Zahlungen an den verordnenden Arzt geschmälert...“³⁶

Lässt man die vagen Bezeichnungen „normative Erwartung“ und „Kick-Back-Zahlungen“ einmal beiseite, dann lautet die Ausgangsfrage für die hier zu prüfende Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugs: Hat der Lieferant mit Einreichung der Rechnungen samt Verordnungen einen Zahlungsanspruch gegenüber den Krankenkassen geltend gemacht, der ihm (in dieser Höhe) nicht zustand? Eingereicht worden sind Rechnungen für Kontrastmittel, die der Lieferant beim Hersteller eingekauft und samt Verordnungen bei den Krankenkassen abgerechnet hat. Es handelt sich also nicht um „Luftleistungen“.³⁷ Dass der Lieferant den Rechnungen nicht den tatsächlich gezahlten (mit dem Hersteller ausgehandel-

³⁶ S. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 45.

³⁷ Dem Vertragsarzt wird zwar vorgeworfen, bewusst „Übermengen“ verordnet zu haben, „um daraus ... illegalen Gewinn zu generieren“; s. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 33. Um die „Übermengen“ geht es der Strafkammer in diesem Zusammenhang jedoch nicht. Nur angemerkt sei, dass die Strafkammer in ihrer Entscheidung an verschiedenen Stellen ausführt, der Vertragsarzt habe von Anfang an geplant, „weit über das tatsächliche Maß hinausgehende Mengen an Kontrastmitteln zu verordnen“; s. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 37, 38, 157, 158. Auf welcher Tatsachengrundlage (Maßstab? Kalkulierender Prognoseplan?) der Arzt vorgegangen sein soll, ist allerdings nicht dargelegt. Insbesondere hat die Strafkammer bei ihrer Wertung geplanter Übermengen den von ihr selbst festgestellten Expansionskurs des „Imperiums“ (vgl. S. 9, 13 f.) unberücksichtigt gelassen.

ten) niedrigeren Einkaufspreis zugrundelegte, ist nach der Verkehrsanschauung für die Höhe des Erstattungsanspruchs ohne Belang.³⁸ Denn der „Rabatt-Betrag“ war – auch nach der Ansicht der Strafkammer und des 5. Strafsenats³⁹ – nicht an die Krankenkassen weiterzugeben. Mit anderen Worten: Auf den sich aus der Differenz zwischen Einkaufs- und abgerechneten Festpreis (offizieller Herstellerabgabepreis) ergebenden „Gewinn“ hatten die Krankenkassen keinen Anspruch. Selbst wenn man also die Weitergabe eines (Groß-)Teils dieses „Gewinns“ an die KGaA, deren Kommanditaktionär der Vertragsarzt ist, als Verstoß gegen daseteiligungsverbot gem. § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V beurteilen möchte, folgt daraus nicht automatisch ein Betrug gegenüber den Krankenkassen durch die Abrechnung der Kontrastmittel. Denn der vom Hersteller gewährte Nachlass stand den Krankenkassen (ebenfalls) nicht zu.⁴⁰

Darüber hinaus spricht gegen die Konstruktion eines Betrugs, dass dessen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Tathandlung (§ 8 Satz 1 StGB) vorliegen müssen. Die vom sozialrechtlichen Verbotstatbestand des § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V verlangten „Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen“, über die der Lieferant nach Ansicht der Gerichte getäuscht haben soll, können jedoch zum Zeitpunkt der für den Betrug maßgeblichen Tathandlung (Abrechnung der Kontrastmittel bei den Krankenkassen) der Natur der Sache nach beim Vertragsarzt noch nicht vorliegen. § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V fehlt also schon die Abrechnungsrelevanz.

4. Kritik an der Untreuekonstruktion des 5. Strafsenats

Die Strafkammer hat das Ausstellen der Sprechstundenbedarfs-Verordnungen durch den Vertragsarzt als mittä-

³⁸ S. BGH 5 StR 405/13 (= HRRS 2015 Nr. 156), Urteil vom 10. Dezember 2014, Rn. 17.

³⁹ S. LG Hamburg, Urteil vom 18. August 2016, Az.: 618 KLS 6/15, S. 19; BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 6.

⁴⁰ Zu einem Vermögensschaden der Krankenkassen trotz fehlenden Anspruchs auf den Nachlass gelangt die Strafkammer, und der 5. Strafsenat bestätigt diese Rechtsauffassung, durch eine „streng formale Betrachtungsweise“; s. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 51, 52. Zur Verfassungswidrigkeit einer rein juristischen Schadenslehre beim Betrug s. *Saliger* HRRS 2012, 363, 364 ff.

terschaftlichen Beitrag zum gemeinschaftlich mit dem Lieferanten begangenen Betrug gegenüber den Krankenkassen bewertet; §§ 263, 25 Abs. 2 StGB. Im Unterschied dazu erkennt der 5. Strafsenat im Ausstellen der Verordnungen eine Untreuehandlung gem. § 266 StGB des Vertragsarztes.⁴¹ Die dabei vom 5. Strafsenat unter Berufung auf eine ihrerseits fragwürdige Entscheidung des 4. Strafsenats aus dem Jahr 2016⁴² vorgenommene rechtliche Bewertung als Untreue, die voraussetzt, dass der Vertragsarzt gegenüber den Krankenkassen eine Vermögensbetreuungspflicht haben soll, sieht sich erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt,⁴³ und sie steht in Gegenposition zum sog. Vertragsarztbeschluss des Großen Senats für Strafsachen⁴⁴ aus dem Jahr 2012.⁴⁵

IV. Fazit

Der Beschluss des 5. Strafsenats, der die Verurteilung zu mehrjährigen Freiheitsstrafen bestätigt, beruht auf einem Verfahren, das mit dem Bericht der B-Zeitung über einen „Millionenbetrug gegenüber Krankenkassen“ seinen Anfang genommen hat. Es ist ein trauriges Beispiel für Meinungsmacht. Wer die Mühsal auf sich nimmt, das lange Urteil der Strafkammer sorgfältig zu lesen, und wer von der Notwendigkeit einer peniblen Sachverhaltsfeststellung und ihrer Trennung von (präjudizierenden) Wertungen überzeugt ist, und wer die Auslegung anhand der anerkannten Gütekriterien⁴⁶ (noch) schätzt, der wird über eine solche gerichtliche Entscheidung erschrocken sein. Das gilt umso mehr für den Beschluss des 5. Strafsenats als unerbittliches Ende dieses Strafverfahrens.

⁴¹ S. BGH 5 StR 46/17 (= HRRS 2017 Nr. 975), Beschluss vom 25. Juli 2017, Rn. 56 f.

⁴² BGH 4 StR 163/16 (= HRRS 2016 Nr. 974), Beschluss vom 16. August 2016.

⁴³ S. *T. Schneider* HRRS 2017, 231, 233 ff.

⁴⁴ BGH GSt 2/11 (= HRRS 2012 Nr. 612), Beschluss vom 29. März 2012.

⁴⁵ S. *Leimenstoll* MedR 2017, Heft 2, 96 ff.

⁴⁶ S. *Klaus F. Röhl*, Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, Grundlagen der Methodenlehre II, Rn. 19; <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/77-methodenlehre2> (27.10.2017).

§ 5 Nr. 10a StGB auf dem völkerrechtlichen Prüfstand

Von Marco Rehmet, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*

I. Einleitung

Im Rahmen einer unbefangenen Lektüre mag § 5 Nr. 10a StGB zunächst für Erstaunen sorgen, hebt sich die neue Vorschrift doch deutlich vom übrigen Regelungsspektrum des § 5 StGB ab; dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund der nahezu universellen Reichweite: Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben im Sinne der §§ 265c ff. StGB sind vom Geltungsbereich des deutschen Strafrechts umfasst, wenn sie im Ausland vorgenommen werden. Die einzige Einschränkung besteht darin, dass sich die Tat auf einen Wettbewerb beziehen muss, der im Inland stattfindet.

Diese Erweiterung des Katalogs von § 5 StGB ist ausweislich der Gesetzesbegründung dem frühen Vollendungsstadium der §§ 265c ff. StGB geschuldet.¹ Für die Tatbestandsverwirklichung dieser abstrakten Gefährungsdelikte ist es weder erforderlich, dass die erkaufte Manipulationshandlung tatsächlich ausgeführt wird, noch dass es zu einer Wettsetzung kommt.² Trotz des Bezugs zu einem im Inland stattfindenden Wettbewerb, wird durch die im Ausland vorgenommene Tathandlung kein inländischer Tatort im Sinne der §§ 3, 9 StGB begründet.³ Die Ausdehnung nationaler Strafgewalt könnte insofern nur über § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfolgen. Diese Vorschrift macht die Geltung des deutschen Strafrechts jedoch von der *lex loci* abhängig und ist auf deutsche Staatsangehörige bzw. Täter beschränkt, die es nach der Tat geworden sind. Damit seien Umgehungsversuche durch Auslandsflucht und Strafbarkeitslücken vorprogrammiert.⁴ Diese Unsi-

cherheit soll § 5 Nr. 10a StGB beheben: Die Regelung entbehrt die *lex loci* und erfasst jeden Täter, gleichgültig welcher Staatsangehörigkeit er ist.

An dieser Stelle sei bereits so viel vorweggenommen: Der Strafgesetzgeber hat bei der Ausgestaltung seines Strafanwendungsrechts nicht freie Hand. Jede Geltungsbereichsnorm – und damit auch § 5 Nr. 10a StGB – muss durch ein völkerrechtlich anerkanntes Geltungsprinzip gedeckt sein. Ob dies auf § 5 Nr. 10a StGB zutrifft, ob die *prima facie* universelle Reichweite jener Vorschrift tatsächlich gegeben ist und ob sie damit letztlich den Zielen des Strafgesetzgebers gerecht wird, ist Gegenstand dieses Beitrags.

Die neuen Straftatbestände zum Schutz des Sports fanden bisher zwar Aufmerksamkeit⁵, jedoch wurde es mit der Erweiterung des § 5 StGB bisweilen allenfalls bei einer kurzen Bemerkung belassen⁶. Insofern trifft *Jeßbergers* Warnruf zu, dass den Geltungsbereichsnormen vor schnell völkerrechtliche Unbedenklichkeit attestiert wird.⁷ In diesem Sinne soll der hier vorgelegte Beitrag zugleich dem Warnruf *Jeßbergers* Folge leisten.

Dabei wird zunächst – in der hier gebotenen Kürze – auf die Grundlagen des Strafanwendungsrechts eingegangen, um insbesondere die Anforderungen herauszuarbeiten, denen eine völkerrechtskonforme Geltungsbereichsnorm gerecht werden muss (hierzu **II.**). Anschließend wird geprüft, ob § 5 Nr. 10a StGB eben jenen Anforderungen entspricht, indem der legitimierende Anknüpfungspunkt in dieser Vorschrift gesucht wird (hierzu **III.**). Zuletzt ist zu klären, wie zukünftig eine völkerrechtskonforme Ausrichtung jener Vorschrift erreicht werden kann (hierzu **IV.**).

II. Strafanwendungsrecht in seinen wesentlichen Grundzügen

Das – in den §§ 3 ff. StGB normierte – Strafanwendungsrecht regelt den sachlichen Geltungsbereich des deut-

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und studentischer Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Herzlicher Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Jörg Arnold und Herrn Dr. Oliver Harry Gerson für wertvolle, anregende Kritik und Unterstützung.

¹ BT-Drs. 18/8831, 14.

² BT-Drs. 18/8831, 16.

³ Ein solcher Tatort ließe sich allenfalls über ein extensives Verständnis des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB begründen, indem der Erfolgsort der abstrakten Gefährungsdelikte – hier der §§ 265c ff. StGB – an jedem Ort zu sehen ist, an dem sich die abstrakte Gefahr realisieren, d.h. in eine konkrete Gefahr umschlagen könnte, vgl. hierzu grundlegend Hecker ZStW 115, 880, 886; Heinrich GA 1999, 72, 77; ders., in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 91, 103 ff.; OLG Köln NJW 1968, 954; Beisel/Heinrich JR 1996, 95, 96; Löhnig JR 1997, 496 ff.

⁴ So BT-Drs. 18/8831, 14.

⁵ Vgl. u.a. Krack ZIS 2016, 540 ff.; Rübenthal JR 2017, 264 ff., 333 ff.; Bohn KriPoZ 2017, 88 ff.; Reinhard SpuRt 2016, 235 ff.; Satzger Jura 2016, 1142 ff.; Löffelmann Recht und Politik 2/2016, 1 ff., abrufbar unter: <http://www.rechtspolitik.de/wp-content/uploads/2016/02/Ausgabe-vom-22.-Februar-2016-Strafbarkeit-des-Sportwettbetrugs-PDF-Download.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.09.2017).

⁶ So z.B. Krack ZIS 2016, 540, 549 f.

⁷ Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 221.

schen Strafrechts.⁸ Zu diesem Regelungsspektrum gehört der transnationale Geltungsbereich, d.h. die „[...] Gesamtheit aller Sachverhalte mit Auslandsberührung [...]“⁹. Ein Spezifikum dieser Auslandsberührung und damit diesen Geltungsbereich prägend, ist der Umstand, dass mindestens zwei Staaten beteiligt sind: Einerseits der Staat, der Strafgewalt beansprucht und andererseits der Staat, der hierdurch betroffen ist, sei es in personaler oder territorialer Hinsicht. Damit konfliktieren zugleich mindestens zwei Rechts- und Interessenssphären. Diesen Konflikt gilt es durch das Völkerrecht zu lösen, regelt jenes doch als Rechtsordnung die Beziehungen zwischen den Völkerrechtssubjekten.¹⁰

Den völkerrechtlichen Ausgangspunkt bildet die Staaten-souveränität. „Wer unabhängig vom Willen anderer allein nach seinem eigenen Willen entscheiden kann [...]“¹¹, ist souverän. Unabhängigkeit, d.h. *de iure* die Entscheidungsmacht eines Staates über seine inneren und äußeren Angelegenheiten¹², ist der Souveränitätskern und Schutzgegenstand des sog. Nichteinmischungsgrundsatzes.¹³ Dieser Nichteinmischungsgrundsatz wird durch das Erfordernis des legitimierenden Anknüpfungspunktes¹⁴ konkretisiert.¹⁵ Dieser wiederum besagt, dass „zwischen dem normierenden Staat und dem von ihm normierten Auslandssachverhalt eine ‚echte Verknüpfung‘ bestehen [muss]“¹⁶. Wann im Sinne dieses Erfordernisses eine Verknüpfung legitim bzw. echt ist, ergibt sich inhaltlich aus den völkerrechtlichen Geltungsprinzipien.¹⁷ Im Ergebnis muss eine nationale Geltungsbereichsnorm – um im Einklang mit dem Völkerrecht zu stehen – durch ein anerkanntes Geltungsprinzip gedeckt sein.

⁸ Jeßberger a.a.O. (Fn. 7), S. 24.

⁹ Jeßberger a.a.O. (Fn. 7), S. 19; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. (2014), Vorbem. §§ 3–9 Rn. 6.

¹⁰ Roegele, Deutscher Strafrechtsimperialismus, 2014, S. 24.

¹¹ Stein/Buttlar, Völkerrecht, 11. Aufl. (2005), Rn. 510.

¹² Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl. (1989), § 23 II 1.

¹³ Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. (1984), § 490.

¹⁴ Auch geläufig als sog. *genuine-link*-Erfordernis.

¹⁵ Vgl. Ziegenhain, Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses, 1992, S. 46.

¹⁶ Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. (2014), § 5 Rn. 71. Darüber hinaus ist in konstruktiver Hinsicht das Verhältnis von Völkerrecht und nationaler Rechtssetzungsbefugnis strittig, namentlich ob entweder *alles erlaubt, was nicht verboten* ist, vgl. zu dieser Lehre vom sinnvollen Anknüpfungspunkt etwa Conrad, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilfe- und Strafanwendungsrecht, 2013, S. 249, 253; Henrich, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1994, S. 16; Ziegenhain, Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses, 1992, S. 30; Ipsen a.a.O. (Fn. 16), § 5 Rn. 70 ff. oder *alles verboten, was nicht erlaubt* ist, so die Lehre von der völkerrechtlichen Erlaubnisnorm, vgl. u.a. Weiß JZ 2002, 696, 701; Ambos, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (2017), Bd. 1, Vor § 3 Rn. 12; Rosswog, Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalitätsgrundsatzes mit dem Völkerrecht, S. 37; Roegele a.a.O. (Fn. 10), S. 55.

¹⁷ Territorialitätsprinzip, Flaggenprinzip etc.; Vgl. zu dieser „inhaltlichen Ausgestaltung“ Roegele a.a.O. (Fn. 10), S. 60, 63.

III. Völkerrechtliche Legitimation des § 5 Nr. 10a StGB

Die soeben getroffenen Feststellungen bedeuten für das weitere Vorgehen, dass § 5 Nr. 10a StGB dahingehend untersucht werden muss, ob die Regelung durch ein völkerrechtliches Geltungsprinzip gedeckt ist.

1. Die Suche nach dem Geltungsprinzip – Ausgang: § 5 StGB

Aufschlussreich könnte zunächst eine *normimmanente* Herangehensweise sein. Ein Hinweis auf das in § 5 Nr. 10a StGB realisierte Geltungsprinzip könnte sich aus der Norm ergeben, in die jene Vorschrift eingebettet ist, mithin aus § 5 StGB. Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung seines Strafwendungsrechts insofern Freiheit genießt, als er sich den Geltungsprinzipien nicht nur bedienen kann, sondern auch gewisse Kombinations- und Modifikationsmöglichkeiten besitzt.¹⁸ In diesem Kontext kann § 5 StGB nicht auf ein einziges Geltungsprinzip reduziert werden, vielmehr beinhaltet die Vorschrift unterschiedliche Anknüpfungspunkte. Ganz überwiegend wird dennoch in ihr die Realisierung des völkerrechtlich anerkannten¹⁹ Schutzprinzips in Form des sog. *Realprinzips* (Staatschutzprinzip) gesehen.²⁰

a) Realprinzip im engeren Sinne

Hinsichtlich Inhalt und Reichweite des Realprinzips besteht Einigkeit darüber, dass das sog. *Realprinzip im engeren Sinne*²¹ tauglicher Regulationsgegenstand sein kann.²² Dabei geht es um den Schutz staatlicher Kerninteressen, namentlich des staatlichen Bestands, seiner territorialen Integrität und Sicherheit sowie seiner politischen Unabhängigkeit.²³ Sportwettbetrug und die Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe schützen die Integrität des Sports sowie die Vermögensinteressen.²⁴ Im Falle der Tatbestandsverwirklichung der §§ 265c ff. StGB, d.h. der abstrakten Gefährdung jener Rechtsgüter, werden staatliche Kerninteressen freilich in keinerlei Weise beeinträchtigt. Wie die Vergangenheit lehrt²⁵, kann

¹⁸ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2016), § 4 Rn. 2.

¹⁹ Vgl. Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. (2014), § 3 Rn. 68 m.w.N.

²⁰ Vgl. etwa Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. (2017), Bd. 1, Vor §§ 3 ff. Rn. 19 a.E.; Safferling, Internationales Strafrecht, (2011), § 3 Rn. 43; Ambos a.a.O. (Fn. 19), § 3 Rn. 75. Terminologie nach Ambos a.a.O. (Fn. 19), § 3 Rn. 69.

²¹ Vgl. u.a. Scholten, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB, 1995, S. 40; Ambos a.a.O. (Fn. 19), § 3 Rn. 69; Epping RiW 1991, 461, 466; Pottmeyer NSTz 1992, 57, 59; Zieher, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, 1977, S. 78; Verdross/Simma a.a.O. (Fn. 13), § 1183 f.; BVerfGE 92, 277, 321.

²² Vgl. die übersichtliche Darstellung bei Jeßberger a.a.O. (Fn. 7), S. 256.

²³ Vgl. BT-Drs. 18/8831, 11.

²⁴ Vgl. etwa den „Fall-Hoyzer“, Darstellung bei Bösing, Manipulation im Sport und staatliche Sanktionsmöglichkeiten. Zur Notwendigkeit eines neuen Straftatbestandes gegen Bestechlichkeit und Bestechung im Sport, 2014, S. 25 f.

trotz eines Sportwettbetrugs der Bestand des Staates weiterhin gedeihen.

Dies führt zu der Problematik, inwieweit das Realprinzip Rechtsgüter über den engeren Sinn hinaus erfasst, mit anderen Worten wo die völkerrechtlichen Grenzen verlaufen.

b) Grenze des Realprinzips

Dieser Grenzverlauf könnte im Zweck des Staatsschutzprinzips gesucht werden.²⁶ Entscheidend ist dafür zunächst der Souveränitätsbezug der Tat. Wie oben bereits angesprochen konkretisieren die Geltungsprinzipien das Erfordernis des legitimierenden Anknüpfungspunktes. Dieses Erfordernis ist wiederum selbst eine Konkretisierung des völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatzes. Dieser Grundsatz entspringt wiederum der Staatssouveränität und schützt diese zugleich. Im Ergebnis schützen damit die Geltungsprinzipien – wenn auch im entfernteren Sinne – die Staatssouveränität.²⁷ Dieser Souveränitätsbezug liegt beim Realprinzip in der Gefährdung bzw. Verletzung des Staates.²⁸ Der im Rahmen des Realprinzips abzuwehrende Angriff muss sich daher unmittelbar gegen den Staat richten.²⁹ Damit steht zugleich fest, dass das Staatsschutzprinzip ausschließlich Allgemeinrechtsgüter zu schützen vermag³⁰ und kein Instrument zur Durchsetzung beliebiger kriminalpolitischer Vorstellungen des Strafgewaltstaates sein kann³¹.

Wie wirkt sich dies auf § 5 Nr. 10a StGB aus? Bei dem geschützten Vermögensinteresse handelt es sich um ein Individualrechtsgut. Dieses ist dem Staatsschutzprinzip entzogen. Die geschützte Integrität des Sports ist demgegenüber zwar allgemein, müsste aber auch Rechtsgutsqualität aufweisen. Dies erscheint äußerst fragwürdig. Bei der Integrität des Sports stehen die Unverfälschtheit und Authentizität sportlicher Wettbewerbe im Mittelpunkt; es geht um sportliche Werte wie Leistungsbereitschaft, Fairness und Teamgeist.³² Sollen diese Werte mit dem Instrument des Strafrechts durchgesetzt werden, müsste dies konsequenterweise im Lichte der Wertvermittlung auch für andere Verhaltensweisen gelten, wie etwa durch die Pönalisierung von lautem Musikhören in der Straßenbahn oder des Ausspuckens in der Öffentlichkeit. Damit würde aber weder dem Strafrecht als *ultima ratio*, noch seinem Stellenwert als „schärfstes Schwert des Staates“ entsprochen.³³ Vielmehr würde Strafrecht zu einem *probaten Mittel zur Volkserziehung*³⁴ umgestaltet und

Allzweckwaffe gegen alles Störende^{35,36} Im Ergebnis stellt die Integrität des Sports damit kein taugliches (Allgemein-)Rechtsgut dar und kann mithin nicht Regelungsgegenstand des Staatsschutzprinzips sein.³⁷

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass § 5 Nr. 10a StGB nicht durch das Realprinzip gedeckt werden kann.

2. Völkerrechtsverträge als Legitimationsgrundlage („Vertragsprinzip“)

Über die herkömmlichen Geltungsprinzipien hinaus, kann die Ausdehnung nationaler Strafgewalt auch auf zwischenstaatlichen Vereinbarungen beruhen.³⁸ § 5 Nr. 10a StGB sieht ausweislich seines Wortlauts eine solche Vereinbarung zwar nicht ausdrücklich vor, jedoch sind die neuen Straftatbestände zum Schutz des Sports und die damit einhergehende strafanwendungsrechtliche Regelung nicht nur eine Reaktion auf die in der 5. UNESCO-Weltkonferenz der Sportminister (MINEPS V) im Mai 2013 verabschiedeten Berliner Erklärung, sondern auch eine Reaktion auf die Vorgaben des von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichneten *Übereinkommens des Europarats über die Manipulation von Sportwettbewerben* (folgend als ÜEMS bezeichnet).³⁹ Insoweit könnte die neue strafanwendungsrechtliche Regelung als „strafrechtliche Flankierung“ eben jenes Übereinkommens völkerrechtlich legitimiert werden.⁴⁰ So heißt es auch in der Gesetzesbegründung, dass „angesichts der globalen Dimensionen von Manipulation im Sport [...] ein abgestimmtes Vorgehen der Staatengemeinschaft sinnvoll [ist]“⁴¹. Klärungsbedürftig ist allerdings, was dies für die Reichweite des § 5 Nr. 10a StGB bedeutet.

a) Übereinkommen des Europarats über die Manipulation von Sportwettbewerben

Indem zwischenstaatliche Abkommen Regelungen über den Geltungsbereich treffen, wird zumeist das Ziel verfolgt, bei der „Bekämpfung“ bestimmter Straftaten eine

²⁶ So *Jeßberger* a.a.O. (Fn. 7), S. 257; wohl auch *Roegele* a.a.O. (Fn. 10), S. 84.

²⁷ Vgl. zum Ganzen *Roegele* a.a.O. (Fn. 10), S. 63.

²⁸ *Roegele* a.a.O. (Fn. 10), S. 84.

²⁹ Vgl. *Jeßberger* a.a.O. (Fn. 7), S. 257.

³⁰ *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (1983), Rn. 586; ferner *Böse* a.a.O. (Fn. 20), Vor §§ 3 ff. Rn. 19.

³¹ So *Jeßberger* a.a.O. (Fn. 7), S. 257 (Fn. 217); ebenfalls *Oehler* a.a.O. (Fn. 30), Rn. 126; *Roegele* a.a.O. (Fn. 10), S. 83; ferner *Ambos* a.a.O. (Fn. 19), § 3 Rn. 79; vgl. auch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. (2017), § 5 Rn. 1 a.E. sowie *Kolbe*, Strafprozessuale Aspekte der Dopingverfolgung, 2012, S. 90.

³² BT-Drs. 18/8831, 10.

³³ Vgl. zum Ganzen *Satzger* Jura 2016, 1142, 1152.

³⁴ So *Satzger* Jura 2016, 1142, 1152.

³⁵ *Satzger*, Jura 2016, 1142, 1152.

³⁶ Ebenfalls kritisch *Krack* ZIS 2016, 540, 544.

³⁷ Eine mögliche Kombination mit Personalitätsgrundsätzen scheidet darüber hinaus bereits deshalb aus, da § 5 Nr. 10a StGB keinerlei personale Aussagen trifft. Mangels Kategorisierung als Weltrechtsdelikte scheidet auch das Weltrechtspflegeprinzip aus, ungeachtet dessen, dass § 5 Nr. 10a StGB ansonsten auch systematisch fehlplatziert wäre.

³⁸ Vgl. etwa *Böse* a.a.O. (Fn. 20), Vor §§ 3 ff. Rn. 31; *Eser* a.a.O. (Fn. 9), Vorbem. §§ 3–9 Rn. 22; *Jeßberger* a.a.O. (Fn. 7), S. 286 ff.; *Roegele* a.a.O. (Fn. 10), S. 30; *Ambos* a.a.O. (Fn. 19), § 3 Rn. 79 a.E.

³⁹ Vgl. BT-Drs. 18/8831, S. 12. Abrufbar ist die deutsche Version des Übereinkommens unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-86-DE-F1-1-ANNEX-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 16.09.2017); zur Unterzeichnung Deutschlands vgl. unter: https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/GER?p_auth=9wD13E9Y (zuletzt abgerufen am 22.09.2017).

⁴⁰ So *Böse* a.a.O. (Fn. 20), § 5 Rn. 23 zu § 5 Nr. 6 lit. b StGB als strafrechtliche Flankierung des Haager Kindesentführungsübereinkommens.

⁴¹ BT-Drs. 18/8831, 12.

gemeinsame internationale Grundlage zu schaffen.⁴² Dies geschieht zumeist durch eine sog. *Pflichtentrias*⁴³: Den beteiligten Staaten wird auferlegt, das zu „bekämpfende“ Verhalten in ihrem innerstaatlichen Recht zu pönalisieren, in bestimmten Fällen Strafgewalt über jene Taten auszuüben und sich zur engen Zusammenarbeit zu verpflichten. Dabei ist zu beachten, dass den beitretenden Staat eine konkrete Umsetzungspflicht trifft.⁴⁴

Nach Artikel 15 Ziff. 1 ÜEMS hat jede Vertragspartei zunächst sicherzustellen, „[...] dass in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften die Möglichkeit strafrechtlicher Sanktion für die Manipulation von Sportwettbewerben vorgesehen ist, wenn diese entweder mit Nötigung, mit Korruption oder mit Betrug im Sinne ihres innerstaatlichen Rechts einhergeht“. Dieser Vorgabe kommen die §§ 265c ff. StGB nach.

Von größerer Relevanz sind jedoch die völkervertraglichen Regelungen, die die zwischenstaatliche Strafgewalt betreffen. In diesem Sinne sieht Artikel 19 Ziff. 1 ÜEMS eine *Strafgewalterstreckungspflicht* vor: „Jede Vertragspartei trifft die gegebenenfalls erforderlichen gesetzgeberischen oder anderen Maßnahmen, um ihre Gerichtsbarkeit über die in den Artikeln 15 bis 17 dieses Übereinkommens genannten Straftaten zu begründen, wenn die Straftat wie folgt begangen wird: (a) in ihrem Hoheitsgebiet oder (b) an Bord eines Schiffes unter ihrer Flagge oder (c) an Bord eines Luftfahrzeugs, das nach ihrem Recht eingetragen ist oder (d) von einem ihrer Staatsangehörigen oder einer Person, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet hat“. Gerichtsbarkeit meint in diesem Sinne nicht nur die Rechtsprechungsgewalt, sondern die Festlegung der Reichweite staatlicher Strafgewalt.⁴⁵ Während die §§ 3, 4 StGB dem Artikel 19 Ziff. 1 lit. a – c ÜEMS gerecht werden, besteht bezüglich Artikel 19 Ziff. 1 lit. d ÜEMS die bereits eingangs angesprochene Problematik der mit der *lex loci* verbundenen Unsicherheit, die § 5 Nr. 10a StGB zu beheben versucht. Die Existenz dieser Geltungsbereichsnorm kann vor diesem Hintergrund nur damit erklärt werden, dass Artikel 19 Ziff. 1 lit. d ÜEMS erschöpfend Rechnung getragen werden soll.

Daneben sieht Artikel 19 Ziff. 5 ÜEMS eine *Öffnungsklausel* vor, wonach das Übereinkommen unbeschadet der allgemeinen Regeln des Völkerrechts die Ausübung einer Strafgerichtsbarkeit durch eine Vertragspartei nach ihrem innerstaatlichen Recht nicht ausschließt. Damit besteht die Möglichkeit, über den umzusetzenden Mindeststandard des Artikel 19 Ziff. 1 ÜEMS hinausgehende Regelungen zu treffen, sofern diese im Einklang mit dem Völkerrecht stehen.

b) Auswirkungen auf § 5 Nr. 10a StGB

Was sagt dies nun *in concreto* über die Reichweite des § 5 Nr. 10a StGB aus? Zunächst ist sich zu vergegenwärtigen, dass der Grund, warum mit der Ausübung extraterritorialer Strafgewalt der Nichteinmischungsgrundsatz

nicht verletzt ist, darin besteht, dass der in seiner Gebietshoheit betroffene Vertragsstaat eben jener Ausübung vertraglich zugestimmt hat.⁴⁶ Immerhin hat er die gleiche Möglichkeit. Damit ist zugleich darüber entschieden, wem gegenüber extraterritoriale Strafgewalt gerechtfertigt werden kann, nämlich nur gegenüber den Vertragsparteien der zwischenstaatlichen Vereinbarung. Die Vereinbarung wirkt gem. Art. 34 WVRK nur *inter partes*. Von den völkervertraglichen Rechten und Pflichten werden Drittstaaten nicht betroffen: *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.⁴⁷ Damit gelten die Geltungsbereichs- und Kompetenzregelungen, die das Übereinkommen des Europarats über die Manipulation von Sportwettbewerben vermittelt, nur zwischen den Vertragsstaaten. Dies ist die erste Einschränkung der Reichweite des § 5 Nr. 10a StGB.

Die zweite Einschränkung besteht darin, dass sich die Ausdehnung von Strafgewalt auf Grundlage eines Geltungsprinzips von jener auf Grundlage einer zwischenstaatlichen Vereinbarung unterscheidet: Dieser Unterschied besteht zum einen in der eben angesprochenen Wirkung *inter partes* und zum anderen in der Bindung an die konkreten völkervertraglichen Vorgaben.⁴⁸ § 5 Nr. 10a StGB kann mit anderen Worten nicht weiter reichen, als es das Übereinkommen bestimmt. Vor dem Hintergrund des Mindeststandards des Artikel 19 Ziff. 1 lit. d ÜEMS kann § 5 Nr. 10a StGB damit zunächst nur Auslandsstaten von deutschen Staatsangehörigen und Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, erfassen. Alles, was § 5 Nr. 10a StGB darüber hinaus einbezieht (etwa die Auslandsstat durch Ausländer), kann allenfalls auf die Öffnungsklausel des Artikel 19 Ziff. 5 ÜEMS gestützt werden und dürfte insoweit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht zuwiderlaufen. Eine solche allgemeine Regel ist der völkerrechtliche Nichteinmischungsgrundsatz.⁴⁹ Im Ergebnis müsste § 5 Nr. 10a StGB also dann, wenn sein Ursprung aus der Öffnungsklausel resultiert, durch ein völkerrechtliches Geltungsprinzip gedeckt sein. Außer dem Realprinzip, das – wie oben festgestellt – § 5 Nr. 10a StGB zu legitimieren nicht im Stande ist, kommen weitere Geltungsprinzipien nicht in Betracht. Die Reichweite des § 5 Nr. 10a StGB erfährt infolgedessen eine zweite Einschränkung dadurch, dass sie ausschließlich Staatsangehörige und Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, erfasst. Extraterritoriale Strafgewalt, die hierüber hinausgeht, ist völkerrechtlich nicht legitim.

Abschließend sei noch auf Folgendes hingewiesen. Ausweislich der Schlussbestimmungen des Übereinkommens bedarf es für dessen Inkrafttreten fünf Unterzeichner, darunter mindestens drei Mitgliedstaaten des Europarats (Artikel 32 Ziff. 4 ÜEMS). Erforderlich ist die Ratifikation, Annahme oder Genehmigung (Artikel 32 Ziff. 3 ÜEMS). Nach heutigem Stand – 08. Dezember 2017 – haben bislang Portugal, Norwegen und die Ukraine jenes Übereinkommen ratifiziert.⁵⁰ Damit ist das Überein-

⁴² Werle/Jefßberger, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. (2007), Bd. 1, Vor § 3 Rn. 51.

⁴³ Terminologie nach Jefßberger a.a.O. (Fn. 7), S. 165.

⁴⁴ Jefßberger a.a.O. (Fn. 7), S. 166.

⁴⁵ Vgl. zu diesem synonymen Verständnis Jefßberger a.a.O. (Fn. 7), S. 167.

⁴⁶ Böse a.a.O. (Fn. 20), Vor §§ 3 ff. Rn. 31 m.w.N.

⁴⁷ Herdegen, Völkerrecht, 15. Aufl. (2016), § 15 Rn. 19.

⁴⁸ Vgl. Jefßberger a.a.O. (Fn. 7), S. 286 ff.; Roegele a.a.O. (Fn. 10), S. 171.

⁴⁹ Vgl. Jefßberger a.a.O. (Fn. 7), S. 215 m.w.N.

⁵⁰ Vgl. den Unterschriften- und Ratifikationsstand, abrufbar unter: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/>

kommen noch nicht in Kraft getreten. Ihm kommt (noch) keine bindende Wirkung oder Erfüllungspflicht nach Treu und Glauben zu.⁵¹ Wenn das Übereinkommen angesichts dessen noch keine Rechtswirkungen entfalten kann, liegt es nahe, dass es ebenso wenig eine Legitimationswirkung für die Ausübung extraterritorialer Straf Gewalt bereithält.

Es ist damit festzuhalten, dass die Reichweite des § 5 Nr. 10a StGB auf die Erfassung von Auslandstaten deutscher Staatsangehöriger und Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, begrenzt ist und zwar nur gegenüber den Vertragsparteien des Übereinkommens. Mangels Inkrafttretens vermittelt besagtes Übereinkommen zum jetzigen Zeitpunkt allerdings noch keine Legitimationswirkung.

IV. Der Weg zur Völkerrechtskonformität

Am Ende sei noch geklärt, wie die völkerrechtskonforme Ausrichtung des § 5 Nr. 10a StGB zukünftig erreicht werden könnte.

1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund: Art. 25 GG und „Anwendungssperre“

Es wurde oben bereits festgestellt, dass der völkerrechtliche Nichteinmischungsgrundsatz eine allgemeine Regel des Völkerrechts ist. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind gem. Art. 25 S. 1 GG Bestandteil des Bundesrechts. Lässt sich § 5 Nr. 10a StGB also nicht durch ein völkerrechtliches Geltungsprinzip decken, wird der völkerrechtliche Nichteinmischungsgrundsatz und damit eine allgemeine Regel des Völkerrechts verletzt. Nach Art. 25 S. 2 GG gehen diese allgemeinen Regeln den Gesetzen vor, mithin auch den Geltungsbereichsnormen; sie haben diesen Normen gegenüber Anwendungsvorrang.⁵² Im Falle eines Widerspruchs der einfachgesetzlichen Regelung mit einer allgemeinen Regel des Völkerrechts ist somit Letztere maßgebend und verdrängt innerdeutsches Recht.⁵³ § 5 Nr. 10a StGB ist damit nicht etwa verfassungswidrig oder nichtig.⁵⁴ Vielmehr hat dies zur Konsequenz, dass der Nichteinmischungsgrundsatz als sog. *Anwendungssperre* fungiert: Der Anwendungsbereich der strafanwendungsrechtlichen Regelung wird um den Teil gekürzt, der nach den völkerrechtlichen Vorgaben unzulässig ist.⁵⁵ Ist § 5 Nr. 10a StGB – wie zum jetzigen Zeitpunkt des noch nicht in Kraft getretenen Übereinkommens – in seiner Gesamtheit nicht mit den völkerrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen, kann er konsequenterweise auch gar nicht erst angewendet werden.

2. Konsequenz für den Rechtsanwender

Wenn sich die Verletzung des Nichteinmischungsgrundsatzes auf den Anwendungsbereich des § 5 Nr. 10a StGB auswirkt, wird vor allem derjenige zur völkerrechtskonformen Ausrichtung berufen sein, der die Norm *anwendet*, insbesondere also die Strafverfolgungsbehörden als Rechtsanwender. Anknüpfungspunkt kann hier § 153c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO sein.⁵⁶ Im Rahmen dieser Opportunitätsvorschrift *kann* die Staatsanwaltschaft von der Strafverfolgung bei Auslandstaten absehen; sie entscheidet nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Hierbei können nicht nur völkerrechtliche Vorgaben beachtet werden⁵⁷, vielmehr kommt eine Ermessensreduktion in Betracht.⁵⁸ Der BGH stellte hierzu fest, dass das Verfolgungsermessen (auch) Raum für die Rücksichtnahme auf nationale Interessen des Auslands lasse.⁵⁹ Vor diesem Hintergrund kann eine Ermessensreduktion von der Warte des Art. 25 GG aus bei Sachverhalten angenommen werden, in denen die Anwendung der Geltungsbereichsnorm zu Ergebnissen führen würde, die mit den völkerrechtlichen Vorgaben nicht im Einklang stehen, etwa weil mit der Anwendung der Nichteinmischungsgrundsatz und damit die Interessen des Auslands verletzt würden.⁶⁰

Ferner sind auch Auswirkungen auf die Revisibilität denkbar. Eine Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 337 Abs. 1 StPO). Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 337 Abs. 2 StPO). Gesetz in diesem Sinne ist jede Rechtsnorm (§ 7 EGStPO). Hierzu gehören auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts.⁶¹ Urteile, die auf § 5 Nr. 10a StGB beruhen, könnten angesichts dessen mit der Verletzung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts in Form des Nichteinmischungsgrundsatzes gerügt werden.

V. Fazit

Jeßbergers Warnruf der vorschnellen Attestierung völkerrechtlicher Unbedenklichkeit der Geltungsbereichsnormen hat sich damit im Ergebnis bestätigt. § 5 Nr. 10a StGB ist alles andere als völkerrechtlich unbedenklich.

Dabei müssen zwei Zeitpunkte unterschieden werden, wobei freilich in keinem § 5 Nr. 10a StGB vollkommen im Einklang mit dem Völkerrecht steht. Zum jetzigen Zeitpunkt, zu dem das *Übereinkommen des Europarats über die Manipulation von Sportwettbewerben* noch nicht in Kraft getreten ist, kann mangels Legitimationswirkung auf Grundlage des § 5 Nr. 10a StGB extraterritoriale Straf Gewalt nicht ausgeübt werden. Die Geltungsbereichsnorm kann ferner nicht durch das einzig in Betracht kommende Realprinzip gedeckt werden.

Sobald das Übereinkommen in naher Zukunft in Kraft tritt (und dies ist der zweite Zeitpunkt), ist der Anwendungsbereich der Vorschrift zum einen auf deutsche Staatsangehörige und Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, sowie zum anderen

/conventions/treaty/215/signatures?p_auth=SanYV3TL (zuletzt abgerufen am 08.12.2017).

⁵¹ Vgl. *Herdegen* a.a.O. (Fn. 47), § 15 Rn. 16.

⁵² BVerfGE 23, 288, 316 f.

⁵³ *Steinberger*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, (1992), § 173 Rn. 54.

⁵⁴ Vgl. *Steinberger* a.a.O. (Fn. 53), § 173 Rn. 51, 55.

⁵⁵ *Jeßberger* a.a.O. (Fn. 7), S. 215.

⁵⁶ *Jeßberger* a.a.O. (Fn. 7), S. 135.

⁵⁷ „Prozessuales Korrektiv“ nach *Jeßberger* a.a.O. (Fn. 7), S. 135.

⁵⁸ *Werle/Jeßberger* a.a.O. (Fn. 42), Vor § 3 Rn. 357.

⁵⁹ BGHSt 34, 334 ff. = HRRS 2016 Nr. 337.

⁶⁰ Vgl. *Jeßberger* a.a.O. (Fn. 7), S. 217 f.

⁶¹ *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 13. Aufl. (2016), Rn. 563.

ausschließlich auf die Vertragsparteien eben jenes Übereinkommens beschränkt. Die Ausdehnung deutschen Strafrechts über diesen Bereich hinaus, ist völkerrechtswidrig. Die nahezu universelle Reichweite, die § 5 Nr. 10a StGB *prima facie* propagiert, trifft damit letztlich nicht zu.

Auch die Vorstellung des Gesetzgebers, mit § 5 Nr. 10a StGB Umgehungsversuchen Deutscher vorzubeugen, schlägt damit insgesamt nicht durch. Der besonders spitzfindige Täter wird seine Auslandsflucht dann eben nicht in irgendeinen ausländischen Staat antreten, sondern in einen Nichtvertragsstaat, der das von den

§§ 265c ff. StGB pönalisierte Verhalten nicht mit Strafe bedroht. Deutsche Straf Gewalt könnte in diesem Fall weder unter dem Gesichtspunkt des § 5 Nr. 10a StGB (Stichwort: *inter partes*) noch aufgrund des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Stichwort: *lex loci*) legitimiert werden.

Zukünftig haben somit vor allem die Rechtsanwender, namentlich die Strafverfolgungsbehörden, besondere Achtsamkeit im Umgang mit § 5 Nr. 10a StGB zu pflegen, um eine völkerrechtskonforme Ausrichtung zu gewährleisten.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

1095. BVerfG 2 BvR 49/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2017 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Lockerungen im Strafvollzug (gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Flucht- und Missbrauchsgefahr: Ausschluss; Resozi-

alisierungsgebot; Erhaltung der Lebenstüchtigkeit langjährig Inhaftierter auch ohne konkrete Entlassungsperspektive; Ausführungen; Aufsicht durch Vollzugsbedienstete). Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG

1096. BVerfG 2 BvR 821/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Oktober 2017 (LG Bochum)

Erstattung von Schreibaussagen im strafvollzugsrechtlichen Verfahren (allgemeiner Gleichheitssatz; Willkürverbot; Bindung an Recht und Gesetz; Begründungserfordernis auch für letztinstanzliche Entscheidungen bei Abweichung vom eindeutigen Wortlaut einer Rechtsnorm; Schreibpapier und Farbbänder einer Schreibmaschine als notwendige Auslagen bei gesetzlichem Schriftformerfordernis; keine allgemeinen Geschäftskosten bei einem Strafgefangenen).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 109 StVollzG; § 112 Abs. 1 Satz 1 StVollzG; § 121 Abs. 1 StVollzG; § 464b StPO

1097. BVerfG 2 BvR 1096/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Oldenburg / AG Oldenburg)

Durchsuchung einer Wohnung (Wohnungsgrundrecht; Ermittlungsverfahren wegen Diebstahls eines Mobiltelefons; Anfangsverdacht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Unverhältnismäßigkeit der Durchsuchung bei gänzlich vagem Tatverdacht; Begründungsanforderungen an Durchsuchungsanordnungen; grundsätzliche Verkennung der Bedeutung des Wohnungsgrundrechts bei gänzlich fehlender Erörterung offensichtlicher Probleme hinsichtlich Tatverdacht und Verhältnismäßigkeit).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 242 StGB

1098. BVerfG 2 BvR 1366/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2017 (OLG Karlsruhe / AG Mannheim)

Ordnungsgeld gegen einen Angeklagten wegen dessen Weigerung, sich zur Urteilsverkündung zu erheben (Religionsfreiheit; „Erheben nur für Allah“; offensichtliche Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde; mangelnde Darlegung eines nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Glaubensfreiheit).

Art. 4 GG; § 178 GVG

1099. BVerfG 2 BvR 1381/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. November 2017 (OLG Dresden)

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Herkunft; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Schutz vor Auslieferung bei drohender politischer Verfolgung; Umfang der gerichtlichen Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung bei Einreise aus einem sicheren Drittstaat; ernsthaftes Bemühen um Beiziehung der ausländischen Asylverfahrensakten; Pflicht zur ergänzenden persönlichen Anhörung des Verfolgten; grundsätzliches Vertrauen in Zusicherungen des ersuchenden Staates; eigene gerichtliche Gefahrenprognose bei Anhaltspunkten für die Gefahr politischer Verfolgung).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 16a Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 6 Abs. 2 IRG; Art. 3 Nr. 2 EuAIÜbK

1100. BVerfG 2 BvR 1775/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. November 2017 (LG Leipzig / AG Leipzig)

Durchsuchung einer Wohnung (Wohnungsgrundrecht; Ermittlungsverfahren wegen Diebstahls oder Unterschlagung eines Mobiltelefons; Anfangsverdacht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Vorrang grundrechtsschonender Ermittlungshandlungen; Unverhältnismäßigkeit der Durchsuchung bei gänzlich vagem Tatverdacht; Vernehmung des Beschuldigten als milderer Mittel im Einzelfall).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 242 StGB; § 246 StGB

1101. BVerfG 2 BvR 2129/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Hamburg / AG Hamburg)

Erfolgslose Verfassungsbeschwerde gegen die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (verfassungsgerichtlicher Prüfungsumfang; Willkürmaßstab; grundsätzlich unrichtige Anschauung von Grundrechten; hohe Wahrscheinlichkeit für die Entziehung der Fahrerlaubnis; Erfordernis einer Prognoseentscheidung).

Art. 2 Abs. 1 GG; § 111a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1102. BVerfG 2 BvR 2221/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2017 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Höhe der Telefongebühren für Strafgefangene (Strafvollzug; Insassentelefonsystem eines privaten Telekommunikationsanbieters in einer Justizvollzugsanstalt; verfassungsrechtliches Resozialisierungsgebot; Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Gefangenen; Belastung Gefangener grundsätzlich nur mit angemessenen, marktüblichen Entgelten; Verpflichtung der Anstalt auch bei Einschaltung von Drittanbietern; Erfordernis marktgerechter Preisgestaltung auch bei langer Vertragslaufzeit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 3 Abs. 1 StVollzG

1103. BGH 3 StR 145/17 – Beschluss vom 4. Oktober 2017 (OLG Stuttgart)

Darlegungsanforderungen an die im Rahmen der Begründung der Verfahrensrüge vorzubringenden Tatsachen; keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme in den Urteilsgründen.

§ 267 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

1104. BGH 3 StR 177/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Kleve in Moers)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum übermäßigen Rauschmittelkonsum; Bedeutung der aktuellen Therapieunwilligkeit für die Unterbringungsanordnung).

§ 64 StGB

1105. BGH 3 StR 179/17 – Beschluss vom 8. August 2017 (LG Kleve)

Wegfall der Strafaussetzung zur Bewährung bei durch Anrechnung von Untersuchungshaft bereits vollständig vollstreckter Strafe.

§ 51 StGB; § 56 StGB

1106. BGH 3 StR 192/17 – Beschluss vom 24. August 2017 (LG Osnabrück)

Teileinstellung; Schuldspruchberichtigung.

§ 154 StPO; § 260 StPO

1107. BGH 3 StR 204/17 – Beschluss vom 8. August 2017 (LG Osnabrück)

Zum-Ausdruck-Bringen der Verwirklichung einer Qualifikation (hier: veruntreuende Unterschlagung; Zueignung durch Vermengung und Vermischung) in der Urteilsformel.

§ 260 StPO; § 246 StGB

1108. BGH 3 StR 221/17 – Urteil vom 24. August 2017 (LG Oldenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1109. BGH 3 StR 224/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Osnabrück)

Erforderlichkeit neuer Feststellungen zur Person nach Aufhebung des Urteils im gesamten Strafausspruch mit den Feststellungen.

§ 353 StPO

1110. BGH 3 StR 227/17 – Beschluss vom 10. August 2017 (LG Osnabrück)

Anforderungen an die verjährungsunterbrechende Wirkung der Beauftragung eines Sachverständigen (Ausnahmecharakter der Vorschriften über die Verjährungsunterbrechung; mehrfache Einholung von Gutachten und Auskünften; Austausch der Person des Sachverständigen; neues Beweisthema; Erläuterung oder Ergänzung eines Gutachtens; Präzisierung; Nachfragen); fahrlässige Insolvenzverschleppung.

§ 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB; § 15a Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 InsO

1111. BGH 3 StR 255/17 – Beschluss vom 22. August 2017 (KG)

Verfahren bei rechtsirriger Verfahrensbeschränkung anstelle der gebotenen Einstellung.

§ 154 StPO; § 154a StPO

1112. BGH 3 StR 261/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Wuppertal)

Teileinstellung durch das Revisionsgericht.

§ 154 StPO

1113. BGH 3 StR 264/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Mönchengladbach)

Unvollständige Sachverhaltsaufklärung (Aufklärungsrüge; Gegenstand der Hauptverhandlung); Prüfung der Voraussetzungen eines minder schweren Falles bei gleichzeitigem Vorliegen eines gesetzlich vertyppten Milderungsgrundes (hier: Beihilfe).

§ 244 StPO; § 27 StGB; § 49 StGB

1114. BGH 3 StR 287/17 – Urteil vom 7. September 2017 (LG Stade)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1115. BGH 3 StR 301/17 – Urteil vom 2. November 2017 (LG Hildesheim)

Voraussetzungen einer wesentlichen Aufklärungshilfe (Schaffung einer sichereren Grundlage für die Aburteilung eines Tatbeteiligten).

§ 46b StGB

1116. BGH 3 StR 306/17 – Beschluss vom 9. August 2017 (LG Hildesheim)

Ablehnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Verneinung der Aussicht auf einen Behandlungserfolg bei dissozialer Persönlichkeitsstörung und langjähriger Delinquenz).

§ 64 StGB

1117. BGH 3 StR 308/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Aurich)

Bedeutung einer langen Zeitspanne zwischen Tatbegehung und Urteilsverkündung für die Strafzumessung beim sexuellen Missbrauch von Kindern; Feststellung der Angemessenheit einer Rechtsfolge durch das Revisionsgericht; Anforderungen an die Zurückweisung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit.

§ 46 StGB; § 176 StGB; § 244 Abs. 3 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

1118. BGH 3 StR 317/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Fehlen einer konkretisierenden Darlegung zu den Auswirkungen eines diagnostizierten Krankheitsbildes – hier: paranoid-halluzinatorische Psychose – auf die Begehung der Tat).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1119. BGH 3 StR 318/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Hannover)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1120. BGH 3 StR 325/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Duisburg)

Unzulässigkeit eines Beweisantrags bei sachwidriger Verknüpfung von Fragen des Schuldspruchs und Aspekten der Strafzumessung.

§ 244 Abs. 3 StPO

1121. BGH 3 StR 342/15 – Beschluss vom 18. Oktober 2017

Kostenentscheidung bei Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses (Abhängigkeit der Kostentragungspflicht hinsichtlich der Auslagen des Angeklagten im Revisionsverfahren vom hypothetischen Bestand des Schuldspruchs).

§ 206a StPO; § 467 StPO

Im Falle der Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses (hier: Tod des Angeklagten) hängt die Frage, ob der Staatskasse auch die Aufwendungen des Angeklagten auferlegt werden, von den Erfolgsaussichten der von ihm eingelegten Revision ab. Maßgeblich ist indes insoweit nicht die Strafzumessung, sondern lediglich, ob der ergangene Schuldspruch Bestand gehabt hätte. Denn bereits dann wäre es unbillig, der Staatskasse die notwendigen Aufwendungen des Angeklagten aufzuerlegen.

1122. BGH 3 StR 347/17 – Urteil vom 21. September 2017 (LG Osnabrück)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1123. BGH 3 StR 354/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Verden)

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

1124. BGH 3 StR 386/17 – Beschluss vom 5. Oktober 2017 (LG Kleve)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang trotz länger andauernden Verzichts auf den Betäubungsmittelkonsum); rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (fehlende Mitteilung des Vollstreckungsstands einer Vorverurteilung).
§ 55 StGB; § 64 StGB

1125. BGH 3 StR 397/17 – Beschluss vom 4. Oktober 2017 (LG Kleve)

Nachträgliche Ergänzung der abgekürzten Urteilsgründe (fristgerechte, nicht zu den Akten gelangte Rechtsmittelschrift; Regelungslücke; Analogie).
§ 267 StPO; § 275 StPO

1126. BGH 3 StR 401/17 – Beschluss vom 5. Oktober 2017 (LG Oldenburg)

Keine Begründung der Unglaubwürdigkeit eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen unter Berufung auf dessen zulässiges Schweigen im Ermittlungsverfahren.
§ 52 StPO

1127. BGH 3 StR 418/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Mönchengladbach)

Rechtsfehlerhafte Versagung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Sich-Aufdrängen der Voraussetzungen der Unterbringung; Hang bei fachgerechter Methadon-Substitution; symptomatischer Zusammenhang).
§ 64 StGB

1128. BGH 3 StR 432/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Oldenburg)

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

1129. BGH 3 StR 436/17 – Beschluss vom 16. November 2017

Beschlussberichtigung aufgrund eines offensichtlichen Schreibversehens.
§ 260 StPO

1130. BGH 5 StR 72/17 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Berlin)

Sachlich-rechtlich unbedenkliche Beweiswürdigung; Voraussetzungen einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit bei Kindstötungen (Belastung durch die Geburt; weitergehende geistig-seelische Beeinträchtigungen; Berücksichtigung als minder schwerer Fall).
§ 261 StPO; § 21 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

1131. BGH 5 StR 205/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Berlin)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

1132. BGH 5 StR 209/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1133. BGH 5 StR 214/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Hamburg)

Zurückweisung der Anhörungsrüge (keine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör).
§ 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

1134. BGH 5 StR 216/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Saarbrücken)

Zurückweisung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1135. BGH 5 StR 253/17 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Dresden)

Strafbefreiender Rücktritt vom versuchten Raub bzw. von der versuchten räuberischen Erpressung (unbeendeter Versuch; kein Fehlschlag; Rücktrittshorizont; Erstreckung des Rücktritts auf die versuchte Nötigung).
§ 24 StGB; § 22 StGB; § 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

1136. BGH 5 StR 271/17 – Beschluss vom 5. September 2017

Voraussetzungen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Revisionsverfahren (gesonderte Bewilligung für jede Instanz; Darlegungspflicht bzgl. wirtschaftlicher Verhältnisse; Bezugnahme auf frühere Erklärung; keine Ermittlungspflicht des Gerichts).
§ 397a StPO; § 119 ZPO

1137. BGH 5 StR 275/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Hamburg)

Einstellung aus prozessökonomischen Gründen durch das Revisionsgericht.
§ 154 StPO

1138. BGH 5 StR 343/17 – Beschluss vom 24. Oktober 2017 (LG Dresden)

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

1139. BGH 5 StR 353/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Berlin)

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

1140. BGH 5 StR 357/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Bremen)

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

1141. BGH 5 StR 360/17 – Beschluss vom 6. September 2017 (LG Görlitz)

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

1142. BGH 5 StR 361/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Dresden)

Voraussetzungen des Wohnungseinbruchsdiebstahls (Wohnungsbegriff; Kellerräume; räumliche und bauliche Einheit; keine Zugangshindernisse; Wochenendhäuser; vorübergehende Nutzung als Unterkunft).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1143. BGH 5 StR 362/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Görlitz)

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

1144. BGH 5 StR 364/17 – Beschluss vom 12. Oktober 2017 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Persönlichkeitsstörung; schwere andere seelische Abartigkeit; Ausprägungsgrad der Störung; Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1145. BGH 5 StR 368/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Neuruppin)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung.
§ 55 StGB

1146. BGH 5 StR 377/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017

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

1147. BGH 5 StR 396/17 – Beschluss vom 6. September 2017 (LG Zwickau)

Feststellungsbegehren im Adhäsionsverfahren.
§ 403 StPO

1148. BGH 5 StR 401/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Itzehoe)

Getrennte Beurteilung der geringen Menge bei teilweise zum Weiterverkauf und teilweise zum Eigenkonsum bestimmten Betäubungsmitteln.
§ 29 BtMG; § 29a BtMG

1149. BGH 5 StR 402/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Berlin)

Fehlende Feststellungen zur Verwirklichung des Tatbestands einer (versuchten) Nötigung.
§ 240 StGB

1150. BGH 5 StR 405/17 – Beschluss vom 19. September 2017 (LG Lübeck)

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

1151. BGH 5 StR 407/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Berlin)

Unzulässigkeit der Revision im Jugendstrafrecht (unklares Angriffsziel des Rechtsmittels).
§ 349 Abs. 1 StPO; § 55 JGG

1152. BGH 5 StR 412/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Göttingen)

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

1153. BGH 5 StR 423/17 – Beschluss vom 24. Oktober 2017 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1154. BGH 5 StR 436/17 – Beschluss vom 24. Oktober 2017 (LG Bremen)

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

1155. BGH AK 43/17 – Beschluss vom 21. September 2017 (OLG München)

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft.
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

1156. BGH AK 53/17 – Beschluss vom 12. Oktober 2017

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützen einer terroristischen Vereinigung (Begriff des Unterstützens; Abgrenzung zur Beihilfe; organisationsbezogene Tätigkeit; objektive Nützlichkeit; Erfolg; Werben um Mitglieder); Fluchtgefahr; Fortdauern der Untersuchungshaft über sechs Monate.
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO

1157. BGH AK 56/17 – Beschluss vom 19. Oktober 2017 (LG Halle)

Grenzen des Begriffs der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch ein Nichtmitglied (konkret wirksame Unterstützungsleistung; objektiver Nutzen; Nachweis durch belegte Fakten; Konkurrenzverhältnis zwischen mehreren Unterstützungshandlungen); Bestimmung der Reichweite des Verfolgungswillens der Staatsanwaltschaft anhand des Anklagesatzes; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; Bindung des für den Erlass des Haftbefehls zuständigen Gerichts an die Aufhebungsentscheidung des Haftprüfungsgerichts (Änderung der Sach- und Erkenntnislage).
§ 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 125 StPO; § 126 StPO; § 200 StPO; § 264 StPO

1158. BGH AK 58/17 – Beschluss vom 29. November 2017

Kein dringender Tatverdacht wegen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Fall „Franco A.“; keine eindeutige Einordnung bestimmter Umstände als Indizien für die bevorstehende Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat); keine Fortdauer der Untersuchungshaft; Fluchtgefahr.
§ 112 StPO; § 89a StGB

1159. BGH StB 24/17 – Beschluss vom 18. Oktober 2017

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Entscheidung über Beschränkungen des Beschuldigten während der Untersuchungshaft (Verfügung des Ermittlungsrichters; Beschluss; Verhaftung; Art und Weise des Vollzugs).
§ 119 StPO; § 148 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

1160. BGH 1 StR 18/17 – Beschluss vom 16. August 2017 (LG Mosbach)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1161. BGH 1 StR 33/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Essen)

Umsatzsteuerhinterziehung durch Unterlassen (mögliche Täterstellung und Begriff des Verfügungsberechtigten an der Lieferung; Begriff des leistenden Unternehmers).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 35 AO; § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG; § 13a Abs. 1 Nr. 1 UStG

1162. BGH 1 StR 112/17 – Urteil vom 20. September 2017 (LG Kempten)

Diebstahl mit Waffen (Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs: Pfefferspray als gefährliches Werkzeug, Begriff des Beisichführens; keine teleologische Reduktion des Tatbestandes bei konkreter Ungefährlichkeit der Tat; Vorliegen eines minderschweren Falls: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (Berücksichtigung von vorherigen, als Jugendlicher oder Heranwachsender begangenen Taten des Angeklagten); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitszusammenhang, Gefährlichkeitsprognose).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 3 StGB; § 46 StGB; § 64 StGB

1163. BGH 1 StR 173/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Wiesbaden)

BGHR; Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Kraftfahrzeugsteuer bei widerrechtlicher Benutzung von Kraftfahrzeugen: Bestehen einer Steuerklärungspflicht, keine Strafbarkeit der bloßen Nichtzahlung von Steuern); Urkundenfälschung (Kraftfahrzeugkennzeichen als zusammengesetzte Urkunde, Tateinheit mit Diebstahl des Fahrzeugs); Kennzeichenmissbrauch.

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 KraftStG; § 2 Abs. 5 KraftStG; § 6 KraftStG; § 7 Nr. 3 KraftStG; § 15 Abs. 1 KraftStDV; § 267 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 22 StVG

1164. BGH 1 StR 198/17 – Urteil vom 5. September 2017 (LG Frankfurt am Main)

Steuerhinterziehung (Täterschaft: Voraussetzungen der Täterschaft, kein Sonderdelikt bei aktiver Begehung); Urkundenfälschung (Urkundeneigenschaft eines mit computertechnischen Maßnahmen erstellten veränderten Dokuments; Gebrauchen einer unechten Urkunde durch Übertragung auf elektronischem Weg); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 25 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1165. BGH 1 StR 218/17 – Beschluss vom 10. August 2017 (LG Mannheim)

Unterbrechung der Verjährung (Anordnung der Vernehmung des Beschuldigten: Form, Erkennbarkeit in den Verfahrensakten; Reichweite der Unterbrechung).

§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

1166. BGH 1 StR 268/17 – Beschluss vom 21. September 2017 (LG Bamberg)

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten des Angeklagten: Äußerungen über ein Tatopfer).

§ 46 StGB

1167. BGH 1 StR 307/17 – Beschluss vom 6. September 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Schuldunfähigkeit (Anschluss des Gerichts an ein Sachverständigengutachten: Darstellung im Urteil bei schizophrener Psychose).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1168. BGH 2 StR 101/17 – Beschluss vom 12. September 2017 (LG Limburg)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Folgen mehrerer Taten).

§ 46 StGB; § 53 StGB

1169. BGH 1 StR 340/17 – Beschluss vom 10. Oktober 2017 (LG Heidelberg)

Rechtsmittelbefugnis der Nebenklage

§ 400 Abs. 1 StPO

1170. BGH 1 StR 365/16 – Urteil vom 5. September 2017 (LG Arnsberg)

Besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung (unrichtige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen: Begriff des Scheingeschäfts; Ablehnung eines besonders schweren Falls trotz Vorliegen eines Regelbeispiels: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs im Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 41 Abs. 2 Satz 1 AO; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

1171. BGH 1 StR 367/17 – Beschluss vom 23. August 2017 (LG Ravensburg)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 StGB

1172. BGH 1 StR 391/16 – Beschluss vom 20. September 2017 (LG Kassel)

Recht auf das letzte Wort (Pflicht zur Neugewährung bei Wiedereintritt in die Verhandlung; Begriff des Wiedereintritts, Stellen von Hilfsbeweisansträgen).

§ 258 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

1173. BGH 1 StR 677/16 – Urteil vom 5. September 2017 (LG Augsburg)

Anordnung des (Dritt-)Wertersatzverfall (Anwendbarkeit des alten Rechts).

§ 73 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 aF StGB; § 73a aF StGB

1174. BGH 2 StR 18/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Limburg)

Vorsatz (erforderliches Vorliegen zum Zeitpunkt der zum Erfolg führenden Handlung, nicht ausreichender dolus subsequens; unzulässige Gesamtbetrachtung; Irrtum über den wesentlichen Kausalverlauf).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1175. BGH 2 StR 36/17 – Urteil vom 20. September 2017 (LG Gera)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten).

§ 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB

1176. BGH 2 StR 115/17 – Beschluss vom 27. Juli 2017 (LG Bonn)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO

1177. BGH 2 StR 146/17 – Urteil vom 27. September 2017 (LG Frankfurt am Main)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO

1178. BGH 2 StR 150/16 – Urteil vom 23. August 2017 (LG Frankfurt am Main)

Räuberische Erpressung mit Todesfolge (Vermögensnachteil: Betäubungsmittel als geschütztes Vermögen; Verhältnis zur schweren räuberischen Erpressung: Tateinheit).
§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB; § 251 StGB;
§ 52 Abs. 1 StGB

1179. BGH 2 StR 188/17 – Urteil vom 13. September 2017 (LG Erfurt)

Notwehr (Gegenwärtigkeit des Angriffs: Versuchsbeginn als relevanter Zeitpunkt bei vorsätzlichem Angriff; Erforderlichkeit eines Schusswaffeneinsatzes).
§ 32 StGB; § 22 StGB

1180. BGH 2 StR 256/17 – Beschluss vom 5. September 2017 (LG Gera)

Sexuelle Nötigung (erforderliche Gewalt zur Überwindung des Opfers: Unterscheidung von Gewalt durch sexuelle Handlung).
§ 177 Abs. 1 StGB a.F.

1181. BGH 2 StR 260/17 – Urteil vom 4. Oktober 2017 (LG Aachen)

Erpressung (Begriff des Nachteils: Erwerbs- und Gewinnaussichten als Teil des Vermögens; Vermögensschaden).
§ 253 Abs. 1 StGB; § 263 StGB

1182. BGH 2 StR 377/17 – Beschluss vom 21. September 2017 (LG Frankfurt a. M.)

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

1183. BGH 2 StR 474/16 – Beschluss vom 7. Juni 2017 (LG Köln)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung im Urteil: Nichtanschluss an ein Sachverständigengutachten).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1184. BGH 2 StR 560/15 – Urteil vom 23. August 2017 (LG Gießen)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Straftaten nach der Tat); Raub (Betäubungsmittel als geschütztes Eigentum).
§ 46 StGB; § 249 Abs. 1 StGB

1185. BGH 2 ARs 456/17 (2 AR 270/17) – Beschluss vom 27. September 2017

Zuständiges Gericht für die Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung.
§ 462a Abs. 1 StPO, § 57 Abs. 1 StGB, § 14 StPO

1186. BGH 2 ARs 470/17 (2 AR 275/17) – Beschluss vom 25. Oktober 2017

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof (zuständiges Ermittlungsgericht bei einer Auslandstat ohne deutschen Gerichtsstand).
§ 13a StPO

1187. BGH 4 StR 168/17 – Beschluss vom 13. September 2017 (LG Zweibrücken)

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

1188. BGH 4 StR 177/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Dresden)

Adhäsionsverfahren (Umfang: prozessuale Tat, keine Beschränkung durch Schutzgüter der erfüllten Straftatbestände: hier: Gefährdung des Straßenverkehrs mit täterfremdem, beschädigtem Fahrzeug); unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Verhältnis zu weiteren, während einer Transportfahrt begangenen Gesetzesverstößen: Tateinheit, Klammerwirkung).
§ 403 StPO; § 406 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 264 StPO;
§ 315c Abs. 1 StPO; § 29 Abs. 1 BtMG; § 52 StGB

1189. BGH 4 StR 250/17 – Beschluss vom 15. August 2017 (LG Bremen)

Freiheitsberaubung (Verhältnis zu mit der Freiheitsberaubung bezweckten weiteren Delikten: Gesetzeseinheit); Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Entscheidung in Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung).
§ 239 StGB; § 199 Abs. 1 StPO; § 203 StPO; § 76 Abs. 1 Satz 1 GVG

1190. BGH 4 StR 257/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Bochum)

Gefährliche Körperverletzung (Tatbegehung mittels eines hinterlistigen Überfalls: erforderliche Vornahme der planmäßigen, listigen Tätigkeit mit Körperverletzungsvorsatz).
§ 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1191. BGH 4 StR 259/17 – Urteil vom 26. Oktober 2017 (LG Dortmund)

Strafzumessung (Strafmildernde Berücksichtigung von ausländerrechtlichen Folgen); unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Verhältnis zum mit Teilen der besessenen Betäubungsmitteln begangenen unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln und zum Besitz nach Aufgabe des Handelszwecks: Tateinheit).
§ 46 StGB; § 29 Abs. 1 BtMG

1192. BGH 4 StR 274/16 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Freiburg)

BGHSt; Rechtsbeugung (Beugung des Rechts: Erfordernis eines elementaren Rechtsverstößes, Beugung von Verfahrensrecht durch Unterlassen nur bei rechtlich eindeutig gebotener Handlung; Rechtsbeugung durch unterlassene Anklageerhebung und unterlassene Beantragung eines Strafbefehls: Staatsanwalt als tauglicher Täter; Rechtsbeugung durch Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot).
§ 339 StGB; § 170 Abs. 1 StPO; § 407 Abs. 1 Satz 4 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK

1193. BGH 4 StR 282/17 – Urteil vom 28. September 2017 (LG Aachen)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit des Rücktritts; Einwirken Dritter).
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

1194. BGH 4 StR 322/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Bochum)

Besonders schwere räuberische Erpressung (Tateinheit bei mehreren Angriffen auf die Willensentschlussfreiheit; Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs; Verwendung während der Vorbereitungsphase nicht ausreichend).
§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1195. BGH 4 StR 334/17 – Beschluss vom 24. Oktober 2017 (LG Görlitz)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff: verkehrsfeindlicher Inneneingriff; konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder einer fremden Sache von bedeutendem Wert: „Beinahe-Unfall“).
§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

1196. BGH 4 StR 393/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Bielefeld)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Strafzumessung: Doppelverwertungsverbot, strafschärfende Berücksichtigung von Gewinnstreben).
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

1197. BGH Ermittlungsrichter 4 BGs 156/17 3 BJs 30/16-4 – Beschluss vom 14. November 2017

Anfechtung haftgrundbezogener Beschränkungen während der Untersuchungshaft (Beschränkung der Kommunikation mit dem Verteidiger).
§ § 119 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 148 Abs. 2 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

1198. BGH 1 StR 15/17 – Beschluss vom 12. Oktober 2017 (LG Berlin)

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

1199. BGH 1 StR 223/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Anhörungsgrüße als unbegründet.
§ 356a Satz 1 StPO

1200. BGH 1 StR 329/17 – Beschluss vom 7. September 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Revisibilität; Beweiswert der Angaben von Vertrauenspersonen); besondere gesetzliche Milderungsgründe (Strafrahmenwahl im Rahmen einer Gesamtwürdigung).
§ 261 StPO; § 30 Abs. 1 Satz 2, § 49 Abs. 1 StGB

1201. BGH 1 StR 342/17 – Beschluss vom 23. Oktober 2017 (LG Würzburg)

Zurückweisung der Anhörungsgrüße als unbegründet.
§ 356a StPO

1202. BGH 1 StR 359/17 – Beschluss vom 26. Oktober 2017 (LG Landshut)

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung des zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Urteil).
§ 46 StGB

1203. BGH 1 StR 559/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Mannheim)

Unbegründete Anhörungsgrüße.
§ 356a StPO

1204. BGH 2 StR 133/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Marburg)

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

1205. BGH 2 StR 275/17 – Beschluss vom 21. September 2017 (LG Gera)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Darlegungslast bei „Aussage gegen Aussage“).
§ 261 StPO

1206. BGH 2 StR 276/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Kassel)

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

1207. BGH 2 StR 334/17 – Beschluss vom 26. Oktober 2017 (LG Aachen)

Aussageverweigerungsrecht (keine belastende Verwertung des Eindrucks des Angeklagten in der Hauptverhandlung, wenn dieser keine Angaben zur Sache macht).
§ 243 Abs. 5 Satz 1 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

1208. BGH 2 StR 359/17 – Beschluss vom 10. Oktober 2017 (LG Neubrandenburg)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Wahnerkrankung).
§ 20 StGB

1209. BGH 2 StR 365/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Bonn)

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

1210. BGH 2 StR 397/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Darmstadt)

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

1211. BGH 2 StR 439/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Erfurt)

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

1212. BGH 2 StR 442/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Frankfurt)

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

1213. BGH 2 StR 443/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Frankfurt am Main)

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

1214. BGH 2 StR 449/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Bonn)

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

1215. BGH 2 StR 474/16 – Urteil vom 7. Juni 2017 (LG Köln)

Mord (Verdeckungsabsicht: Entfallen bei vollständiger Aufklärung der Tat, in affektiver Erregung gefasster Tötungsentschluss; Heimtücke: Bewusstsein der Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit, Verhältnis zu einer affektiven Erregung); Betrug (Eingehungsbetrug bei Abschluss eines Beförderungsvertrages; Verhältnis des Betrugsvorsatzes zu einem später entfallenden Raubvorsatz).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 249 StGB

1216. BGH 2 StR 573/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2017 (LG Köln)

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung des zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Urteil).

§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1217. BGH 2 ARs 372/17 (2 AR 224/17) – Beschluss vom 2. November 2017

Entscheidung zur örtlichen Zuständigkeit.

§ 42 Abs. 3 JGG

1218. BGH 2 ARs 417/17 (2 AR 265/17) – Beschluss vom 14. November 2017

Verwerfung der Anhörungsrüge als unzulässig.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

1219. BGH 4 StR 60/14 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Dortmund)

Zurückweisung des Antrags auf Nachholung rechtlichen Gehörs.

§ 356a StPO

1220. BGH 4 StR 169/17 – Beschluss vom 2. August 2017 (LG Essen)

BGHSt; Begehen durch Unterlassen (Garantenpflicht eines Kindes gegenüber einem Elternteil; Erkrankung des Elternteils; Unterlassungsvorsatz hinsichtlich der Garantenstellung).

§ 13 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 1618a BGB

1221. BGH 4 StR 184/17 – Beschluss vom 24. Oktober 2017 (LG Baden-Baden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1222. BGH 4 StR 227/17 – Beschluss vom 24. Oktober 2017 (LG Münster)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1223. BGH 4 StR 235/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Kaiserslautern)

Tatmehrheit (natürliche Handlungseinheit); Freiheitsberaubung (Gesetzeskonkurrenz zum Raub).

§ 53 Abs. 1 StGB; § 239 Abs. 1 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs tritt die Freiheitsberaubung im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück, wenn sie nur das Mittel zur Begehung einer anderen Straftat ist, die regelmäßig mit der Beraubung der Freiheit des Opfers einhergeht.

2. Eine natürliche Handlungseinheit, die mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zu einer Einheit im Rechtssinne verbinden kann, liegt vor, wenn zwischen einer Mehrheit gleichartiger strafrechtlich erheblicher Verhaltensweisen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint, und wenn die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element miteinander verbunden sind.

1224. BGH 4 StR 236/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1225. BGH 4 StR 244/17 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Siegen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1226. BGH 4 StR 255/17 – Beschluss vom 30. August 2017 (LG Freiburg)

Immaterieller Schaden (Adhäsionsausspruch: Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters).

§ 253 Abs. 2 BGB

1227. BGH 4 StR 267/17 – Beschluss vom 31. August 2017 (LG Gießen)

Aufhebung des Urteils und der Feststellungen (Unzulässige Bezugnahme auf ein aufgehobenes Urteil).

§ 353 Abs. 1 und 2 StPO

1228. BGH 4 StR 277/17 – Beschluss vom 10. Oktober 2017 (LG Konstanz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1229. BGH 4 StR 286/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Landau)

Art des Rauschgifts als strafzumessungsrelevanter Faktor („harte“ und „weiche“ Drogen; Amphetamin keine harte Droge).

§ 29 BtMG

1230. BGH 4 StR 300/17 – Beschluss vom 29. September 2017

Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

1231. BGH 4 StR 302/17 – Beschluss vom 12. Oktober 2017 (LG Essen)

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

1232. BGH 4 StR 391/17 – Beschluss vom 27. September 2017 (LG Konstanz)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Anforderungen an den symptomatischen Zusammenhang zwischen einem Hang zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln und der Anlasstat des Täters).

§ 64 StGB

Ein symptomatischer Zusammenhang liegt vor, wenn der Hang allein oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat und dies bei unverändertem Verhalten auch für die Zukunft zu erwarten ist, mithin die konkrete Tat in dem Hang ihre Wurzel findet. Dieser Zusammenhang liegt bei Delikten, die begangen werden, um Rauschmittel selbst oder Geld für ihre Beschaffung zu erlangen, nahe.

1233. BGH 4 StR 447/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Essen)

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

1234. BGH 4 StR 452/17 – Beschluss vom 10. Oktober 2017 (LG Bielefeld)

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

1235. BGH 4 StR 465/17 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG München I)

Anrechnung (erlittener Untersuchungshaft); Reihenfolge der Vollstreckung.

§ 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

Erlittene Untersuchungshaft im Vollstreckungsverfahren ist auf die Dauer des vor der Unterbringung zu vollziehenden Teils der Strafe anzurechnen und hat deshalb bei der Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs außer Ansatz zu bleiben.

1236. BGH 4 StR 488/16 – Beschluss vom 12. Oktober 2017 (LG Dortmund)

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

1237. BGH 4 StR 572/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Halle)

Subventionsbetrug (Begriff der Subventionserheblichkeit vor dem Hintergrund europäischen Rechts).

§ 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB