

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

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 Rübenstahl,

mag. iur., Frankfurt a.M.; Prof. Dr.

Frank Saliger, LMU München; RA Dr.

Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof.

Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifs-

wald; RA Klaus-Ulrich Ventzke, Ham-

burg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers,

Univ. Basel

## Publikationen

Dr. Kersten Höft, LL.M., M.A., Hamburg – § 76a Abs. 4 StGB – Ein neues und verfassungswidriges Instrument im deutschen Vermögensabschöpfungsrecht S. 196

Kilian Wegner, Bucerius Law School, Hamburg/Berlin – Iterum iterumque in idem? – Einschränkungen des europäischen Mehrfachverfolgungsverbots bei Zusammentreffen von Kriminalstrafe und anderen Sanktionstypen Bespr. zu EuGH HRRS 2018 Nr. 372, 373 und 374) S. 205

## Entscheidungen

- EuGH **Zulässige Mehrfachverfolgung in Steuerstrafsachen (Menci)**
- EuGH **Keine Mehrfachverfolgung nach Freispruch vom Vorwurf des Insiderhandels (Enzo Du Puma und Antonio Zecca)**
- BverfG **Zulässige weitere Beschwerde gegen erledigte Haftbefehle**
- BGHSt **Entbehrliche Einziehungsanordnung bei Anspruchsverzicht**
- BGHSt **Entscheidung über den Verfall des Wertersatzes**
- BGHSt **Uniformverbot und Warnwesten der „Sharia Police“**
- BGHSt **Untreue durch Entscheidung über Investitionszulagen**
- BGH **Tötungsabsicht als taugliches Strafzumessungskriterium**
- BGH **Arbeitgebereigenschaft als normatives Tatbestandsmerkmal**
- BGH **Vergewaltigung durch Einsatz eines Narkosemittels**
- BGH **Voraussetzungen der Notwehrprovokation**

Die Ausgabe umfasst 90 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

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 Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer, Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund; RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur., Frankfurt a.M.; 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  
19. Jahrgang, Mai 2018, Ausgabe

5

Rechtsprechung

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

### 372. EuGH C-524/15 – Urteil der Großen Kammer vom 20. März 2018 (Luca Menci)

Vorabentscheidungsverfahren zur Mehrwertsteuer-Richtlinie 2006/112/EG (Steuerhinterziehung; Nichtabführung der geschuldeten Mehrwertsteuer; ne bis in idem bei Sanktionen nach nationalen Rechtsvorschriften, die für dieselbe Tat eine verwaltungsrechtliche und eine (andere) strafrechtliche Sanktion vorsehen; ECLI:EU:C:2018:197).

Art. 50 GRC; Art. 49 Abs. 3 GRC; Art. 52 Abs. 1 GRC; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

1. Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der eine Person, die

die geschuldete Mehrwertsteuer nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen abgeführt hat, in einem Strafverfahren verfolgt werden kann, obwohl sie wegen derselben Tat bereits mit einer bestandskräftigen Verwaltungsanktion strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 50 belegt wurde, sofern diese Regelung

– eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung hat, die eine solche Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen rechtfertigen kann, nämlich die Bekämpfung von Mehrwertsteuerstraftaten, wobei mit den Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen komplementäre Zwecke verfolgt werden müssen,  
– Regeln zur Gewährleistung einer Koordinierung enthält, mit der die zusätzliche Belastung, die sich für die Betroffenen aus einer Kumulierung von Verfahren ergibt, auf das zwingend Erforderliche beschränkt wird, und

– Regeln vorsieht, mit denen sichergestellt werden kann, dass die Schwere aller verhängten Sanktionen auf das im Verhältnis zur Schwere der betreffenden Straftat zwingend Erforderliche beschränkt wird. (EuGH)

2. Es ist Sache des nationalen Gerichts, sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Ausgangsverfahrens zu vergewissern, dass die Belastung, die sich für den Betroffenen aus der Anwendung der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung und aus der nach ihr zulässigen Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen konkret ergibt, nicht außer Verhältnis zur Schwere der begangenen Straftat steht. (EuGH)

3. Für die Beurteilung der strafrechtlichen Natur von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen wie den im Ausgangsverfahren fraglichen sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs drei Kriterien maßgebend: erstens die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, zweitens die Art der Zuwiderhandlung und drittens der Schweregrad der dem Betroffenen drohenden Sanktion. (Bearbeiter)

4. Für die Beurteilung, ob es sich um dieselbe Straftat handelt, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs das Kriterium der Identität der materiellen Tat maßgebend, verstanden als das Vorliegen einer Gesamtheit konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände, die zum Freispruch oder zur rechtskräftigen Verurteilung des Betroffenen geführt haben. Art. 50 der Charta verbietet somit, wegen derselben Tat am Ende verschiedener zu diesem Zweck durchgeführter Verfahren mehrere Sanktionen strafrechtlicher Natur zu verhängen. (Bearbeiter)

### **373. EuGH C-537/16 – Urteil der Großen Kammer vom 20. März 2018 (Carlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci und Magiste International SA)**

Vorabentscheidungsverfahren zur Richtlinie 2003/6/EG (Marktmanipulation; ne bis in idem bei Sanktionen nach nationalen Rechtsvorschriften, die für dieselbe Tat eine verwaltungsrechtliche und eine (andere) strafrechtliche Sanktion vorsehen; ECLI:EU:C:2018:193).

Art. 50 GRC; Art. 51 GRC; Art. 49 Abs. 3 GRC; Art. 52 Abs. 1 GRC; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

1. Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der es zulässig ist, gegen eine Person ein Verfahren zur Verhängung einer Geldbuße als Verwaltungsanktion strafrechtlicher Natur wegen rechtswidriger Marktmanipulationen fortzusetzen, wegen denen sie bereits rechtskräftig strafrechtlich verurteilt wurde, sofern diese Verurteilung unter Berücksichtigung des der Gesellschaft durch die begangene Straftat zugefügten Schadens geeignet ist, die Straftat wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu ahnden. (EuGH)

2. Der in Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verbürgte Grundsatz *ne bis in idem* verleiht dem Einzelnen ein Recht, das im Rahmen eines Rechts-

streits wie dem des Ausgangsverfahrens unmittelbar anwendbar ist. (EuGH)

3. Der Umstand, dass die Verhängung dieser strafrechtlichen Sanktion von einem im Vergleich zur Geldbuße als Verwaltungsanktion strafrechtlicher Natur zusätzlichen Tatbestandsmerkmal abhängt, kann für sich allein die Identität der betreffenden materiellen Tat nicht in Frage stellen. Vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorliegende Gericht scheinen in einem solchen Falle die Geldbuße als Verwaltungsanktion strafrechtlicher Natur und das Strafverfahren, um die es im Ausgangsverfahren geht, dieselbe Straftat zu betreffen. (Bearbeiter)

4. Dieses Ergebnis wird nicht durch den Umstand in Frage gestellt, dass eine der verhängten rechtskräftigen Strafen gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt im Wege einer Begnadigung erlassen werden kann. Aus Art. 50 der Charta ergibt sich nämlich, dass der durch den Grundsatz *ne bis in idem* gewährte Schutz Personen zugutekommen muss, die bereits freigesprochen oder durch ein rechtskräftiges Strafurteil verurteilt wurden, und damit auch diejenigen, die durch ein solches Urteil mit einer später im Wege einer Begnadigung erlassenen strafrechtlichen Sanktion belegt wurden. Daher ist ein solcher Umstand für die Beurteilung der zwingenden Erforderlichkeit einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen unerheblich. (Bearbeiter)

5. Nach ständiger Rechtsprechung lassen die Bestimmungen des Primärrechts, die klare und unbedingte Verpflichtungen aufstellen, deren Anwendung kein weiteres Eingreifen der Unionsbehörden oder der nationalen Behörden erfordert, unmittelbar in der Person der Bürger Rechte entstehen. (Bearbeiter)

### **374. EuGH C-596/16 (597/16) – Urteil der Großen Kammer vom 20. März 2018 (Enzo Di Puma und Antonio Zecca)**

Vorabentscheidungsverfahren zur Richtlinie 2003/6/EG / Richtlinie 2014/57/EU (Insider-Geschäfte; ne bis in idem bei Sanktionen nach nationalen Rechtsvorschriften, die für dieselbe Tat eine verwaltungsrechtliche und eine (andere) strafrechtliche Sanktion vorsehen; Erstreckung der Rechtskraft eines endgültigen Strafurteils auf das Verwaltungsverfahren; endgültiges Strafurteil, mit dem vom Vorwurf der Insider-Geschäfte freigesprochen wird; ne bis in idem: unverhältnismäßige Einschränkung; ECLI:EU:C:2018:192).

Art. 50 GRC; Art. 51 GRC; Art. 52 Abs. 1 GRC; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

1. Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) ist im Licht von Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, wonach ein Verfahren zur Verhängung einer Geldbuße als Verwaltungsanktion nicht fortgesetzt werden darf, nachdem in einem endgültigen freisprechenden Strafur-

teil festgestellt wurde, dass die Tat, die einen Verstoß gegen die Rechtsvorschriften über Insider-Geschäfte begründen kann und auf deren Grundlage auch dieses Verfahren eingeleitet wurde, nicht erwiesen ist. (EuGH)

2. Die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Verwaltungssanktionen, die Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6 bei Verstößen gegen das Verbot von Insider-Geschäften vorsieht, setzt jedoch voraus, dass die zuständigen nationalen Behörden Tatsachen feststellen, die im betreffenden Einzelfall das Vorliegen eines Insider-Geschäfts belegen, so dass die Verhängung einer Verwaltungssanktion gerechtfertigt ist. (Bearbeiter)

3. In Anbetracht der Bedeutung, die dem Grundsatz der Rechtskraft sowohl in der Unionsrechtsordnung als auch in den nationalen Rechtsordnungen zukommt, verlangt das Unionsrecht nicht, von der Anwendung nationaler Verfahrensvorschriften, aufgrund deren eine Gerichtsentscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen. (Bearbeiter)

4. Diese Beurteilung lässt die in Art. 4 Abs. 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK vorgesehene Möglichkeit unberührt, das Strafverfahren gegebenenfalls wiederaufzunehmen, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist. (Bearbeiter)

5. Der Grundsatz *ne bis in idem* beschränkt sich schon nach dem Wortlaut von Art. 50 der Charta nicht auf die Fälle einer strafrechtlichen Verurteilung des Betroffenen, sondern erstreckt sich auch auf den Fall, dass er endgültig freigesprochen wird. (Bearbeiter)

### **371. BVerfG 2 BvR 2601/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. April 2018 (OLG München / AG Neu-Ulm)**

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

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

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

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

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

4. Die Vorschrift des § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO, die für den Fall der „Verhaftung“ eine weitere fachgerichtliche Überprüfungsinstanz eröffnet, ist mit Blick auf die vorrangigen Fachgerichten übertragene Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes dahingehend auszulegen, dass die weitere Beschwerde auch noch zulässig ist, nachdem der (Sitzungs-)Haftbefehl aufgehoben worden oder – angesichts des Endes der Hauptverhandlung – gegenstandslos geworden ist.

### **370. BVerfG 2 BvR 1509/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. März 2018 (OLG Hamm)**

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung („Altfall“; schutzwürdiges Vertrauen; Verhältnismäßigkeit; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualdelikte; psychische Störung; gesetzliche Übergangsregelung; erhöhte Begründungstiefe und verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht als milderes Mittel); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung einer Fortdauerentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 316f Abs. 2 EGStGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 68b StGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326 <331 f.> = HRRS 2011 Nr. 488) beeinträchtigt die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus gemäß § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB in der bis zum 31. Mai 2013 geltenden Fassung ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen, wenn dieser die Anlasstaten vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160) begangen hat (sog. Altfälle).

2. Die Fortdauer der Unterbringung ist in diesen Fällen nur verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und wenn bei ihm eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) besteht. Dem entspricht die vom Gesetzgeber geschaffene Übergangsregelung des Art. 316f Abs. 2 EGStGB.

3. Bei langandauernden Unterbringungen erhöhen sich aufgrund des zunehmenden Gewichts des Freiheitsanspruchs die Anforderungen an die Begründung einer Fortdauerentscheidung und die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Die Gerichte müssen Art und Grad der

Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten des Betroffenen darlegen und dabei auf die Besonderheiten des Einzelfalles eingehen.

4. Eine Fortdauerentscheidung genügt den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen nicht, wenn sich ihr bereits der zugrunde gelegte Prüfungsmaßstab nicht zweifelsfrei entnehmen lässt, wenn sie die Art der von dem Untergebrachten drohenden Missbrauchstaten innerhalb des Spektrums der §§ 176, 176a und 176b StGB nicht näher spezifiziert und wenn sie sich nicht damit auseinandersetzt, ob der Gefährlichkeit dadurch ausreichend begegnet werden kann, dass der mittlerweile über

70 Jahre alte und beinamputierte Betroffene – wie von dem herangezogenen Sachverständigen angeraten – angewiesen wird, in einem ununterbrochen mit Pflegepersonal besetzten Altenheim zu leben.

5. Das Rechtsschutzbedürfnis für die verfassungsgerichtliche Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht auch dann fort, wenn die angegriffene Entscheidung nicht mehr die aktuelle Grundlage der Unterbringung bildet, weil zwischenzeitlich eine erneute Fortdauerentscheidung ergangen ist.

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 392. BGH 4 StR 158/17 – Urteil vom 1. März 2018 (LG Frankfurt am Main)

Eventualvorsatz (Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit: erforderliche Gesamtschau, Selbstgefährdung des Täters als Indiz, erforderliche Darstellung im Urteil); Verhängung von Jugendstrafe (Vorliegen schädlicher Neigungen des Jugendlichen: zeitnahe Begehung weiterer Straftaten als Indiz; Bildung einer nachträglichen Gesamtjugendstrafe unter Einbeziehung einer Tat im Erwachsenenalter: Schwergewicht bei der Tat im Heranwachsenalter).

§ 15 StGB; § 17 Abs. JGG; § 31 Abs. 2 JGG; § 32 JGG; § 105 JGG

1. Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht (vgl. BGHSt 57, 183, 186 f.). Dabei ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 79, 80). Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. BGH NStZ 2006, 446). Dabei hat der Tatrichter die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz in Frage stellenden Umstände in seine

Erwägungen einzubeziehen (vgl. BGH NStZ 2015, 516, 517).

2. Ein wesentlicher vorsatzkritischer Gesichtspunkt ist in Fällen, in denen dies naheliegt, die Eigengefährdung des Täters. Dabei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen: Zwar gibt es keine Regel, wonach es einem Tötungsvorsatz entgegensteht, dass mit der Vornahme einer fremdgefährdenden Handlung auch eine Eigengefährdung einhergeht (vgl. BGH NStZ 2000, 583, 584). Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, kann aber eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat.

3. Dementsprechend muss sich der Tatrichter beim Vorliegen einer solchen Konstellation einzelfallbezogen damit auseinandersetzen, ob und in welchem Umfang aus Sicht des Täters aufgrund seines Verhaltens eine Gefahr (auch) für seine eigene körperliche Integrität drohte. Hierfür können sich wesentliche Indizien aus den objektiven Tatumständen ergeben, namentlich dem täterseitig genutzten Verkehrsmittel und den konkret drohenden Unfallszenarien. So kann es sich etwa unterschiedlich auf das Vorstellungsbild des Täters zu seiner Eigengefährdung auswirken, ob er sich selbst in einem Pkw oder auf einem Motorrad befindet und ob Kollisionen mit Fußgängern oder Radfahrern oder mit anderen Pkw oder gar Lkw drohen.

4. Schädliche Neigungen im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 JGG sind erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel, die ohne längere Gesamterziehung die Gefahr weiterer Straftaten begründen. Sie müssen auch noch zum Urteilszeitpunkt bestehen und weitere Straftaten befürchten lassen

(st. Rspr.). Wird der Täter nach der verfahrensgegenständlichen Tat zeitnah erneut straffällig, kann dies sowohl ein Indiz für bereits im Tatzeitpunkt entwickelte Persönlichkeitsmängel, als auch für deren Fortbestand sein und deshalb für die Annahme schädlicher Neigungen sprechen (vgl. BGH NStZ 2010, 280, 281).

5. In entsprechender Anwendung von § 31 Abs. 2 Satz 1, § 32 Satz 1 i.V.m. § 105 Abs. 2 JGG kann in eine einheitliche Jugendstrafe auch eine rechtskräftige und noch nicht erledigte Verurteilung zu Freiheitsstrafe einbezogen werden, die wegen einer Tat verhängt worden ist, die der Angeklagte als Erwachsener begangen hat (vgl. BGHSt 40, 1). Voraussetzung dafür ist, dass eine oder mehrere noch im Heranwachsendenalter begangene Tat(en) zur Aburteilung anstehen, auf die Jugendstrafrecht anzuwenden wäre und eine zusammenfassende, die Erwachsenenstrafat einbeziehende Bewertung ergibt, dass das Schwergewicht im Sinne des § 32 Satz 1 JGG bei den nach Jugendstrafrecht zu beurteilenden Tat(en) liegt und deshalb einheitlich Jugendstrafrecht gilt (vgl. BGHSt 37, 34, 35 ff.). Liegt das Schwergewicht dagegen bei der Erwachsenenstrafat, ist entsprechend § 32 Satz 2 i.V.m. § 105 Abs. 2 JGG einheitlich das allgemeine Strafrecht anzuwenden. Schließlich kann die Jugendkammer aber auch nach § 31 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 105 Abs. 2 JGG von einer Einbeziehung absehen, wenn dies aus erzieherischen Gründen zweckmäßig ist.

### **388. BGH 2 StR 252/17 – Beschluss vom 7. Dezember 2017 (LG Frankfurt a. M.)**

Notwehr (Erforderlichkeit: lebensbedrohlicher Einsatz eines Messers, Pflicht zur Androhung; Einschränkung des Notwehrrechts bei Notwehrprovokation: keine Einschränkung allein wegen Neigung des Angreifers zu aggressiven Verhaltens).

§ 32 StGB

1. Eine Verteidigung ist nicht im Sinne des § 32 Abs. 1 StGB geboten, wenn von dem Angegriffenen aus Rechtsgründen die Hinnahme der Rechtsgutsverletzung oder eine eingeschränkte und risikoreichere Verteidigung zu fordern ist (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 272, 273). Der Angegriffene muss sich daher insbesondere bei der Wahl eines lebensgefährlichen Verteidigungsmittels besondere Zurückhaltung auferlegen, wenn er die Auseinandersetzung schuldhaft provoziert hat (Notwehrprovokation).

2. Wer durch ein rechtswidriges, pflichtwidriges oder sozialetisch eindeutig zu missbilligendes Vorverhalten einen Angriff auf sich schuldhaft provoziert hat, auch wenn er ihn nicht in Rechnung gestellt haben sollte oder gar beabsichtigt hat, darf nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen (vgl. BGH NStZ 2016, 84, 85). Der Angegriffene ist in Fällen der Notwehrprovokation daher verpflichtet, dem Angriff gegebenenfalls auszuweichen oder das Risiko hinzunehmen, das mit der Wahl eines weniger gefährlichen Abwehrmittels verbunden ist (vgl. BGHSt 24, 356, 359). Allerdings ist das Notwehrrecht auch in Fällen eines rechtswidrigen oder sozialetisch zu missbilligenden Vorverhaltens nur eingeschränkt; ein vollständiger Ausschluss oder eine zeit-

lich unbegrenzte Ausdehnung der Beschränkungen des Notwehrrechts ist damit nicht verbunden (st. Rspr.).

3. Die bloße Neigung des Angreifers zu aggressivem Verhalten sowie die Kenntnis des Angegriffenen hiervon vermag eine Einschränkung des Notwehrrechts nicht zu begründen.

4. Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers kann erforderlich und durch Notwehr gerechtfertigt sein. Die Verpflichtung, den Gebrauch eines Messers vorher anzudrohen, besteht grundsätzlich nur gegenüber einem unbewaffneten Angreifer (vgl. BGHSt 26, 256, 258).

### **425. BGH 2 StR 545/17 – Beschluss vom 7. Februar 2018 (LG Aachen)**

Stufenverhältnis und Wahlfeststellung (räuberische Erpressung und Diebstahl: kein Stufenverhältnis, keine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit).  
§ 55 StGB; § 242 StGB; § 250 StGB ; § 255 StGB

1. Sieht sich der Tatrichter nicht in der Lage, den von ihm zu beurteilenden Tatvorgang eindeutig festzustellen, muss er vielmehr mehrere mögliche Geschehensabläufe in Rechnung stellen, dann ist das Verhältnis der möglichen das Tatgeschehen bildenden Verhaltensweisen zueinander dafür maßgebend, ob und aufgrund welcher Strafvorschrift der Angeklagte zu verurteilen ist. Stehen die zu beurteilenden Verhaltensweisen in einem Stufenverhältnis zueinander, so ist nach dem Grundsatz, dass im Zweifel zugunsten des Angeklagten zu entscheiden ist, aufgrund des mildereren Gesetzes zu verurteilen. Wenn ein solches Stufenverhältnis nicht vorliegt, kommt im Einzelfall eine gesetzesalternative Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage in Betracht. Ist auch dies rechtlich nicht möglich, kann ein Auffangtatbestand zur Anwendung kommen.

2. Zwischen schwerer räuberischer Erpressung und Diebstahl besteht kein Stufenverhältnis, das den Rückgriff auf den Diebstahlstatbestand als günstigere Alternative ermöglichen würde. Ein derartiges Stufenverhältnis liegt nur vor, wenn die alternativ in Frage kommenden Tatbestände in einem Verhältnis von Mehr und Weniger zueinander stehen. Das ist aber ausschließlich dann der Fall, wenn ein Straftatbestand vollständig in dem anderen enthalten ist, wie etwa bei Diebstahl oder Raub, die jeweils die Wegnahme einer fremden Sache voraussetzen.

3. Eine gesetzesalternative Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage („echte Wahlfeststellung“) erfordert nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die verschiedenen in Frage kommenden Straftatbestände rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind. Das ist bei den Alternativen von Diebstahl oder schwerer räuberischer Erpressung nicht der Fall, und zwar auch dann nicht, wenn Qualifikationen der Erpressung bei der Vergleichsbetrachtung weggelassen werden; denn Diebstahl und Erpressung unterscheiden sich so sehr, dass sie einander ausschließen. Der Erpresser bereichert sich nicht nur auf Kosten eines anderen, insoweit wertungsmäßig vergleichbar mit dem Dieb, sondern er wirkt mit

Gewalt oder Drohung auf die Freiheit der Willensent-schließung des Opfers ein. Diese Verletzung eines anderen Rechtsguts steht der Annahme einer rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit entgegen.

**443. BGH 3 StR 612/17 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Wuppertal)**

Keine wahlweise Verurteilung wegen (versuchten) Raubes und (versuchter) räuberischer Erpressung; rechtsfehlerhafte Verneinung eines Hanges trotz intensiver Neigung zum Betäubungsmittelkonsum.  
§ 64 StGB; § 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

Eine wahlweise Verurteilung wegen (hier: versuchten) besonders schweren Raubes oder wegen (hier: versuchter) besonders schwerer räuberischer Erpressung kommt nicht in Betracht, weil der Tatbestand der räuberischen Erpressung den engeren Tatbestand des Raubes mitumfasst. Denn die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache im Sinne des § 249 StGB schließt auch die Nötigung eines anderen zur Duldung der Wegnahme im Sinne der §§ 253, 255 StGB ein.

**396. BGH 4 StR 516/17 – Beschluss vom 14. März 2018 (LG Dortmund)**

Vergewaltigung (Konkurrenzverhältnis bei mehreren hintereinander begangenen Vergewaltigungen: Tateinheit bei einheitlicher Gewaltnwendung bzw. fortwirkender Drohung); Adhäsionsverfahren (erforderliche Angabe der Größenordnung des begehrten Schmerzensgelds).  
§ 177 Abs. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 404 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 253 Abs. 2 BGB

Für die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei mehrfach hintereinander begangenen Vergewaltigungen kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs maßgeblich darauf an, ob der Nötigung des Tatopfers ein einheitliches Tun des Angeklagten zugrunde liegt. Bei einheitlicher Gewaltnwendung liegt ebenso wie bei fortgesetzter oder fortwirkender Drohung trotz mehrfach dadurch erzwungener Beischlafhandlungen nur eine Tat im Rechtssinne vor (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 235).

**382. BGH 1 StR 83/18 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Hof)**

Rücktritt vom Versuch (unbeendeter Versuch: erforderliche Feststellungen zum Rücktrittshorizont; Fehlschlag des Versuchs: kein zwangsläufiger Fehlschlag bei dem Täter bekannter Benachrichtigung der Polizei; Freiwilligkeit: Abstandnahme von der Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven).  
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1. Der Annahme von Freiwilligkeit im Sinne des § 24 Abs. 1 StGB steht es nicht von vornherein entgegen, dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt oder die Abstandnahme von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Täter die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will und dementsprechend „Herr

seiner Entschlüsse“ geblieben ist (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 241).

2. Die Benachrichtigung der Polizei und die Kenntnis des Täters davon rechtfertigen für sich genommen weder die Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs, noch stehen sie grundsätzlich einer Freiwilligkeit im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB entgegen, da ein Täter in der Zeit bis zum Eintreffen derselben grundsätzlich noch ungehindert weitere Ausführungshandlungen vornehmen kann, ohne dass damit für ihn eine beträchtliche Risikoerhöhung verbunden sein muss.

**409. BGH 4 StR 397/17 – Urteil vom 15. März 2018 (LG Bochum)**

Rücktritt (Rücktrittshorizont: Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur).  
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen strafbefreienden Rücktritts darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält.

2. Der sogenannte Rücktrittshorizont kann in engen Grenzen allerdings noch nachträglich korrigiert werden: Wenn der Täter, der nach der letzten Ausführungshandlung den Erfolgseintritt zunächst für möglich hält, unmittelbar darauf erkennt, dass er sich geirrt hat, kann er durch Abstandnahme von weiteren möglichen Ausführungshandlungen mit strafbefreiender Wirkung vom Versuch zurücktreten.

3. Rechnet der Täter zunächst nicht mit einem tödlichen Ausgang, ist auch eine sogenannte umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizontes möglich, wenn er unmittelbar darauf erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat. In diesem Fall liegt ein beendeter Versuch vor. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Korrektur der Vorstellung des Täters bei fortbestehender Handlungsmöglichkeit sogleich nach der letzten Tathandlung in engstem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dieser erfolgt.

**402. BGH 2 StR 353/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Aachen)**

Rücktritt (Rücktrittshorizont: Definition, Anforderungen an die Feststellungen; unbeendeter Versuch nach Erreichen eines außertatbestandlichen Handlungszieles).  
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont). Erkennt der Täter, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansatzens bedürfte oder glaubt er subjektiv, dass er sein Ziel im

unmittelbaren Handlungsfortgang nicht mehr erreichen kann, so liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor.

2. Fehlt es an den erforderlichen Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung, so hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

3. Der Umstand, dass ein Täter sein außertatbestandliches Handlungsziel erreicht hat, einen (freiwilligen) Rücktritt vom unbeeendeten Versuch nicht aus.

**441. BGH 3 StR 482/17 – Urteil vom 11. Januar 2018 (LG Bad Kreuznach)**

Fehlgeschlagener Versuch (Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten; Rücktrittshorizont; revisionsrechtliche Prüfung; sachlich-rechtlicher Mangel bei fehlenden Feststellungen); Bestimmen einer minderjährigen Person zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Bestimmens; kommunikative Handlung; Förderung; konkurrenzrechtliche Bewertung bei ein- und demselben Güterumsatz); Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe trotz ausgebliebenem Aufklärungserfolg.

§ 29 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG; § 31 BtMG; § 24 StGB; § 46 StGB; § 52 StGB

1. Fehlgeschlagen ist der Versuch, wenn der Taterfolg aus der Sicht des Täters mit den bereits eingesetzten oder zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr erreicht werden kann, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt wird. Daher sind zur Annahme eines Fehlschlags regelmäßig Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten im Moment seines Nichtweiterhandelns (Rücktrittshorizont) erforderlich; lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

2. Die Handlungsalternative des „Bestimmens“ im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG stellt sich als Parallele zu § 26 StGB dar und erhebt die Anstiftungshandlung zur eigentlichen Haupttat. Unter „Bestimmen“ ist dabei die Einflussnahme auf den Willen eines anderen zu verstehen, die diesen zu dem im Gesetz beschriebenen Verhalten bringt. Dies setzt einen kommunikativen Akt voraus.

3. § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG in der Variante des Bestimmens eines Minderjährigen zum Fördern einer der dort genannten Handlungen erfordert darüber hinaus, dass der angestiftete Minderjährige neben den objektiven auch die subjektiven Voraussetzungen einer Beihilfehandlung im Sinne des § 27 StGB verwirklicht. Die Vorschrift erfasst auch das Bestimmen zur Förderung einer inkriminierten Handlung durch den Bestimmenden selbst.

4. Soweit ein und derselbe Güterumsatz Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung ist, ist bei Absatzdelikten eine Tat anzunehmen. Bestimmt der Täter bei seinem auf den Umsatz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gerichteten Handeln zugleich eine Person unter 18 Jahren dazu, mit diesen Betäubungsmitteln selbst Handel zu treiben oder das Handeltreiben des Täters zu fördern, so stehen § 29a Abs. 1 Nr. 2 und § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG wegen ihres verschiedenartigen Unrechtsgehalts in Tateinheit.

**440. BGH 3 StR 451/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhafte Zurechnung einer versuchten Totschlagshandlung über die Mittäterschaft (Exzess; sukzessive Mittäterschaft; einseitige Kenntnisnahme; Voraussetzungen der Mittäterschaft); erforderliche Feststellungen zum Rücktrittshorizont beim fehlgeschlagenen Versuch.

§ 24 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Sukzessive Mittäterschaft setzt voraus, dass ein weiterer Beteiligter in Kenntnis und Billigung des von einem anderen begonnenen Handelns in das tatbestandsmäßige Geschehen als Mittäter eingreift und sich mit dem anderen vor Beendigung der Tat zu gemeinschaftlicher weiterer Ausführung verbindet. Eine bloß einseitige Kenntnisnahme und Billigung des bisherigen Geschehens genügt nicht.

2. Zur Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs sind regelmäßig Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten im Moment seines Nichtweiterhandelns (Rücktrittshorizont) erforderlich; fehlen in den Urteilsfeststellungen entsprechende Ausführungen, die zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch im Allgemeinen unerlässlich sind, so hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung in der Regel nicht stand. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die festgestellte objektive Sachlage sichere Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Angeklagten gestattet.

Rechtsprechung

**II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil**

**459. BGH 5 StR 652/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Görlitz)**

Vergewaltigung (Narkosemittel; gefährliches Werkzeug; Verwenden bei der Tat; sonstiges Werkzeug oder

Mittel; Absicht zur Verhinderung oder Überwindung von Widerstand; Zeitpunkt der Fassung des Vergewaltigungsvorsatzes).

§ 177 Abs. 2, Abs. 7, Abs. 8 StGB



Betäubt der Täter einer Vergewaltigung das Opfer mit einem Narkosemittel, kommt eine Qualifikation der Tat weder nach § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB noch nach § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB in Betracht, wenn die Verwendung des Narkosemittels zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem noch kein Vergewaltigungsvorsatz vorliegt. Denn unter diesen Umständen fehlt es sowohl an der in § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB bezeichneten Absicht als auch am Merkmal des Verwendens bei der Tat im Sinne von § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB.

### 379. BGH 1 StR 412/16 – Beschluss vom 27. Juli 2017 (LG Kempten)

Datenveränderung (Verändern von Daten: Voraussetzungen, hier: Hinzufügen von Einträgen in einer Registry-Datei); Ausspähen von Daten (erforderliche Dokumentation des Geheimhaltungsinteresses durch besondere Sicherungsvorkehrungen: Firewall); Anordnung des Verfalls (Krypto-Währung als erlangtes Etwas; Verschlechterungsverbot: Anwendbarkeit auf Verfallsanordnung, hier: Wertobergrenze der Verfallsanordnungen bei für verfallen erklärter Krypto-Währung mit hoher Wertvolatilität)

§ 303a Abs. 1 StGB; § 202a Abs. 1 StGB; § 73 Abs. 1 aF StGB; § 73e aF StGB; § 331 StPO

1. Das Hinzufügen von Einträgen in der Registry-Datei eines Computers zum automatischen Starten heimlicher Hintergrundprogramme stellt ein Verändern von Daten im Sinne des § 303a Abs. 1 StGB dar.

2. Ein Verändern von Daten im Sinne des § 303a Abs. 1 StGB liegt vor bei einem Herbeiführen von Funktionsbeeinträchtigungen der Daten, die eine Änderung ihres Informationsgehalts oder des Aussagegewerts zur Folge haben. Hierunter fällt jede Form der inhaltlichen Umgestaltung von gespeicherten Daten, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese eine objektive Verbesserung darstellt. Entscheidend ist vielmehr, dass ein vom bisherigen abweichender Zustand herbeigeführt wird.

3. Geschützt sind Daten durch den § 202a StGB nur dann, wenn der Verfügungsberechtigte das Interesse an ihrer Geheimhaltung durch besondere Sicherungsvorkehrungen dokumentiert hat (vgl. BGH NStZ 2016, 339). Um von einer Dokumentation an der Geheimhaltung der Daten ausgehen zu können, bedarf es einer zum Tatzeitpunkt bestehenden Zugangssicherung, die darauf angelegt sein muss, den Zugriff Dritter auf die Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren. Darunter fallen insbesondere Schutzprogramme wie Firewalls, die geeignet sind, unberechtigten Zugriff auf die auf einem Computer abgelegten Daten zu verhindern, und die nicht ohne fachspezifische Kenntnisse überwunden werden können und den Täter zu einer Zugangsart zwingen, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte (vgl. BGH NStZ 2011, 154).

4. Erlangtes Etwas im Sinne der § 73 Abs. 1 aF StGB ist die Gesamtheit des materiell aus der Tat tatsächlich Erlangten. Hiervon werden – ungeachtet ihrer Rechtsnatur – auch Bitcoins erfasst. Sie stellen angesichts ihres Marktwertes einen realisierbaren Vermögenswert dar, für den der Angeklagte sowohl materiell Berechtigter ist als

auch die faktische Verfügungsgewalt hat. Sie sind angesichts der Speicherung in der Blockchain und der Kombination aus öffentlichen und dem Angeklagten bekannten privaten Schlüssel der Wallet hinreichend abgrenzbar und damit tauglicher, wenn auch nicht körperlicher Gegenstand einer Verfallsanordnung. Soweit dagegen geltend gemacht wird, Bitcoins könnten allein deswegen kein Verfallsgegenstand sein, da sie weder Sache noch Recht seien und deswegen der Wortlaut des § 73e aF StGB auf sie nicht anwendbar sei, kann dem nicht gefolgt werden. Die Vorschrift des § 73 Abs. 1 Satz 1 aF StGB enthält gerade keine solche Begrenzung auf Sachen oder Rechte.

5. Das Verschlechterungsverbot gilt auch für die Verfallsvorschriften (vgl. BGH NStZ 2011, 229) und bewirkt, dass die Maßnahme im Falle einer Anordnung nicht über den ursprünglichen Gegenstand hinaus erweitert werden darf (vgl. BGH NStZ 2014, 32). Zwar bleibt die Vermögensabschöpfung auf die Bitcoins beschränkt und erfasst unmittelbar keinen darüber hinausgehenden Gegenstand. Das Entfallen einer Wertgrenze für die Vermögensabschöpfung, die dem Angeklagten im ersten Rechtsgang als Begünstigung gewährt worden war, stellt aber nach der gebotenen faktischen Betrachtungsweise (vgl. hierzu BGH StraFo 2007, 510) eine den Angeklagten – je nach volatiler Entwicklung der Bitcoins – möglicherweise ungleich stärker belastende und damit schwerere Rechtsfolge dar.

### 393. BGH 4 StR 311/17 – Urteil vom 1. März 2018 (LG Bremen)

Gefährdung des Straßenverkehrs durch zu schnelles Fahren an Straßeneinmündungen (Begriff der Straßeneinmündung: Fußgängerfurten als Teil der Einmündung; erforderliche Risikozusammenhang zwischen zu schnellem Fahren und Gefährdung: keine Unterbrechung durch Rotlichtverstoß des gefährdeten Fußgängers); Eventualvorsatz (Totschlag; Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit im Straßenverkehr: erkannte Eigengefährdung als Indiz).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 d) StGB; § 37 StVO; § 15 StGB; § 212 StGB

1. Zum Einmündungsbereich einer Straße im Sinne von § 315c Abs. 1 Nr. 2 d) StGB gehören auch kurz vor der eigentlichen Einmündung befindliche Fußgängerfurten, selbst wenn diese vom eigentlichen Kreuzungsbereich um einige Meter abgesetzt sind.

2. Der für § 315c Abs. 1 StGB erforderliche Risikozusammenhang entfällt nicht dadurch, dass der Geschädigte die Fußgängerfurt – entgegen § 37 StVO – bei rotem Ampelsignal betrat. Die Strafvorschrift des § 315c Abs. 1 Nr. 2 d) StGB dient anerkanntermaßen auch dem Schutz von Fußgängern, die an Kreuzungen oder Einmündungen die Fahrbahn überqueren. An innerstädtischen Kreuzungen und Einmündungen sind, insbesondere am späten Abend, Rotlichtverstöße an Fußgängerüberwegen nicht unüblich und gehören damit zum typischen Risiko eines solchen Verkehrsbereichs. Auch um auf ein solches Fehlverhalten anderer Verkehrsteilnehmer angemessen reagieren zu können, verbietet sich an diesen Stellen ein zu schnelles Fahren.

3. Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, kann eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraute und deshalb nicht mit Verletzungsvorsatz handelte. Dementsprechend muss sich der Tatrichter beim Vorliegen einer solchen Konstellation einzelfallbezogen damit auseinandersetzen, ob und in welchem Umfang aus Sicht des Täters aufgrund seines Verhaltens eine Gefahr (auch) für seine eigene körperliche Integrität drohte. Hierfür können sich wesentliche Indizien aus den objektiven Tatumständen ergeben, namentlich dem täterseitig genutzten Verkehrsmittel und den konkret drohenden Unfallszenarien.

**395. BGH 4 StR 469/17 – Beschluss vom 15. März 2018 (LG Bremen)**

Gefährdung des Straßenverkehrs (Begriff des falschen Fahrens beim Überholen; erforderlicher Zusammenhang zwischen den spezifischen Risiken der Tatbestandsvarianten und der eingetretenen Gefahr); Strafzumessung (keine strafscharfende Berücksichtigung der Beseitigung von Tatspuren).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b) StGB; § 5 StVO; § 46 StGB

1. Überholen im Sinne der Strafvorschrift des § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB meint das Vorbeifahren von hinten an sich in derselben Richtung bewegenden oder verkehrsbedingt haltenden Fahrzeugen auf derselben Fahrbahn oder unter Benutzung von Flächen, die mit der Fahrbahn nach den örtlichen Gegebenheiten einen einheitlichen Straßenraum bilden (vgl. BGHSt 61, 249).

2. Ein falsches Fahren beim Überholen ist gegeben, wenn der Täter eine der in § 5 StVO normierten Regeln verletzt oder einen anderweitigen Verkehrsverstoß begeht, der das Überholen als solches gefährlicher macht, sodass ein innerer Zusammenhang zwischen dem Verkehrsverstoß und der spezifischen Gefahrenlage des Überholens besteht (vgl. BGH NZV 2017, 135, 136). Unbeschadet des Umstands, dass ein solches Verhalten nicht gegen § 5 StVO verstößt (vgl. OLG Düsseldorf, VRS 91, 144), kann ein falsches Überholen daher darin liegen, dass der Täter unter Missachtung der auf einer Abbiegespur durch Zeichen 297 nach Anlage 2 zu § 41 Abs. 1 StVO getroffenen Anordnung über die einzuhaltende Fahrtrichtung überholt.

3. Der Tatbestand des § 315c Abs. 1 StGB setzt voraus, dass die unter eine der verschiedenen Begehungsvarianten zu subsumierende Tathandlung zu einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert geführt hat. Wie dem Wortlaut der Norm („und dadurch“) zu entnehmen ist, muss ein innerer Zusammenhang zwischen der herbeigeführten Gefahr und den mit den verschiedenen Tatbestandsalternativen typischerweise verbundenen Risiken in der Weise bestehen, dass sich in der eingetretenen Gefahrenlage gerade das spezifische Risiko der Tathandlung verwirklicht hat. Dass der Gefahrenerfolg nur gelegentlich der Tathandlung des § 315c Abs. 1 StGB eintritt, reicht dagegen nicht (vgl. BGH NSTz 2007, 222).

4. Der Versuch, sich selbst durch Beseitigung von Tatspuren der Strafverfolgung zu entziehen, darf nicht strafschärfend gewertet werden, selbst wenn die Spurenbeseitigung umsichtig oder kaltblütig vorgenommen wird. Anders kann es sich dann verhalten, wenn der Täter neues Unrecht schafft oder mit seinem Verhalten weitergehende Ziele verfolgt, die ein ungünstiges Licht auf ihn werfen (vgl. BGH NSTz 2011, 512).

**378. BGH 1 StR 351/17 – Urteil vom 21. Februar 2018 (LG Ansbach)**

Mord (niedrige Beweggründe: Tötung des sich vom Täter abwendenden Intimpartners; Heimtücke); milderer Fall des Totschlags (Gesamtbetrachtung: kein zwingendes Erfordernis einer bewussten Provokation durch das Opfer).

§ 211 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

1. Die Tötung des Intimpartners, der sich vom Täter abwenden will, muss nicht zwangsläufig als durch niedrige Beweggründe motiviert bewertet werden. Gerade der Umstand, dass die Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist, darf als gegen die Niedrigkeit des Beweggrundes sprechender Umstand beurteilt werden (vgl. BGH NSTz-RR 2006, 340, 342).

2. An der Tragfähigkeit einer vorsätzlich oder zumindest im Bewusstsein des provozierenden Charakters erfolgten Provokation als eigenständiger notwendiger Bedingung des § 213 Alt. 1 StGB bestehen aus Sicht des Senats Zweifel. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für das Eingreifen von § 213 Alt. 1 StGB darauf an, ob das provozierende Verhalten des späteren Tatopfers nach seinem Gewicht und den Umständen des Einzelfalls geeignet ist, die „Jähart als eine verständliche Reaktion“ des Täters auf das provozierende Verhalten des Opfers der nachfolgenden Tötungstat erscheinen zu lassen (vgl. BGH NSTz 2015, 582). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist auf der Grundlage einer Gesamtbewertung vorzunehmen, in die alle Umstände einzubeziehen sind, die dem konkreten Einzelfall unter dem Gesichtspunkt der Provokation durch das spätere Tatopfer sein Gepräge geben (vgl. BGH StV 2017, 543, 544 Rn. 15).

3. Nach diesen Grundsätzen erschließt sich die Erforderlichkeit einer subjektiven Komponente des provozierenden Opferverhaltens als notwendige Bedingung des § 213 Alt. 1 StGB nicht. Eigenständiges Gewicht als notwendige Anwendungsvoraussetzung kann einem Provokationsvorsatz oder -bewusstsein wegen der erforderlichen Auswirkungen der Provokation auf die Gemütslage des Täters nicht zukommen. Das Provokationsbewusstsein des späteren Opfers im Rahmen von § 213 Alt. 1 StGB ist aber regelmäßig als Abwägungsfaktor im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung des Gewichts des der Tötung vorausgehenden Opferverhaltens einzustellen. Fehlte dem späteren Opfer des Tötungsdelikts – für den Täter erkennbar – das Bewusstsein durch eine Misshandlung oder schwere Beleidigung den Täter zu provozieren, wäre dies typischerweise als das Gewicht der Provokation minderndes Kriterium zu berücksichtigen.

**416. BGH 4 StR 593/17 – Beschluss vom 27. März 2018 (LG Hagen)**

Rücktritt (Rücktrittshorizont: fehlgeschlagener Versuch, beendeter und unbeendeter Versuch).

§ 24 Abs. 1 StGB

1. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Auch dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont). Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten. Scheidet ein Fehlschlag aus, kommt es auf die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch an.

2. Allen Fällen aber ist gemeinsam, dass das Vorstellungsbild des Täters im entscheidungserheblichen Zeitpunkt von maßgebender Bedeutung ist. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**408. BGH 4 StR 377/17 – Beschluss vom 18. Januar 2018 (LG Essen)**

Bandendiebstahl (Definition: bandenmäßige Begehung); Urteilsgründe (Darlegung der Ergebnisse der molekulargenetischen Untersuchung).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1. Die bandenmäßige Begehung einer Straftat setzt voraus, dass der Täter die Tat unter Mitwirkung mindestens eines weiteren Bandenmitglieds begeht, wobei es ausreicht, dass beide bei der Tat in irgendeiner Weise zusammenwirken.

2. Bei der Darlegung der Ergebnisse der molekulargenetischen Untersuchung im Urteil muss der Tatrichter nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mitteilen, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist. Nur dann kann das Revisionsgericht überprüfen, ob das Ergebnis einer auf einer DNA-Untersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung plausibel ist.

**437. BGH 3 StR 426/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Oldenburg)**

Konkurrenzrechtliche Anwendung der als Mittel zur Begehung schwerwiegender Delikten begangenen Freiheitsberaubung (selbständiger Unrechtsgehalt; Erstreckung über längeren Zeitraum mit zwischenzeitlicher Beruhigung des Geschehens).

§ 239 StGB

§ 239 Abs. 1 StGB kommt konkurrenzrechtlich nicht zur Anwendung, wenn die Freiheitsberaubung nur das tatbestandsmäßige Mittel zur Begehung anderer, insbesondere schwerer wiegender Delikte bildet. Anders verhält es sich aber, wenn die Freiheitsberaubung über das hinausgeht, was zur Verwirklichung der anderen Delikte gehört und insoweit einen selbständigen Unrechtsgehalt erlangt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die Freiheitsberaubung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, in dem – unterbrochen von Phasen der Beruhigung des Geschehens – weitere Delikte (hier u.a. körperliche Misshandlungen) begangenen werden.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**457. BGH 5 StR 611/17 – Urteil vom 10. April 2018 (LG Hamburg)**

BGHSt; fortbestehende Möglichkeit zum Verzicht auf eine Einziehungsanordnung bei freiwilligem Verzicht auf Rückgabe von Betäubungsmittelerlösen nach Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung; keine Anwendbarkeit der Übergangsvorschriften auf Regelungen über die Einziehung.

§ 73 StGB; § 74 StGB; 316h EGStGB

1. Hat ein Angeklagter wirksam auf die Rückgabe bei ihm sichergestellter Betäubungsmittelerlöse verzichtet, bedarf es auch aufgrund der seit 1. Juli 2017 geltenden §§ 73 ff. StGB regelmäßig keiner förmlichen Einziehung. (BGHSt)

2. Hat ein Angeklagter wirksam den aus seinem früheren Besitz erwachsenden Herausgabeanspruch bezüglich des durch Drogengeschäfte erlangten Geldes aufgegeben, so ginge dessen Einziehung ins Leere und wäre ungeeignet, ihr Ziel zu erreichen (und somit unverhältnismäßig). Da der Angeklagte nach § 134 BGB am Käuferlös kein Eigentum erwerben kann, könnte ihm mehr als das Besitzrecht auch nach § 73 StGB nicht entzogen werden. Einer dennoch vorgenommenen Einziehungsanordnung käme ihm gegenüber nur deklaratorische Bedeutung zu. (Bearbeiter)

3. Nach Art. 316h EGStGB sind lediglich die durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I 2017, S. 872) neu

gefassten Bestimmungen zur Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff. StGB), nicht aber die der Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten nach §§ 74 ff. StGB auch auf vor ihrem Inkrafttreten verübte Taten anwendbar. (Bearbeiter)

#### **414. BGH 4 StR 568/17 – Urteil vom 29. März 2018 (LG Detmold)**

BGHSt; Verfall des Wertersatzes (anwendbare Übergangsvorschriften im Falle des nicht begründeten Unterbleibens einer Anordnung); Rechtsmittelbegründung (Möglichkeit der isolierten Anfechtung des Strafausspruchs: Unzulässigkeit im Einzelfall); Strafbemessung (eingeschränkte revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit); bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Vorliegen eines minder schweren Falles: Gesamtabwägung); Bildung der Gesamtstrafe (Anforderungen an den Begründungsaufwand).

§ 54 Abs. 1 StGB; § 73a Satz 1 StGB aF; Art. 316h Satz 2 EGStGB; § 30a Abs. 3 BtMG

1. Eine „Entscheidung über die Anordnung des Verfalls und des Verfalls von Wertersatz“ im Sinne von Art. 316h Satz 2 EGStGB ist auch das nicht begründete Unterbleiben der Anordnung einer dieser Maßnahmen in einem tatrichterlichen Urteil. (BGHSt)

2. Eine den Schuldspruch unberührt lassende isolierte Anfechtung des Strafausspruchs ist grundsätzlich möglich. Anderes gilt nur, wenn Umstände vorliegen, aus denen sich ausnahmsweise eine untrennbare Verknüpfung von Schuld- und Strafrage ergibt. Auch die Entscheidung über die Nichtanordnung eines Wertersatzverfalls kann getrennt vom Schuldspruch angefochten werden. (Bearbeiter)

3. Grundsätzlich besteht zwischen dem Strafausspruch und der Entscheidung über die Nichtanordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt keine Wechselwirkung. Nur wenn sich den Urteilsgründen oder der Strafhöhe ausnahmsweise entnehmen lässt, dass der Strafausspruch von dem Unterbleiben der Maßregelanordnung beeinflusst sein kann, bestehen gegen die Trennbarkeit beider Entscheidungen Bedenken, sodass eine isolierte Anfechtung unzulässig wäre. (Bearbeiter)

4. Die Strafbemessung (Strafrahmenbestimmung, Festsetzung der Einzelstrafen und der Gesamtstrafe) ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Ein Eingriff des Revisionsgerichts ist nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, von unzutreffenden Tatsachen ausgehen, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Spielraums liegt. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist ausgeschlossen. In Zweifelsfällen muss das Revisionsgericht die vom Tatgericht vorgenommene Bewertung bis an die Grenze des Vertretbaren hinnehmen. (Bearbeiter)

5. Die Entscheidung, ob ein minder schwerer Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln

vorliegt, erfordert eine Gesamtbetrachtung, bei der alle Umstände zu würdigen sind, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen. Dabei sind alle wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände gegeneinander abzuwägen. Erst nach dem Gesamteindruck kann entschieden werden, ob der außerordentliche Strafrahmen anzuwenden ist. (Bearbeiter)

6. Die Bemessung der Gesamtstrafe ist ein eigenständiger Zumessungsakt, bei dem die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend zu würdigen sind. Dabei sind vor allem das Verhältnis der einzelnen Taten zueinander, ihre größere oder geringere Selbstständigkeit, die Häufigkeit der Begehung, die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und der Begehungsweisen sowie das Gesamtgewicht des abzuurteilenden Sachverhalts zu berücksichtigen. Besteht zwischen den einzelnen Taten ein enger zeitlicher, sachlicher und situativer Zusammenhang, hat die Erhöhung der Einsatzstrafe in der Regel geringer auszufallen. Auch hierbei braucht der Tatrichter nur die bestimmenden Zumessungsgründe im Urteil darzulegen. Eine Bezugnahme auf die zu den Einzelstrafen gemachten Ausführungen ist grundsätzlich zulässig. Einer eingehenderen Begründung bedarf es hingegen, wenn die Einsatzstrafe nur geringfügig überschritten oder die Summe der Einzelstrafen nahezu erreicht wird. (Bearbeiter)

#### **385. BGH 2 StR 150/15 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Köln)**

Strafzumessung (Tötungsabsicht als strafschärfender Umstand: gebotene Einzelfallbetrachtung, kein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot).

§ 46 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB

1. Tötungsabsicht kann ein taugliches Kriterium für eine Strafschärfung sein. Die Frage, ob in der festgestellten Tötungsabsicht ein die Strafhöhe beeinflussender, bestimmender Strafschärfungsgrund zu sehen ist, kann aber nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls getroffen werden. Die Entscheidung hierüber obliegt dem Tatrichter, der hier – wie stets im Rahmen der Strafzumessung – gehalten ist, gegenläufig wirkende strafmildernde Umstände im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen.

2. Die strafschärfende Berücksichtigung von Tötungsabsicht verstößt grundsätzlich nicht gegen das Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen (§ 46 Abs. 3 StGB). Mit der Tötungsabsicht verbindet sich regelmäßig – ergibt sich nicht aus gegenläufig zu gewichtenden Umständen eine andere Beurteilung des Handlungsunrechts – eine erhöhte Tatschuld des absichtsvoll Tötenden.

3. Offen bleiben kann, ob eine isolierte Negativbewertung der Tötungsabsicht rechtlich unbedenklich ist. Eine solche darf jedenfalls nicht zu einer schematischen Betrachtungsweise führen; der Tatrichter hat je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls auch die das Handlungsunrecht mildernden Umstände in den Blick zu nehmen.

#### **430. BGH 4 StR 57/18 – Beschluss vom 12. März 2018 (LG Essen)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Haftung als Gesamtschuldner: keine Rechtsänderung).

§ 73a StGB aF; § 73c StGB; Art. 316h Satz 1 EGStGB

Haben die Angeklagten als Mittäter Mitverfügungsgewalt an einem Teilbetrag, haften sie für diesen Teilbetrag nur als Gesamtschuldner, was bereits im tatrichterlichen Urteil ausdrücklich anzuordnen ist. § 73c StGB in der hier geltenden Fassung (vgl. Art. 316h Satz 1 EGStGB) des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) hat die Regelung des § 73a StGB aF auch insoweit ohne inhaltliche Änderung übernommen.

### **376. BGH 1 StR 228/17 – Beschluss vom 8. Februar 2018 (LG Regensburg)**

Strafzumessung (Kategorisierung nach der Schadenshöhe bei einer Vielzahl gleichartiger Vermögensstraftaten); Tateinheit (natürliche Handlungseinheit).

§ 46 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

1. Zwar erfordert das Schuldmaßprinzip (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB) regelmäßig eine differenzierende Zumessung der Einzelstrafen (vgl. BGH wistra 2011, 423, 424 Rn. 9), die eine an der Höhe der Schäden ausgerichtete Differenzierung der Einzelstrafen nahelegt (vgl. BGH wistra 1998, 269, 270). Dies schließt jedoch nicht aus, dass bei Vermögensstraftaten, denen gleichgelagerte Begehungsformen zugrunde liegen, eine Kategorisierung nach der Schadenshöhe erfolgen kann. Zwar muss diese immer am Maß des der konkreten Tat immanenten Schuldumfangs orientiert sein (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 72, 73). Allerdings kann bei Tatserien der durch die Einzeltat verursachte Vermögensschaden gegenüber der systematischen Vorgehensweise zur Herbeiführung eines Gesamtschadens dergestalt in den Hintergrund treten (vgl. BGHSt 53, 221, 232 f. Rn. 48), dass Schwankungen bei den Schadensbeträgen im Rahmen der fortgesetzten Tatbegehung bei der Bemessung der Einzelstrafen keine erhebli-

che Bedeutung mehr zukommt. Soweit dies der Fall ist, dürfen auch Taten mit unterschiedlichem Schadensumfang für die Bemessung der Einzelstrafen zu Gruppen zusammengefasst werden.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt das Vorliegen einer natürlichen Handlungseinheit voraus, dass ein Geschehen durch einen solchen unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen gekennzeichnet ist, dass sich das gesamte Tätigwerden auch für einen „objektiven Dritten“ bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches zusammengefasstes Tun darstellt (vgl. BGHSt 4, 219, 220).

### **383. BGH 1 StR 663/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Bochum)**

Strafzumessung (Zulässigkeit strafschärfender generalpräventiver Erwägungen).

§ 46 Abs. 1 StGB

Der Schutz der Allgemeinheit durch Abschreckung nicht nur des Angeklagten, sondern auch anderer möglicher künftiger Rechtsbrecher rechtfertigt eine schwerere Strafe als sie sonst angemessen wäre nur dann, wenn eine gemeinschaftsgefährliche Zunahme solcher oder ähnlicher Straftaten, wie sie zur Aburteilung stehen, festgestellt worden ist (vgl. BGH NStZ 2007, 702).

### **429. BGH 4 StR 35/18 – Beschluss vom 12. März 2018 (LG Halle)**

Verhängung in Tagessätzen (Bestimmung des Tagessatzes bei Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe).

§ 40 Abs. 2 Satz 3 StGB

Die Höhe des Tagessatzes zu bestimmen ist auch dann erforderlich, wenn aus Einzelgeldstrafen und Einzelfreiheitsstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet wird.

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### **399. BGH 1 StR 415/17 – Beschluss vom 21. März 2018 (LG München II)**

Recht auf Verteidigerbeistand (fares Verfahren bei er Terminierung der Hauptverhandlung: Verfügbarkeit des Wahlverteidigers).

Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) MRK; § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Grundsätzlich hat ein Angeklagter das Recht, sich in einem Strafverfahren von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen. Daraus folgt allerdings nicht, dass bei jeder Verhinderung des gewählten Verteidigers eine Hauptverhandlung gegen den Angeklagten nicht durchgeführt werden könnte.

2. Die Terminierung ist grundsätzlich Sache des Vorsitzenden und steht in dessen pflichtgemäßem Ermessen (§ 213 StPO). Der Vorsitzende muss sich jedoch ernsthaft bemühen, dem Recht des Angeklagten, sich von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen, soweit wie möglich Geltung zu verschaffen und einem nachvollziehbaren Begehren dieses Verteidigers bezüglich der Terminierung im Rahmen der zeitlichen Möglichkeiten der Strafammer und anderer Verfahrensbeteiligter sowie des Gebots der Verfahrensbeschleunigung Rechnung zu tragen.

3. Eine dem widersprechende Verfahrensweise verletzt den Angeklagten in seinem Recht auf Verteidigung durch den gewählten Verteidiger aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. c)

EMRK, § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO und verstößt gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens.

**435. BGH 3 StR 272/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Oldenburg)**

Zulässigkeit der Verlesung einer Vernehmungsniederschrift bei nicht erreichbarem Auslandszeugen (Bewirken einer Ladung; Ladung mit einfachem Brief; förmliche Zustellung; Umfang der gebotenen Bemühungen; Abwägung von Bedeutung der Zeugenaussage und Beschleunigungsgebot; Unmöglichkeit der Vernehmung auf absehbare Zeit; polizeiliche Vermerke als Vernehmungsniederschrift); Zulässigkeit der Ersetzung von benannten Beweismitteln und Aufklärungspflicht; Anforderungen an den Gehilfenvorsatz (keine Kenntnis der Einzelheiten der Tat; Mindestmaß an Konkretisierung; zentrale Merkmale der Haupttat; abweichende rechtliche Beurteilung von verwirklichter und vorgestellter Haupttat; Betrug und Untreue); Strafrahmewahl bei Zusammentreffen von gesetzlich vertypeten Milderungsgründen (Beihilfe; Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals).

§ 244 StPO; § 251 StPO; Art. 5 EURhÜbk; § 15 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 49 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB

1. Wohnt ein Zeuge im Ausland, so gilt, dass das Erfordernis, dort eine Ladung zu bewirken, für sich gesehen nicht die Verlesung einer Vernehmungsniederschrift nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 Alternative 2 StPO aF ermöglicht. Vielmehr muss das Gericht regelmäßig versuchen, ihn zu laden und zu einem Erscheinen in der Hauptverhandlung zu veranlassen.

2. Für den Umfang der bei der Ladung eines Auslandszeugen gebotenen Bemühungen gibt es keinen für alle Fälle gültigen Maßstab. Die gerichtliche Entscheidung erfordert vielmehr eine Abwägung der Bedeutung der Sache und der Wichtigkeit der Zeugenaussage für die Wahrheitsfindung einerseits gegen das Interesse an einer beschleunigten Durchführung des Verfahrens unter Berücksichtigung der Aufklärungspflicht andererseits.

3. Im Anwendungsbereich des Rechtshilfeübereinkommens der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000 (EURhÜbk) genügt gem. Art. 5 EURhÜbk regelmäßig die Ladung eines Auslandszeugen mit einfachem Brief, wenngleich es sich für die Hauptverhandlung empfiehlt, dem Zeugen die Ladung zum Zweck des Nachweises förmlich zuzustellen. Nicht ausreichend ist eine Ladung mit einfachem Brief im Allgemeinen, um die Unmöglichkeit der Vernehmung des Zeugen auf absehbare Zeit feststellen zu können, weil der Zugang des Ladungsschreibens ungewiss ist.

4. Vermerke von Polizeibeamten, in denen Angaben eines einvernommenen Zeugen niedergelegt sind, können „Niederschriften über eine Vernehmung“ im Sinne des § 251 Abs. 1 StPO a.F. darstellen, auch wenn es sich um Zusammenfassungen von Zeugenaussagen handelt. Anderes gilt für polizeiliche Aktenvermerke, die keine Vernehmungen zum Gegenstand haben; sie sind lediglich schriftliche Erklärungen des betreffenden Polizeibeamten. Von bestimmten Formerfordernissen – etwa Unter-

schriften – hängt die Verlesbarkeit einer Urkunde nach § 251 Abs. 1 StPO a.F. nicht ab.

5. Das Gericht muss das vom Beweisantragsteller benannte Beweismittel nicht verwenden, wenn ihm das Gesetz die Befugnis einräumt, es durch ein anderes Beweismittel zu ersetzen. Darf das Gericht nach § 251 StPO Urkunds- statt Zeugenbeweis erheben und deckt das vernehmungsersetzende Schriftstück die behaupteten Beweistatsachen ab, so ist über die Anhörung des Zeugen nur noch nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht zu befinden, wobei der Senat zu der Ansicht neigt, dass es in diesen Fällen gleichwohl eines das Beweisbegehren zurückweisenden Beschlusses bedarf.

6. An den Vorsatz des Gehilfen sind geringere Anforderungen als an denjenigen des Täters zu stellen. Derjenige, der lediglich eine fremde Tat fördert, braucht Einzelheiten dieser Tat nicht zu kennen und keine bestimmten Vorstellungen von ihr zu haben. Allerdings ist ein Mindestmaß an Konkretisierung erforderlich. Der Hilfeleistende muss die zentralen Merkmale der Haupttat, namentlich den wesentlichen Unrechtsgehalt und die wesentliche Angriffsrichtung, im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest für möglich halten und billigen.

7. Hat der Gehilfe bestimmte Vorstellungen, so ist es unschädlich, wenn diese in den Einzelheiten unzutreffend sind, sofern der Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der vorgestellten und der begangenen fremden Tat im Wesentlichen übereinstimmen. Dabei kommt es nicht notwendig darauf an, ob die tatsächlich verwirklichte Haupttat ihrer rechtlichen Beurteilung nach dieselbe ist, auf die sich die Vorstellung des Hilfeleistenden bezieht. Der Gehilfenvorsatz wird nicht allein durch eine solche unterschiedliche rechtliche Einordnung in Frage gestellt, soweit es sich nicht um gänzlich verschiedene Taten im beschriebenen Sinne handelt; das gilt insbesondere auch für das Verhältnis von Beihilfe zum Betrug und zur Untreue.

**433. BGH 3 StR 63/15 – Beschluss vom 8. März 2018 (LG Osnabrück)**

Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot bei überlanger Verfahrensdauer wegen Vorlageverfahrens (gesetzlich vorgesehener Verfahrensvorgang; Überschreitung des Angemessenen; durch Verhalten der Justizorgane verursachte Verzögerungen; Gesamtdauer des Verfahrens; Schwere des Tatvorwurfs; Umfang und die Schwierigkeit des Prozessstoffs; Ausmaß der mit dem Andauern des Verfahrens für den Betroffenen verbundenen Belastungen); Versagung der Strafmilderung bei selbst verschuldeter Trunkenheit.

§ 21 StGB; § 49 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; Art. 13 EMRK

1. Nicht jede im Strafprozess vorkommende Verzögerung führt zu einer Verletzung des Beschleunigungsgebots (Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK). Dies gilt auch für besondere Verfahrensvorgänge, die das Gesetz vorsieht, wie das in § 132 GVG geregelte Verfahren. Die für die Anfrage, die Vorlage und die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen benötigten Zeiträume sind für sich genommen keine Gründe für eine Kompensation. Etwas Ande-

res gilt – wie hier – bei überlanger Verfahrensdauer, die das Maß des Angemessenen überschreitet.

2. Ob ein solcher Fall einer das Maß des Angemessenen überschreitenden Verfahrensdauer vorliegt, ist durch eine auf die Verhältnisse des konkreten Einzelfalles bezogene Gesamtwürdigung zu prüfen. Dabei sind vor allem die durch Verhalten der Justizorgane verursachten Verzögerungen, aber auch die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Prozessstoffs sowie das Ausmaß der mit dem Andauern des Verfahrens für den Betroffenen verbundenen Belastungen zu berücksichtigen.

**381. BGH 1 StR 571/17 – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Landshut)**

Telekommunikationsüberwachung (Verwertbarkeit aufgezeichneter Hintergrundgeräusche und -gespräche): Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung des abgelehnten Richters: Beteiligung an einem Schuldspruch in einem abgetrennten Verfahren).

§ 100a StPO; § 24 StPO; § 4 Abs. 1 StPO

1. Bei einer durch § 100a StPO gerechtfertigten Aufzeichnung eines Telefongesprächs darf das gesamte während des Telefonats aufgezeichnete Gespräch einschließlich der Hintergrundgeräusche und -gespräche verwertet werden (vgl. BGH NStZ 2008, 473 f. mwN). Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich um Gespräche handelt, bei denen einer der Teilnehmer der aufgrund gerichtlicher Anordnungsbeschlüsse überwachten Telefongesprächen eine dritte Person in die Kommunikation mit dem telefonischen Gesprächspartner einbezieht. Denn bei einer solchen Fallgestaltung sind die fraglichen Inhalte des Hintergrund- bzw. Raumgesprächs selbst Gegenstand der Telekommunikation.

2. Eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vortätigkeit eines erkennenden Richters, soweit sie nicht gesetzliche Ausschlussgründe erfüllt, ist regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit des Richters i.S.v. § 24 Abs. 2 StPO zu begründen, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, die diese Besorgnis rechtfertigen (st. Rspr.). Das gilt auch dann, wenn Verfahren gegen einzelne Angeklagte zur Verfahrensbeschleunigung abgetrennt werden und in dem abgetrennten Verfahren ein Schuldspruch ergeht, zu dem sich das Gericht im Ursprungsverfahren gegen den oder die früheren Angeklagten später ebenfalls noch eine Überzeugung zu bilden hat (vgl. BGH NJW 2006, 2864, 2866 Rn. 20).

3. Anders verhält es sich lediglich beim Hinzutreten besonderer Umstände, die über die Tatsache bloßer Vorbefassung als solcher und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen hinausgehen. Dies wird etwa angenommen, wenn Äußerungen in früheren Urteilen unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über einen der jetzigen Angeklagten enthalten oder wenn ein Richter sich bei seiner Vorentscheidung in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten geäußert hat (st. Rspr.).

**386. BGH 2 StR 234/16 – Beschluss vom 28. Februar 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung des Richters mit der Sache: nur ausnahmsweise begründete Besorgnis der Befangenheit, hier infolge von Äußerungen).

§ 24 StPO

1. Knüpft die Richterablehnung an eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vorbefassung des abgelehnten Richters mit der Sache an, ist dieser Umstand regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen (vgl. BGHSt 21, 334, 341). Auch Rechtsfehler in Entscheidungen bei einer Vorbefassung mit dem Sachverhalt oder im zu Grunde liegenden Verfahren können eine Ablehnung im Allgemeinen nicht begründen (vgl. BGH NJW 2014, 2372, 2373).

2. Ein Ablehnungsgrund kann sich aus der Vorbefassung mit dem Sachverhalt ergeben, wenn besondere Umstände über die bloße Vorbefassung hinaus vorliegen. Solche Umstände können zum Beispiel darin bestehen, dass die frühere Entscheidung unnötige oder unbegründete Werturteile über den jetzigen Angeklagten enthält (vgl. BGHSt 50, 216, 222) oder sich der Richter in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten geäußert hat (vgl. BGH NStZ 2012, 519, 521).

**390. BGH 2 StR 390/17 – Beschluss vom 27. Februar 2018 (LG Erfurt)**

Prozessuale Tat (Identität der prozessualen Tat von Anklage und Urteil bei Veränderungen des Tatbilds: „Nämlichkeit“ der Tat, Serie von Sexualtat mit ungewisser Tatzeit: Art und Weise der Tatbegehung als maßgebliches Kriterium); Sicherungsverfahren (Umgrenzungsfunktion: gleiche Anforderungen wie bei einer Anklageschrift).

§ 264 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 414 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Die Wahrung der Identität der prozessualen Tat trotz Veränderung des Tatbildes ist nach dem Kriterium der „Nämlichkeit“ der Tat zu beurteilen. Eine solche ist gegeben, wenn ungeachtet gewisser Differenzen bestimmte Merkmale die Tat weiterhin als einmaliges unverwechselbares Geschehen kennzeichnen. Das Tatbild bestimmend sind in der Regel der Ort und die Zeit des Vorgangs, das Täterverhalten, die ihm innewohnende Richtung und das Opfer beziehungsweise das Objekt, auf das sich der Vorgang bezieht (vgl. BGHSt 32, 215, 218).

2. Können einzelne Sexualtaten einer Tatserie nur hinsichtlich des Tatorts und der Begehungsweise, nicht aber hinsichtlich der Tatzeit näher bestimmt werden, so erlangt die Art und Weise der Tatverwirklichung maßgebliche Bedeutung für die Individualisierung der zum Gegenstand einer Anklage bzw. der Antragschrift und später des Eröffnungsbeschlusses gemachten Taten (vgl. BGHSt 40, 44, 46). Ebenso wie in derartigen Fällen an die Individualisierung der Einzeltat in der Anklage- bzw. Antragschrift einerseits und den Urteilsgründen andererseits keine zu strengen Anforderungen zu stellen sind, da ansonsten wegen der begrenzten Erinnerungsfähigkeit des regelmäßig einzigen Tatzeugen nicht mehr vertretbare Strafbarkeitslücken entstünden, dürfen auch Modifikationen und Ergänzungen, die das Tatbild im Vergleich

von Urteil zur Anklage bzw. der Antragschrift erfährt, keiner zu strengen Betrachtung unterworfen werden (vgl. NStZ-RR 2005, 320).

3. Weichen bei einer Serientat die Feststellungen des Gerichts hinsichtlich der Tatmodalitäten einzelner Taten gleichwohl so deutlich von den in der Anklage- bzw. Antragschrift geschilderten geschichtlichen Vorgängen ab, dass mit ihnen andere als die zuvor bezeichneten Taten im Sinne von § 264 Abs. 1 StPO beschrieben sind, kann sie das Gericht nicht ohne Erhebung einer Nachtragsanklage zum Gegenstand einer Verurteilung machen.

4. Eine Antragschrift muss nach § 414 Abs. 2 Satz 2 StPO den Erfordernissen einer Anklageschrift genügen. Sie hat nach § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO die zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs dargestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lassen (vgl. BGHSt 57, 88, 91).

5. Wann eine Tat als historisches Ereignis hinreichend umgrenzt ist, kann, wie bei einer Anklageschrift, nicht abstrakt, sondern nur nach Maßgabe der Umstände des jeweiligen Einzelfalls bestimmt werden (vgl. BGH wistra 2018, 49, 50). Bei einer Vielzahl sexueller Übergriffe gegenüber Kindern, die häufig erst nach längerer Zeit angezeigt werden, ist eine Individualisierung nach Tatzeit und exaktem Geschehensablauf oftmals nicht möglich. In diesen Fällen erfüllt eine Anklageschrift daher bereits dann ihre Umgrenzungsfunktion, wenn sie den Verfahrensgegenstand durch die Festlegung des zeitlichen Rahmens der Tatserie, die Nennung der Höchstzahl der nach dem Anklagevorwurf innerhalb dieses Rahmens begangenen Taten, das Tatopfer und die wesentlichen Grundzüge des Tatgeschehens bezeichnet (vgl. BGHSt 40, 44, 46 f.).

**428. BGH 2 ARs 97/18 2 AR 47/18 – Beschluss vom 28. März 2018**

Anzeigepflicht bei Leichenfund und Verdacht auf unnatürlichen Tod (Rechtsnatur des Todesermittlungsverfahrens).

§ 159 StPO; § 160 StPO

Das Todesermittlungsverfahren ist kein Ermittlungsverfahren im Sinne des § 160 StPO. Es dient zum einen der Beweissicherung, insbesondere durch Spurensicherung, Leichenschau sowie Leichenöffnung, und zum anderen der Prüfung und Entscheidung, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für ein Tötungsdelikt gegeben sind und ein entsprechendes Ermittlungsverfahren einzuleiten ist. Es ist also ein Beweissicherungs- und Vorprüfungsverfahren, hat aber – im Gegensatz zu einem Ermittlungsverfahren – nicht den Verdacht einer konkreten Straftat zum Gegenstand, für die ein Gerichtsstand bestimmt werden könnte.

**391. BGH 2 StR 431/17 – Urteil vom 21. Februar 2018 (LG Fulda)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung in einem freisprechenden Urteil; Darstellung bei einer Vielzahl von Sexualtaten gegen ein Kind: erforderliche Individualisierung der Taten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1, Abs. 5 StPO; § 176 StGB

Im Hinblick auf die Probleme der Stofffülle und der Beweisschwierigkeiten bei vielen sexuellen Übergriffen auf ein allein als Beweismittel zur Verfügung stehendes Kind dürfen an die Individualisierbarkeit der einzelnen Taten im Urteil keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden (vgl. BGH NStZ 1994, 502). Der Tatrichter muss sich aber, möglichst unter Konkretisierung der einzelnen Handlungsabläufe, wie bei jeder anderen Verurteilung auch die Überzeugung verschaffen, dass es im gewissen Zeitraum zu einer bestimmten Mindestanzahl von Straftaten gekommen ist. Dabei muss das Tatgericht darlegen, aus welchen Gründen es die Überzeugung gerade von dieser Mindestzahl von Straftaten gewonnen hat (vgl. BGHSt 42, 107, 109). Ist eine Individualisierung einzelner Taten mangels Besonderheiten im Tatbild oder der Tatumstände nicht möglich, sind zumindest die Anknüpfungspunkte zu bezeichnen, anhand derer der Tatrichter den Tatzeitraum eingrenzt und auf die sich seine Überzeugung von der Mindestzahl und der Begehungsweise der Mißbrauchstaten des Angeklagten in diesem Zeitraum gründet (vgl. BGH NStZ 1998, 208).

**405. BGH 4 StR 284/17 – Beschluss vom 30. Januar 2018 (LG Essen)**

Urteilsgründe (Anforderungen in Fällen von „Aussage gegen Aussage“); Vergewaltigung (körperlich schwere Misshandlung, Verursachung einer Lebensgefahr: Anforderungen an den Vorsatz); sexuelle Nötigung (anwendbares Recht).

§ 177 Abs. 1, 2 Nr. 5 StGB; § 177 Abs. 4 Nr. 2a und b StGB aF; § 177 Abs. 8 Nr. 2a und b StGB nF; § 261 StPO; § 267 StPO

1. In einem Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung im Wesentlichen davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Deshalb ist es in derartigen Fällen in der Regel erforderlich, die Entstehung und Entwicklung der betreffenden Aussage im Urteil zu erörtern.

2. Der subjektive Tatbestand setzt für beide Tatmodalitäten mindestens bedingten Vorsatz voraus. Bezüglich Nr. 2a muss sich dieser auf die besonderen Folgen der Tat beziehen; ein gewöhnlicher Körperverletzungsvorsatz genügt nicht. Auch hinsichtlich der Verursachung der Lebensgefahr muss der Täter (zumindest bedingt) vorsätzlich gehandelt haben. § 18 StGB findet insoweit keine Anwendung.

3. Die Strafkammer hat in diesem Fall den Tatbestand der sexuellen Nötigung gemäß § 177 Abs. 1, 2 Nr. 5 StGB in der zum Zeitpunkt der Urteilsfällung geltenden Fassung



des Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (BGBl. I 2460) mit der Begründung angewendet, dass diese Vorschrift bei ansonsten gleichem Strafraum im Unterschied zu § 240 Abs. 1, 2 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 StGB aF einen minder schweren Fall vorsehe. Es hat indes die Voraussetzungen eines solchen minder schweren Falles mit rechtlich nicht zu beanstandender Begründung verneint. Ist bei der gebotenen konkreten Betrachtungsweise der jeweilige Strafraum aber identisch, ist das zur Tatzeit geltende Recht anzuwenden.

**422. BGH 4 StR 629/17 – Beschluss vom 28. März 2018 (LG Dortmund)**

Recht des letzten Wortes (Verfahrensverstoß bei Entzug des letzten Wortes der Erziehungsberechtigten).

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

1. Der in der Hauptverhandlung anwesenden erziehungsberechtigten Mutter eines Angeklagten ist von Amts wegen das letzte Wort zu gewähren. Dies gilt auch dann, wenn sie bereits an einem früheren Hauptverhandlungstag als Zeugin gehört worden ist.

2. Der Verfahrensverstoß führt jedoch nur zur Aufhebung des Strafausspruchs, wenn der Schuldspruch auf dem aufgezeigten Rechtsfehler nicht beruhen kann.

**447. BGH 5 StR 18/18 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Berlin)**

Kein absoluter Revisionsgrund bei mündlicher Mitteilung der Urteilsgründe ohne den inhaftierten, seine Vorführung verweigernden Angeklagten (nicht wesentlicher Teil der Hauptverhandlung; einzelfallbezogen Entscheidung; Beurteilungsspielraum).

§ 338 Nr. 5 StPO

Die Fortsetzung der Hauptverhandlung ohne den inhaftierten, nach Verkündung des Urteilstenors in den Vorführbereich geflüchteten und eine erneute Vorführung verweigernden Angeklagten, führt regelmäßig schon deshalb nicht zum Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 5 StPO, weil die mündliche Mitteilung der Urteilsgründe lediglich einen nicht wesentlichen Teil der Hauptverhandlung darstellt.

**407. BGH 4 StR 336/17 – Urteil vom 12. April 2018 (LG Düsseldorf)**

Rechtsmittelbegründung (Anforderungen); Grundsätze der Strafzumessung (regelmäßig keine Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft); Zuhälterei (Voraussetzung aller Tatbestandsvarianten: bestimmende Einflussnahme; Definition einzelner Tatbestandsvarianten); Menschenhandel (Gewerbsmäßigkeit: allgemeine und deliktsspezifische Definition).

Nr. 156 Abs. 2 RiStBV; § 46 Abs. 2; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 232 Abs. 3 Nr. 3 StGB aF

1. Die Staatsanwaltschaft ist gehalten, keine allgemeinen Sachrügen zu erheben und Revisionen so zu begründen, dass klar ersichtlich ist, in welchen Ausführungen des angefochtenen Urteils eine Rechtsverletzung gesehen und auf welche Gründe diese Rechtsauffassung gestützt wird.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reicht bei einer Vielzahl abgeurteilter Taten die nicht ausgeführte Sachrüge zur ordnungsgemäßen Begründung einer Revision der Staatsanwaltschaft nicht aus.

3. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will. Liegt ein solches Gewinnstreben vor, ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig zu werten. Die Wiederholungsabsicht muss sich stets auf das Delikt beziehen, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist.

4. Gewerbsmäßigkeit im Sinne des schweren Menschenhandels liegt vor, wenn der Täter sich eine fortlaufende Einnahmequelle gerade durch die wiederholte Vornahme solcher Handlungen verschaffen will, die den Tatbestand des § 232 Abs. 1 Satz 1 und 2 StGB aF erfüllen. Dabei ist aber nicht erforderlich, dass der Täter die erstrebten Einnahmen ausschließlich aus Menschenhandel erzielen will. Es reicht vielmehr aus, wenn sich die Wiederholungsabsicht auch auf derartige Taten erstreckt.

5. Der Tatbestand der dirigierenden Zuhälterei setzt in allen Begehungsvarianten eine bestimmende Einflussnahme auf die Prostitutionsausübung voraus; eine bloße Unterstützung genügt nicht. Erforderlich ist vielmehr ein Verhalten des Täters, das geeignet ist, die Prostituierte in Abhängigkeit von ihm zu halten, ihre Selbstbestimmung zu beeinträchtigen, sie zu nachhaltiger Prostitutionsausübung anzuhalten oder ihre Entscheidungsfreiheit in sonstiger Weise nachhaltig zu beeinflussen.

6. Beim Überwachen geht es um eine andauernde Kontrolle der Geldeinnahmen, der Buchführung und der Preisgestaltung für die sexuellen Dienstleistungen, die eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Prostituierten bewirken kann, welche ihr eine Lösung aus der Prostitution erschwert.

7. Das Bestimmen der Umstände der Prostitution muss zur Erfüllung des Tatbestands in einer Weise erfolgen, dass sich die Prostituierte den Weisungen nicht entziehen kann. Freiwilliges Akzeptieren von Bedingungen schließt dirigierende Zuhälterei in diesem Sinne aus.

8. Die dritte Tatbestandsvariante des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB liegt vor, wenn der Täter, der Beziehungen zu der Prostituierten unterhält und um des eigenen Vermögensvorteils willen handelt, Maßnahmen ergreift, welche das Opfer davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben. Erfasst werden hiervon nur Vorkehrungen, die das Opfer in seiner Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen geeignet und darauf gerichtet sind, ihm den Weg aus der Prostitution zu verbauen. Dies ist der Fall, wenn sich das Opfer durch Zwang oder Drohung an der Prostitution festgehalten fühlt.

9. Erlittene Untersuchungshaft ist regelmäßig für die Strafzumessung ohne Bedeutung, weil sie grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet wird. Auch beim erstmaligen Vollzug der Untersuchungshaft kommt

eine mildernde Berücksichtigung nur in Betracht, sofern im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten.

**436. BGH 3 StR 342/17 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Bückeburg)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit (Indiz- oder Hilfstatsache; kein Zusammenhang mit der Urteilsfindung; kein Einfluss auf richterliche Überzeugungsbildung; Beurteilung nach den Grundsätzen freier Beweiswürdigung; Einstellung der behaupteten Tatsache in das Beweisergebnis).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO

1. Eine unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache ist aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung bedeutungslos, wenn sie in keinem Zusammenhang mit der Urteilsfindung steht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihrer Bestätigung keinen Einfluss auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt hätte, weil sie nur einen möglichen Schluss auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels ermöglicht und das Gericht der Überzeugung ist, dass dieser Schluss in Würdigung der gesamten Beweislage nicht gerechtfertigt wäre.

2. Ob der Schluss gerechtfertigt wäre, hat das Tatgericht nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache so, als sei sie erwiesen, in ihrem vollen Umfang ohne Umdeutung, Einengung oder Verkürzung in das bisherige Beweisergebnis einzustellen und prognostisch zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung zu der potentiell berührten Haupttatsache bzw. zum Beweiswert des anderen Beweismittels in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde.

**420. BGH 4 StR 614/17 – Beschluss vom 13. März 2018 (LG Kaiserslautern)**

Recht auf ein faires Verfahren (Tatprovokation bei Einsatz einer polizeilichen Vertrauensperson); Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Herausgabe sichergestellter Geldbeträge an ermittelnde Polizeibehörde).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 73 StGB

1. Eine Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzende Tatprovokation liegt nicht schon dann vor, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson den Betroffenen ohne weiter gehende Einwirkung lediglich darauf anspricht, ob dieser Betäubungsmittel beschaffen könne

2. Keinen Bestand haben kann die Anordnung des Verfalls, wenn es sich um Geldscheine handelt, die ein verdeckt ermittelnder Polizeibeamter zur Bezahlung eines Tatverdächtigen mit sich führt. Der sichergestellte Geldbetrag steht in solchen Fällen derjenigen Polizeibehörde zu, die ihn zur Verfügung gestellt hat, und ist an diese herauszugeben. An dieser Rechtslage hat sich durch die Neufassung des § 73 StGB durch das Gesetz vom 13. April 2017 nichts geändert.

**404. BGH 2 StR 470/17 – Beschluss vom 7. März 2018**

Entscheidung ohne Hauptverhandlung durch Beschluss (Frist zur Abgabe einer Gegenerklärung).

§ 349 Abs. 3 Satz 2 StPO

Die Frist zur Abgabe einer Gegenerklärung kann nicht verlängert werden. Nach Fristablauf braucht eine Ergänzung auch dann nicht abgewartet zu werden, wenn sie in Aussicht gestellt worden ist.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**446. BGH 3 StR 427/17 – Urteil vom 11. Januar 2018 (LG Wuppertal)**

BGHSt; Uniformverbot (Warnwesten mit Aufschrift „Sharia Police“; Normzweck; gleichartige Kleidungsstücke; einschränkende Auslegung; Ausdruck gemeinsamer politischer Gesinnung; Eignung zur suggestiv-militanten, einschüchternden Wirkung; Zielgruppe; ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal); Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei ungeklärter Rechtslage.

§ 3 Abs. 1 VersG; § 28 VersG; § 17 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Zum Verstoß gegen das Uniformverbot des § 3 Abs. 1 VersammlG durch das öffentliche Tragen von Warnwesten mit der Aufschrift „Sharia Police“. (BGHSt)

2. Das Uniformverbot geht auf die Erfahrungen mit den Aufmärschen militanter Parteiorganisationen in der Spätphase der Weimarer Republik zurück und soll die durch solche Aufmärsche symbolisierte Gewaltbereitschaft mit der damit verbundenen einschüchternden Wirkung verhindern. Demgemäß liegt ein Tragen gleichartiger Kleidungsstücke als Ausdruck gemeinsamer politischer Gesinnung nur vor, wenn das Auftreten in derartigen Kleidungsstücken nach den Gesamtumständen geeignet ist, eine suggestiv-militante, einschüchternde Wirkung gegenüber anderen zu erzielen. (Bearbeiter)

3. Eine entsprechende Eignung liegt vor, wenn durch das Tragen der einheitlichen Kleidungsstücke der Eindruck entstehen kann, dass die Kommunikation im Sinne eines

freien Meinungs austausches abgebrochen und die eigene Ansicht notfalls gewaltsam durchgesetzt werden soll. Richtet sich das Auftreten in einheitlichen Kleidungsstücken dabei auf eine bestimmte Zielgruppe, die beeinflusst werden soll, so kommt es darauf an, ob gerade diese nach den Gesamtumständen den Auftritt in dem letztgenannten Sinne verstehen kann. (Bearbeiter)

4. Das Erfordernis einer potentiell suggestiv-militanten, einschüchternden Wirkung schränkt die Strafbarkeit nach § 3 Abs. 1, § 28 VersammlG in vergleichbarer Weise ein wie das geschriebene Merkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens in § 130 Abs. 1 und 3 StGB in Fällen der Volksverhetzung. Es handelt sich dabei um ein ungeschriebenes, durch konkrete Feststellungen auszufüllendes Tatbestandsmerkmal, nicht um eine Wertungsklausel zur Ausscheidung nicht strafwürdiger Fälle (vgl. dagegen zu § 130 StGB BVerfG HRRS 2012 Nr. 94). Denn die Entscheidung darüber, welches Verhalten strafwürdig ist, ist von Verfassungs wegen nicht der Rechtsprechung überlassen, sondern dem Gesetzgeber vorbehalten. (Bearbeiter)

### 387. BGH 2 StR 24/16 – Urteil vom 7. September 2017 (LG Schwerin)

BGHSt; Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: erforderliche Vermögensbezogenheit und Eigenverantwortlichkeit, keine Vermögensbetreuungspflicht zum Einschreiten für Beamten aus dem Grundsatz der Sparsamkeit; Pflichtverletzung: Verletzung gerade einer Pflicht, die auf den Pflichtkreis zurückgeht, der die Vermögensbetreuungspflicht begründet, hier: Pflichtverletzung eines Finanzbeamten bei der Vergabe von Investitionszulagen, fehlende Eigenverantwortlichkeit bei vorgelagertem selbstständigem Bescheinigungsverfahren); Anforderungen ein freisprechendes Urteil (Darstellung des Sachverhalts).

§ 266 Abs. 1 StGB; InvZulG 1999; § 267 Abs. 5 StPO

1. Zur Untreue eines Finanzbeamten bei Entscheidungen im Zusammenhang mit dem InvZulG 1999. (BGHSt)

2. Vertragliche oder gesetzliche Beziehungen, die sich insgesamt als ein Treueverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB darstellen, können auch Pflichten enthalten, deren Verletzung nicht dem Straftatbestand der Untreue unterfällt (vgl. BGHSt 61, 48). Nicht jede Pflichtverletzung eines Treuepflichtigen gegenüber seinem Treugeber ist strafbewehrt. Erforderlich ist vielmehr, dass die verletzte Pflicht gerade dem Vermögensschutz dient, und dass sie innerhalb der vom Treugeber verliehenen Herrschaftsmacht angesiedelt ist, über das fremde Vermögen zu verfügen (vgl. BGHSt 47, 295, 297). Die von dem Täter konkret verletzte Pflicht muss auf den Pflichtenkreis zurückgehen, der die hervorgehobene Stellung des Täters für den Schutz des Vermögens des Treugebers begründet. (Bearbeiter)

3. Ein Finanzbeamter, zu dessen dienstlichen Aufgaben es zählt, Anträge auf Bewilligung von Investitionszulagen selbstständig daraufhin zu überprüfen, ob die in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und den dazu erlassenen Verwaltungsanordnungen festgelegten tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind, kann sich wegen Untreue strafbar machen, weil ihm eine Vermö-

gensbetreuungspflicht im Hinblick auf das Fiskalvermögen obliegt (vgl. BGHSt 24, 326). Zwar sind die Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf eine Subvention oder Investitionszulage besteht, weitgehend gesetzlich festgelegt (vgl. BGHSt 59, 244, 249); sein dienstlicher Aufgabenkreis eröffnet dem Finanzbeamten gleichwohl einen (gewissen) Entscheidungsspielraum, Selbstständigkeit und Bewegungsfreiheit. (Bearbeiter)

4. Nicht jede Pflichtverletzung eines mit der Durchführung von Investitionszulagenverfahren befassten Finanzbeamten lässt sich jedoch als Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB verstehen, auch wenn sie sich auf das Vermögen des Berechtigten irgendwie nachteilig auswirken kann (vgl. BGHSt 5, 187, 188). Erforderlich ist vielmehr stets, dass die verletzte Pflicht des Finanzbeamten in einem Bereich angesiedelt ist, in dem ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum verliehen ist, den er eigenverantwortlich auszufüllen hat. Fehlt es an einem solchen auf Eigenverantwortung beruhenden Entscheidungsspielraum des Treuepflichtigen, so fehlt es an der Verletzung einer dem Schutzbereich des § 266 Abs. 1 StGB unterfallenden Vermögensbetreuungspflicht. (Bearbeiter)

5. Die gesetzlichen Regelungen des InvZulG 1999 und die mit Implementierung eines selbstständigen Bescheinigungsverfahrens gewählte Aufgaben- und Verantwortungsteilung zwischen Finanzamt und Gemeinde begrenzen den Pflichtenkreis der Finanzbehörden und nehmen ihnen im Hinblick auf die in die Verantwortung der Gemeindebehörden gelegten Belegenheitsbescheinigungen zugleich die erforderliche Rechtsmacht. Insoweit fehlt es an den Voraussetzungen einer Vermögensbetreuungspflicht. (Bearbeiter)

6. Weitergehende, durch den Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) oder durch Weisung des Bundesministeriums der Finanzen begründete Pflichten, bei den zuständigen Gemeindebehörden – etwa im Wege der Remonstration – auf eine Abänderung einer von den Finanzbehörden als unrichtig angesehenen Belegenheitsbescheinigung hinzuwirken, unterfallen nicht dem Schutzbereich des § 266 Abs. 1 StGB. Bei einer dadurch begründeten Pflicht zur Remonstration handelt es sich um eine aus der gesetzlichen Aufgabenerfüllung und dem Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung resultierende Nebenpflicht, die den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit des Mitteleinsatzes Rechnung trägt. Der „Sparsamkeitsgrundsatz“, wonach der Staat nichts „verschenken“ darf, stellt ein allgemeines Prinzip der Haushaltsführung für den gesamten öffentlichen Bereich dar, das von allen Trägern hoheitlicher Gewalt unabhängig davon zu beachten ist, auf welcher Rechtsgrundlage sie tätig werden (st. Rspr.). Den Finanzbehörden ist dadurch jedoch weder ein eigener Entscheidungsspielraum noch überhaupt Rechtsmacht eröffnet. (Bearbeiter)

### 377. BGH 1 StR 331/17 – Urteil vom 24. Januar 2018 (LG Wiesbaden)

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Irrtum über die Arbeitsgebereignis: erforderlicher Inhalt des Vorsatzes, Anwendung der Steueranspruchstheorie); tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein frei-

sprechendes Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 16 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

Da für die Differenzierung gegenüber der Steuerhinterziehung und den dortigen Anforderungen an den Vorsatz hinsichtlich des Bestehens eines Steueranspruchs kein sachlicher Grund erkennbar ist und es sich jeweils um (normative) Tatbestandsmerkmale handelt, erwägt der Senat zukünftig auch die Fehlvorstellung über die Arbeitgebereigenschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum zu behandeln.

### 398. BGH 1 StR 339/16 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Rostock)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verbotsirrtum bei Kenntnis von dem Bestehen sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse; Grundsätze über die Darlegung der Berechnungsgrundlagen, Schätzung im Ausnahmefall); Geldstrafe neben Freiheitsstrafe (Voraussetzungen; Verhältnis zwischen den Sanktionsmitteln; Anrechnung von Auslieferungs- und Untersuchungshaft); Subventionsbetrug (Begriff der Subvention: Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften; Begriff des Subventionsgebers; Begriff der subventionserheblichen Tatsachen; Notifizierungspflicht: Umgehung durch künstliche Aufspaltung eines Investitionsvorhabens; Kenntnis des Subventionsgebers; zweckwidrige Verwendung von Mitteln).

§ 17 Satz 1 StGB; § 41 StGB; § 264 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB; § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB; § 266a StGB

1. Haben die an einem (sozialversicherungsrechtlichen) Beschäftigungsverhältnis Beteiligten eine vertragliche Gestaltung als Werkvertrag gewählt, handelt es sich aber aufgrund der relevanten tatsächlichen Gegebenheiten arbeits- und sozialrechtlich um ein Arbeitsverhältnis, kommt auf Seiten des vertraglichen „Auftraggebers“, der sich rechtlich als Arbeitgeber darstellt, allenfalls ein Verbotsirrtum in Betracht, wenn diesem die tatsächlichen Verhältnisse bekannt sind.

2. Der Tatrichter hat die geschuldeten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen, weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu berechnen ist.

3. Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden. Die Grundsätze, die die Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt hat, gelten insoweit entsprechend. Deshalb genügt es nicht, die vorenthalte-

nen Sozialversicherungsbeiträge lediglich der Höhe nach anzugeben. Vielmehr müssen die Urteilsgründe die Berechnungsgrundlagen und Berechnungen im Einzelnen wiedergeben werden.

4. Die Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe setzt voraus, dass sich der Angeklagte „durch die Tat bereichert oder zu bereichern versucht“ hat. Hierzu sind Feststellungen zu treffen. Außerdem ist Voraussetzung, dass die Verhängung der Geldstrafe „unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters angebracht ist“. Das Urteil muss erkennen lassen, dass auch diese Voraussetzung erfüllt ist.

5. Zudem muss sich die Strafe in ihrer Gesamtheit im Rahmen des Schuldangemessenen halten. Das Verhältnis zwischen den Sanktionsmitteln Geld- und Freiheitsstrafe richtet sich dabei nach allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen, weshalb bei der Bemessung der Freiheitsstrafe die Verhängung einer zusätzlichen Geldstrafe als bestimmende Strafzumessungstatsache Berücksichtigung zu finden hat. Sind Freiheitsstrafe und Geldstrafe nebeneinander verhängt, muss auch darüber entschieden werden, auf welche der beiden Strafen oder in welcher Verteilung die Auslieferungs- und Untersuchungshaft anzurechnen sind.

6. Subventionen im Sinne des § 264 StGB sind auch Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden. Dies trifft für Europäische Strukturfonds wie den Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) zu.

7. Subventionsgeber ist nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht nur die für die Bewilligung der Subvention sachlich und örtlich zuständige Behörde, sondern auch jede andere in das Subventionsverfahren eingeschaltete Stelle oder Person. Dabei reicht es aus, wenn die Stelle oder Person nur eine Vorprüfung vorzunehmen oder eine Teilentscheidung auszusprechen hat, wie z.B. deutsche Stellen für bei ihnen beantragte Subventionen der Europäischen Union oder die mit der Finanzierung und der Finanzkontrolle befassten Banken.

8. Subventionserheblich sind solche Tatsachen, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes vom Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnet sind (§ 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB) oder solche, von denen die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils gesetzlich abhängig ist.

9. Die Subventionserheblichkeit muss sich auch bei § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB aus einem Gesetz im formellen oder materiellen Sinne ergeben; die Bezeichnung als „subventionserheblich“ in Verwaltungsvorschriften, Richtlinien etc. genügt nicht. „Gesetz“ im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB sind auch die Verordnungen der EU.

10. § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB erfasst Sachverhalte, in denen dem Gesetz eine ausdrückliche Bezeichnung bestimmter Tatsachen als subventionserheblich fehlt, das

Gesetz aber dennoch hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, was es als Voraussetzung für die Subventionsgewährung betrachtet, ohne die entsprechenden Tatsachen ausdrücklich mit der Erklärung „subventionserheblich i.S.v. § 264 Abs. 1 StGB“ zu verbinden. Die Vorschrift gilt insbesondere für Subventionen der Europäischen Union, die nicht durch § 2 SubvG verpflichtet werden kann. Insoweit genügt bereits die in den Normen der Europäischen Union erfolgte Benennung der Vergabevoraussetzungen als Grundlage der Pönalisierung dahingehender Täuschungshandlungen.

11. „Gesetz“ im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB ist auch das Gesetz gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (SubvG). Es ist anwendbar soweit Zuschüsse des Bundes oder eines Landes beantragt werden.

12. Im Rahmen der Prüfung des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB kann es darauf ankommen, ob der Angeklagte ein einheitliches Investitionsvorhaben künstlich in zwei Teilvorhaben gegliedert hat, um der Notifizierung zu entgehen und die höchstmögliche Förderung zu erhalten. Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es nicht auf die Zahl der Antragsteller, nicht auf deren gesellschaftsrechtliche Verhältnisse oder Beziehungen untereinander oder die Ausgestaltung der Geschäftsführung an, sondern nur auf das zu prüfende Investitionsvorhaben selbst.

13. Die Art der Antragstellung ist für den Angeklagten bzw. die Gesellschaften auch vorteilhaft im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn sie sich eignet, die Aussichten auf die Bewilligung der Subvention in der gewünschten Höhe durch die Herbeiführung der Entscheidungszuständigkeit der Landesbehörden zu verbessern oder durch Vermeiden der Einbindung der Kommission zu einem Zeit- und damit Zinsvorteil führt.

14. Die Kenntnis des Subventionsgebers von der Unrichtigkeit der Angaben steht der Strafbarkeit nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht entgegen, weil § 264 StGB kein Erfolgsdelikt ist und keine erfolgreiche Täuschung erfordert. Der Subventionsbetrug ist vollendet, sobald die falschen Angaben dem Subventionsgeber gegenüber gemacht wurden.

15. § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt denjenigen unter Strafe, der einen Gegenstand oder eine Geldleistung, deren Verwendung durch Rechtsvorschriften oder durch den Subventionsgeber im Hinblick auf eine Subvention beschränkt ist, entgegen der Verwendungsbeschränkung verwendet. Eine zweckwidrige Verwendung von Mitteln im Sinne von § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB liegt schon dann vor, wenn die erlangten Gelder nicht umgehend für den mit der Subvention verfolgten Zweck verwendet werden.

**394. BGH 4 StR 408/17 – Beschluss vom 26. März 2018 (LG Halle)**

Betreiben von Bankgeschäften ohne Erlaubnis (Begriff des Bankgeschäfts: Begriff der Einlage, Vereinbarung einer qualifizierten Nachrangabrede hinsichtlich eingezahlter Gelder); Irrtum über die Erlaubnispflichtigkeit des vorgenommenen Geschäfts: Subsumtionsirrtum);

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht eines Darlehensnehmers).

§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG; § 16 StGB; § 17 StGB; § 266 Abs. 1 StGB

1. Einlagen und anderen unbedingt rückzahlbaren Geldern des Publikums im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG ist gemein, dass der Kapitalgeber die eingezahlten Gelder bei Fälligkeit ohne zusätzliche Voraussetzung jederzeit wieder zurückfordern kann (vgl. BGH NStZ 2007, 647). Hieran fehlt es, wenn zwischen dem Kapitalgeber und dem Kapitalnehmer eine sog. qualifizierte Nachrangabrede des Inhalts getroffen wird, dass die Forderung des Kapitalgebers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen und in der Insolvenz nur im Rang nach den Forderungen sämtlicher normaler Insolvenzgläubiger befriedigt werden darf. Eine solche Abrede steht der Annahme einer Einlage oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums und damit eines Bankgeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG entgegen.

2. Hat der Täter des § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG den Bedeutungssinn des Bankgeschäfts als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst, hält er seine Geschäfte aber gleichwohl für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, irrt er lediglich über ihr Verbotensein, sodass ein Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB vorliegt (vgl. BGH NJW 2017, 2463, 2464).

3. Auch bei einem zweckgebundenen Darlehen durch die Einbeziehung auftragsähnlicher Elemente kann im Einzelfall eine Vermögensbetreuungspflicht des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber begründet sein. Dies wird jedoch in der Regel nur dann in Betracht kommen, wenn durch die besondere Zweckbindung und die sich daraus ergebende Verpflichtung des Darlehensnehmers zur zweckgerechten Verwendung der Valuta Vermögensinteressen des Darlehensgebers geschützt werden und diese wirtschaftlich im Mittelpunkt des Vertrags stehen (vgl. BGHSt 8, 271, 272 f. mwN).

**380. BGH 1 StR 423/17 – Beschluss vom 21. März 2018 (LG Augsburg)**

Insolvenzverschleppung (Mitglied des Vertretungsorgans als besonderes persönliches Merkmal); Bankrott (Schulderstellung als besonderes persönliches Merkmal).

§ 15a Abs. 1, Abs. 4 InsO; § 283 Abs. 1 StGB

Bei der nach § 15a Abs. 1 InsO und nach § 283 Abs. 1 StGB erforderlichen Pflichtenstellung handelt es sich jeweils um ein besonderes persönliches Merkmal gemäß § 28 Abs. 1 StGB (vgl. BGHSt 58, 115, 117 f. Rn. 9).

**434. BGH 3 StR 78/17 – Beschluss vom 18. Oktober 2017 (LG Hildesheim)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen; Verfügungsbereithalten; Möglichkeit des Zugriffs ohne nennenswerten Zeitaufwand; Aufbewahrung in Behältnis oder anderem Raum; Waffe im technischen Sinne; Zweckbestimmung; Feststellungen zur subjektiven Seite).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Bewaffnetes Handeltreiben im Sinne von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt voraus, dass der Täter eine Schusswaffe oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind, bei der Tat mit sich führt. Am eigenen Körper muss die Waffe oder der Gegenstand dabei nicht getragen werden; es genügt, dass sie der Täter in einer Weise verfügbarsbereit hält, dass er beim Umgang mit den Betäubungsmitteln ohne nennenswerten Zeitaufwand auf sie zugreifen kann. Befindet sich die Waffe in einem Behältnis und/oder in einem anderen Raum als die Betäubungsmittel, so kann dies – je nach den Umständen des Einzelfalles – ein Mitsichführen im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ausschließen.

2. Ausführungen dazu, dass ein Gegenstand vom Angeklagten zur Verletzung von Personen bestimmt wurde, können im Rahmen des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG im Einzelfall entbehrlich sein, wenn es sich bei um eine Waffe im technischen Sinne handelte, da bei einer solchen die Feststellung regelmäßig nahe liegt, diese sei zur Verletzung von Personen bestimmt. Anderenfalls – hier: bei einem „Tarnmesser“ mit sechs cm Klinglänge – sind an die Prüfung und Darlegung der subjektiven Merkmale umso höhere Anforderungen zu stellen, je ferner die Gefahr des Einsatzes ist und je weniger geeignet und bestimmt zur Verletzung von Personen der Gegenstand in objektiver Hinsicht ist.

#### **384. BGH 2 StR 127/17 – Urteil vom 7. März 2018 (LG Wiesbaden)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung: strafscharfende Berücksichtigung des Maßes der Überschreitung des Grenzwertes); Verfall (Absehen von der Anordnung, weil das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Täters vorhanden ist: Grund der Entreichung als Faktor der Billigkeitsentscheidung, Tilgung von Schulden).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F.

1. Beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge darf nur die Tatbegehung mit einer „nicht geringen Menge“ für sich genommen nicht bei der Strafzumessung berücksichtigt werden; jedoch kann das Maß der Überschreitung des Grenzwerts in die Strafzumessung einfließen, soweit es sich nicht lediglich um eine Überschreitung in einem Bagatellbereich handelt (vgl. BGH NJW 2017, 2776, 2777). Danach ist die Berücksichtigung der Überschreitung der nicht geringen Menge um das Dreifache rechtlichen Bedenken nicht ausgesetzt.

2. Der Tatrichter kann bei seiner Billigkeitsentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. neben den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Betroffenen insbesondere berücksichtigen, aus welchem Grunde das Erlangte bzw. dessen Wert nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden ist. Hierbei ist maßgebend, ob und inwieweit es unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles unangemessen erscheint, den Verfall anzuordnen (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 104, 105). Das „Verprassen“ der erlangten Mittel sowie ihre Verwendung für Luxus und zum Vergnügen kann dabei gegen die Anwendung der Härtevorschrift sprechen (vgl. BGHSt

30, 314, 317); ihr Verbrauch in einer Notlage für den Lebensunterhalt kann hingegen als Argument für eine entsprechende Ermessensentscheidung herangezogen werden (vgl. BGHSt 38, 23, 25).

3. Die Möglichkeit, nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. von einer Verfallsanordnung abzusehen, beschränkt sich aber nicht auf Entreicherungen, die durch Aufwendungen für die notwendige Lebensführung getätigt worden sind. Sie kommt grundsätzlich auch in Betracht, wenn Mittel zur Schuldentilgung eingesetzt worden sind. Dabei kann eine Rolle spielen, welcher Art diese Verbindlichkeiten war (vgl. BGHSt 38, 23, 25).

#### **397. BGH 1 StR 264/17 – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG Koblenz)**

Steuerhinterziehung (Vollendung durch Steuerverkürzung; Vollendung im Falle der Umsatzsteuer).

§ 168 Satz 1 und 2 AO; § 370 Abs. 1 AO

1. Bei der Straftat der Steuerhinterziehung, bei der es sich nicht lediglich um ein Erklärungsdelikt, sondern auch um ein Erfolgsdelikt handelt, tritt Vollendung erst dann ein, wenn der Täter durch seine Tathandlung Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt (§ 370 Abs. 1 AO).

2. Betreffen die Taten die Hinterziehung von Umsatzsteuer durch Abgabe inhaltlich unzutreffender Steuererklärungen, hängt die Tatvollendung davon ab, ob die unrichtigen Steueranmeldungen zu einer Zahllast oder zu einer Steuervergütung geführt haben. Zwar steht eine Steueranmeldung gemäß § 168 Satz 1 AO einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleich. Führt allerdings die Steueranmeldung zu einer Herabsetzung der bisher zu entrichtenden Steuer oder zu einer Steuervergütung, so gilt dies erst dann, wenn die Finanzbehörde zugestimmt hat (§ 168 Satz 2 AO). Das Tatgericht muss daher Feststellungen dazu treffen, ob die jeweilige Steueranmeldung eine Zahllast oder eine Steuervergütung zum Inhalt hatte und – im Falle der Steuervergütung – ob die Finanzbehörden dieser zugestimmt haben.

#### **417. BGH 4 StR 594/17 – Beschluss vom 15. Februar 2018 (LG Halle)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verjährungsfrist, Verjährungsbeginn); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Zuverlässige Beurkundung des Beratungsergebnisses durch die Urteilsgründe).

§ 29 Abs. 1 BtMG; § 78 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 StGB; § 78a StGB; § 261 StPO

1. Die Verjährungsfrist für Taten nach § 29 Abs. 1 BtMG beträgt fünf Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 StGB). Ihr Lauf begann nach § 78a StGB jeweils mit dem Abschluss des Rauschgiftumsatzes und der Entgegennahme des Veräußerungserlöses (hier Streckmittel im Gegenwert des vereinbarten Kaufpreises) durch den Angeklagten.

2. Die Sachrüge kann zum Erfolg führen, wenn sich aus den Urteilsgründen selbst Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sie das Beratungsergebnis nicht mehr zuverlässig beurkunden.

# § 76a Abs. 4 StGB – Ein neues und verfassungswidriges Instrument im deutschen Vermögensabschöpfungsrecht\*

Von Dr. Kersten Höft, LL.M., M.A.

## A. Einleitung

Getreu dem Motto „Verbrechen darf sich nicht lohnen!“ soll das seit dem 1. Juli 2017 geltende, grundlegend reformierte Vermögensabschöpfungsrecht<sup>1</sup> den Behörden Instrumente an die Hand geben, um umfassend und lückenlos aus Straftaten erlangte Erträge zu ermitteln, sicherzustellen und einzuziehen. Besondere Beachtung verdient dabei ein dem deutschen Strafrecht bislang unbekanntes Instrument, namentlich die sog. *non-conviction-based confiscation*, also die verurteilungsunabhängige Einziehung von Vermögenswerten unklarer Herkunft. Diesem widmet sich der vorliegende Beitrag.

## B. Darstellung des § 76a Abs. 4 StGB

Angesicht des völlig neuen Weges,<sup>2</sup> den der deutsche Gesetzgeber hier beschreitet, soll die *non-conviction-based confiscation* nach Maßgabe des § 76 Abs. 4 StGB zunächst in aller Kürze vorgestellt werden.<sup>3</sup>

So bedarf es für eine Abschöpfung nach § 76a Abs. 4 StGB zunächst eines Verfahrens, das wegen einer der in § 76a Abs. 4 S. 3 StGB genannten Katalogtaten geführt wird. Dabei handelt es sich – jedenfalls nach Auffassung des Gesetzgebers – um klassische Taten aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität und des Terrorismus. Insoweit sind ein ernster Verfolgungswille der Ermittlungsbehörden sowie entsprechende Bemühungen zu fordern. Zur Anwendung des § 76a Abs. 4 StGB muss sich allerdings im weiteren Verlauf die Verfolgung oder Verurteilung wegen dieser Katalogtat als unmöglich herausstellen, etwa weil sich der Tatverdacht insgesamt oder jedenfalls hinsichtlich der Katalogtat nicht erhärtet.<sup>4</sup>

\* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag aus der mündlichen Promotionsprüfung des Autors vom 17. Januar 2018 an der Bucerius Law School.

<sup>1</sup> Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BGBl. 2017 I, S. 872.

<sup>2</sup> Vgl. auch Trüg NJW 2017, 1913, 1916; Meyer StV 2017, 343, 344; Schilling/Hübner StV 2018, 49.

<sup>3</sup> Einen Überblick gibt auch Weber, in: Weber, BtMG, 5. Aufl. (2017) § 33 Rn. 435 ff.

<sup>4</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 92. Eine Einziehung soll dann ausscheiden, wenn die Unschuld des Betroffenen hinsichtlich der Katalogtat bewiesen wurde.

Nach Auffassung des Gesetzgebers stellt sich die *non-conviction-based confiscation* damit als Verfahren „ad rem“ dar.<sup>5</sup> Wird der Betroffene hingegen wegen der Katalogtat verurteilt, kommt eine Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB nicht in Betracht. Dann genießt § 73a StGB Vorrang.<sup>6</sup>

Im Rahmen dieses Verfahrens, jedoch nicht gerade wegen der verfolgten oder einer anderen Katalogtat muss ein Gegenstand sichergestellt werden. Rührt dieser wiederum aus einer (anderen) Straftat her, „soll“ der Gegenstand im Rahmen eines selbstständigen Verfahrens eingezogen werden. Es bedarf insoweit nicht des Nachweises einer konkreten Straftat; vielmehr soll die richterliche Überzeugung von der Herkunft des Gegenstandes aus irgendeiner Straftat ausreichen. An diese richterliche Überzeugung dürfen nach Auffassung des Gesetzgebers „keine überspannten Anforderungen“<sup>7</sup> gestellt werden. Es ist daher auch nicht nötig, dass die Tat im Einzelnen festgestellt wird.<sup>8</sup>

Der Begriff des Herrührens ist wiederum dem § 261 StGB entnommen und soll daher weit ausgelegt werden.<sup>9</sup> Eine solche weite Auslegung bezieht alle Gegenstände ein, die an die Stelle des unmittelbar aus der (Vor-)Tat erlangten oder eines ihn bereits ersetzenden Gegenstands treten, ohne auf der anderen Seite ersetzte Surrogate aus dem Kreis der erfassten Objekte zu entlassen.<sup>10</sup> Aufgrund der Gleichwertigkeit aller Kausalfaktoren erfasst diese Auslegung zudem Gegenstände, deren Vermögenswert nicht ausschließlich aus einer Straftat stammt, sondern

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/9525 S. S. 92. Insoweit ähnelt die Norm der erweiterten Einziehung nach § 73a Abs. 1 StGB (vgl. auch Rönnau/Begemeier NZWiSt 2016, 260, 264 mit vergleichenden Erwägungen; zudem Schilling/Hübner StV 2018, 49 f.), die erfolgt, wenn eine rechtswidrige Tat begangen wurde und Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten oder für sie erlangt worden sind, auch wenn diese nicht im Einzelnen festgestellt wird. Dort bedarf es jedoch eines subjektiven Verfahrens gegen den Täter oder Teilnehmer.

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 66, 73; hieran zweifelt Weber, in: Weber, BtMG, 5. Aufl. (2017) § 33 Rn. 460.

<sup>7</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 66, 73.

<sup>8</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 66, 73.

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 73.

<sup>10</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 73.

auf der Vermischung, Vermengung oder Verbindung mit anderen Vermögenswerten beruht.<sup>11</sup>

Zur Überzeugungsbildung gibt § 437 StPO dem Richter Hilfskriterien an die Hand. Etwa soll von einem Herrühren aus einer Straftat auszugehen sein, wenn zwischen dem Wert des sichergestellten Gegenstandes und den rechtmäßigen Einkünften des Betroffenen ein „grobes Missverhältnis“ besteht. Darüber hinaus könne das Gericht berücksichtigen: das Ergebnis der Ermittlungen zu der Katalogtat, die Anlass für das Verfahren war; die Umstände, unter denen der Gegenstand aufgefunden sowie sichergestellt worden ist; die sonstigen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen. Der ursprünglich im Regierungsentwurf vorgesehene § 437 Abs. 2 StPO – „§ 261 bleibt unberührt“ – ist entfallen, da der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz diesen Zusatz für rein deklaratorisch und damit für überflüssig hielt.<sup>12</sup>

Im Regierungsentwurf<sup>13</sup> wird dazu erläutert, dass, wenn die Staatsanwaltschaft einen schlüssigen Sachverhalt vortrage, aus dem sich ein Herrühren aus einer Straftat nach richterlicher Überzeugung ergibt, der Betroffene eine Einziehung nur noch durch substantiiertes Bestreiten abwenden könne. Bloßes Schweigen oder Bestreiten mit Nichtwissen könne die Einziehung nicht abwenden. Insoweit sollen die Beweislastregeln aus dem Zivilrecht Anwendung finden. Die Entwurfsverfasser sehen hierin eine verfassungskonforme Beweislastumkehr.

### C. Bisherige Rezeption des § 76a Abs. 4 StGB

Die weit überwiegenden Stimmen in der Literatur und den Interessenverbänden äußerten bereits während des Gesetzgebungsprozesses deutliche Kritik, deren wesentliche Punkte im Folgenden zusammengefasst werden.

So wird vor dem Hintergrund des Art. 14 GG die Verhältnismäßigkeit der Norm in Zweifel gezogen.

Zudem sei die „Verdachtssanktion“<sup>14</sup> des § 76a Abs. 4 StGB „sicher nicht lediglich“<sup>15</sup> am Eigentumsgrundrecht, sondern daneben auch an den strafrechtlichen Garantien zu messen.<sup>16</sup> In der Neukonzeption des § 76a Abs. 4 StGB liege eine faktische Beweislastumkehr zu Lasten des Betroffenen, die gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 73.

<sup>12</sup> BT-Drs. 18/11640, S. 89.

<sup>13</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 92.

<sup>14</sup> *Trüg* NJW 2017, 1913, 1916.

<sup>15</sup> *Trüg* NJW 2017, 1913, 1916.

<sup>16</sup> Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 17 ff. sowie vom 21. September 2016, S. 3; *Trüg* NJW 2017, 1913, 1916; *Schilling/Hübner* StV 2018, 49, 54; *Gebauer* ZRP 2016, 101, 104 m. Fn. 38; *Saliger*, in: NK, StGB, 5. Aufl. (2017), Vor §§ 73 ff. Rn. 3a (unauflösbare Spannung mit dem Schuldprinzip trotz des präventiven Charakters; andeutend *Köllner/Mück* NZI 2017, 593, 598; Zweifel an der Ablehnung des Strafcharakters äußern auch *Meißner/Schütrumpf*, Vermögensabschöpfung (2018), Rn. 86.

und den Schuldgrundsatz verstoße.<sup>17</sup> Des Weiteren stelle die Vorgabe der zu berücksichtigenden Kriterien einen Eingriff in die freie richterliche Beweiswürdigung dar, für den eine Rechtfertigung nicht ersichtlich sei.<sup>18</sup> Insbesondere der gewählte „Missverhältnis-Ansatz“ sowie die Anknüpfung an das weite Merkmal des Herrührens aus einer Straftat führten zu einer Unbestimmtheit<sup>19</sup> und Unverhältnismäßigkeit<sup>20</sup> der Norm, die verfassungsrechtlich nicht mehr zu tolerieren sei. Schließlich werden Zweifel an der praktischen Anwendbarkeit der Norm laut, da auch in diesem Verfahren der hohe Standard der richterlichen Überzeugung von der illegalen Herkunft bestimmter Gegenstände erreicht werden müsse.<sup>21</sup> Zudem berge § 76a Abs. 4 StGB die Gefahr, aufgrund extensiver Handhabung den Vorrang der einfachen Einziehung zu untergraben, die gerade an konkret nachgewiesene Herkunftstaten gebunden sei.<sup>22</sup> Das neu eingeführte Einziehungsinstrument sei insgesamt eher in einer modifizierten Form als Maßnahme zur Gefahrenabwehr denkbar<sup>23</sup> – dann aber systematisch nicht innerhalb des StGB zu verorten.

### D. Verfassungsmäßigkeit des § 76a Abs. 4 StGB

Vor dem Hintergrund dieser deutlichen und nahezu einhelligen Kritik an der Einführung des § 76a Abs. 4 StGB soll an dieser Stelle eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Norm erfolgen.

#### I. Prüfungsmaßstab

Da die Reform des Vermögensabschöpfungsrechts nicht zuletzt auf der Notwendigkeit der Umsetzung einer europäischen Richtlinie<sup>24</sup> in nationales Recht fußt, muss zunächst der Maßstab festgelegt werden, an dem § 76a Abs. 4 StGB zu messen ist.

<sup>17</sup> Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 19 f.; *Schilling/Hübner* StV 2018, 49, 56; ähnlich die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22. Juni 2016, S. 6 (Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK).

<sup>18</sup> Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins vom 15. Juni 2016, S. 15 ff.; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22. Juni 2016, S. 6 f.; *Köllner/Mück* NZI 2017, 593, 598; ähnlich *Schilling/Hübner* StV 2018, 49, 55.

<sup>19</sup> Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 18 f. sowie vom 21. September 2016, S. 3.

<sup>20</sup> *Gebauer* ZRP 2016, 101, 104; auch *Saliger*, in: NK, StGB, 5. Aufl. (2017), Vor §§ 73 ff. Rn. 3a sieht unauflösbare Spannungen mit Art. 14 GG.

<sup>21</sup> Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom 3. Juni 2016, S. 4; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 18.

<sup>22</sup> *Saliger*, in: NK, StGB, 5. Aufl. (2017), Vor §§ 73 ff. Rn. 3a.

<sup>23</sup> *Trüg* NJW 2017, 1913, 1916.

<sup>24</sup> RL 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union, ABl. L 127/39.



Richtlinien und deren Umsetzung sind grundsätzlich nicht an den nationalen Grundrechten zu messen.<sup>25</sup> Sie müssen vielmehr den Vorgaben des EU-Primärrechts, also auch der Grundrechte-Charta der Europäischen Union, entsprechen.<sup>26</sup> Nach Maßgabe der Solange II-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts scheidet dabei eine (mittelbare) Überprüfung eines Unionsrechtsakts am Maßstab der nationalen Grundrechte aus, da und solange auf Unionsebene ein im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet ist.<sup>27</sup> Allerdings findet dieser Maßstab nur Anwendung, soweit tatsächlich Vorgaben einer EU-Richtlinie umgesetzt werden.<sup>28</sup> Geht der deutsche Gesetzgeber in seiner Regelung darüber hinaus, ist der überschießende Regelungsgehalt wiederum an den nationalen Grundrechten zu messen.<sup>29</sup>

Die hier konkret umzusetzende Richtlinie sieht zwar durchaus Maßnahmen vor für den Fall, dass die Einziehung im Zusammenhang mit einer Verurteilung nicht möglich ist – etwa bei Krankheit oder Flucht des Täters.<sup>30</sup> Jedoch fordert Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie allein die Sicherstellung, dass „Tatwerkzeuge und Erträge dann eingezogen werden können, wenn ein Strafverfahren in Bezug auf eine Straftat, die direkt oder indirekt zu einem wirtschaftlichen Vorteil führen kann, eingeleitet wurde und dieses Verfahren zu einer strafrechtlichen Verurteilung hätte führen können, wenn die verdächtige oder beschuldigte Person vor Gericht hätte erscheinen können.“<sup>31</sup> Eine Einziehung von Vermögenswerten unklarer Herkunft, die nicht nachweislich durch oder für die Anlasstat oder eine andere konkrete Straftat erlangt worden sind, sondern allein anlässlich einer Katalogtat sichergestellt wurden und nach der Überzeugung des Gerichts aus irgendeiner Straftat herrühren, sieht die Richtlinie hingegen nicht vor.<sup>32</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 76a Abs. 4 StGB als über die Vorgaben der umzusetzenden Richtlinie hinausgehende Vorschrift an den deutschen Grundrechten zu messen.

<sup>25</sup> Vgl. nur *Rönnau/Begemeier* NZWiSt 2016, 260, 263 sowie *Rönnau/Wegner* GA 2013, 561, 578 m.w.N., dort auch zu den vom BVerfG entwickelten Ausnahmen.

<sup>26</sup> Vgl. nochmals nur *Rönnau/Begemeier* NZWiSt 2016, 260, 263 und *Rönnau/Wegner* GA 2013, 561, 581.

<sup>27</sup> BVerfG 2 BvR 197/83, Beschluss vom 22. Oktober 1986 = BVerfGE 73, 339.

<sup>28</sup> Die EU-Grundrechtecharta findet nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GRCh ausdrücklich nur dann Anwendung, wenn Deutschland Unionsrecht „durchführt“.

<sup>29</sup> *Rönnau/Wegner* GA 2013, 561, 579; *Rönnau/Begemeier* NZWiSt 2016, 260, 263.

<sup>30</sup> ABl. L 127 vom 29. April 2014, S. 46.

<sup>31</sup> ABl. L 127 vom 29. April 2014, S. 46.

<sup>32</sup> Dies ergab sich erst in der Europäischen Sicherheitsagenda vom 28. April 2015 (COM [2015] 185 final): Forderung nach einer „Überprüfung möglicher Maßnahmen für die ohne vorhergehende Verurteilung vorgenommene Einziehung von Vermögen aus Straftaten“ (S. 23). Vgl. auch Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 31. Mai 2016, S. 15 sowie vom 21. September 2016, S. 4; *Schilling/Hübner* StV 2018, 49, 52 f.; *Bettels* Diritto Penale Contemporaneo vom 16. Dezember 2016, S. 1 ([https://www.penalcontempo.it/upload/BETTELS\\_2016a.pdf](https://www.penalcontempo.it/upload/BETTELS_2016a.pdf)).

## II. Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs

### 1. Strafrechtliche Garantien

Zunächst könnten verfassungsrechtliche Zweifel aufgrund eines Verstoßes gegen das Schuldprinzip, den *nemo tenetur*-Grundsatz und Art. 103 Abs. 2 GG aufkommen. All diese strafrechtlichen Garantien gelten jedoch allein für die Verhängung einer Strafe, nicht aber für präventive Maßnahmen.

#### a) Überblick zu den bisherigen Äußerungen zur Rechtsnatur

Im Gesetzgebungsprozess und im Schrifttum finden sich zur Rechtsnatur von Maßnahmen nach § 76a Abs. 4 StGB verschiedene Äußerungen.

So halten die Verfasser des Regierungsentwurfs ausführlich fest:

„Das Instrument zielt nicht auf die Verhängung einer Sanktion gegen den Betroffenen. Es soll vielmehr strafrechtswidrige Vermögenslagen beseitigen, um die Nutznießung von Verbrechenvermögen oder deren Reinvestitionen in kriminelle Aktivitäten zu verhindern. Das Ziel der Maßnahme ist es also, eine Störung der Vermögensordnung zu beseitigen und so der materiellen Rechtsordnung Geltung zu verschaffen. Es handelt sich damit um eine in die Zukunft gerichtete Maßnahme der Vermögensabschöpfung, die nicht dem Schuldgrundsatz unterliegt. Das Instrument steht damit im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsnatur und zum Zweck der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 = BVerfGE 110, 1-33, Rn. 102 f. zum ‚erweiterten Verfall‘). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat die Vereinbarkeit des Instituts mit der Menschenrechtskonvention mehrfach bestätigt (zuletzt EGMR, Urteil vom 12. Mai 2015, Gogitidze u.a. gegen Georgien, Nr. 36862/05)“.<sup>33</sup>

„Das Verfahren der selbstständigen Einziehung nach § 76a Absatz 4 StGB-E ist ein Verfahren gegen die Sache („ad rem“); es richtet sich nicht gegen eine Person. Es hat damit keinen Strafcharakter. Die Rechtfertigung des Eingriffs ist verfassungsrechtlich allein an Artikel 14 GG zu messen...“<sup>34</sup>

Das Bundesverfassungsgericht<sup>35</sup> hat in der im Regierungsentwurf zitierten Entscheidung zur alten Vorschrift betreffend den erweiterten Verfall festgehalten, dass die vermögensordnende Zielsetzung der Norm „klar zukunftsbezogen und präventiv“ sei. Zwar setze die Beseitigung einer Störung der Vermögensordnung vergangenheitsbezogene Feststellungen voraus und sei insoweit retrospektiv; der korrigierende Eingriff aber sei nicht notwendig repressiv.

<sup>33</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 58.

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 92.

<sup>35</sup> BVerfG 2 BvR 564/95, Beschluss vom 14. Januar 2004 = BeckRS 2004, 22094, Rn. 60.

In der deutschen Literatur hingegen werden vielfach Stimmen laut, die den neuen § 76a Abs. 4 StGB als strafrechtliche Sanktion einordnen.<sup>36</sup>

## b) Rechtsnatur des § 76a Abs. 4 StGB

### aa) Definition von Strafe

Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen zur Rechtsnatur von Einziehungsmaßnahmen nach § 76a Abs. 4 StGB soll die Definition des Bundesverfassungsgerichts zum Begriff der „Strafe“ sein:

„Die Strafe, auch die bloße Ordnungsstrafe, ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, daß sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe, auch mit der Ordnungsstrafe, wird dem Täter ein Rechtsverstoß vorgehalten und zum Vorwurf gemacht.“<sup>37</sup>

Strafen sind also Sanktionen, „die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient“.<sup>38</sup>

Den strafrechtlichen Garantien unterliegen dabei auch Sanktionen, die wie Strafe wirken.<sup>39</sup>

### bb) Keine subjektive Betrachtung

Dies zu Grunde gelegt, kann es bei der Bestimmung der Rechtsnatur einer Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB nicht allein auf die subjektive Sichtweise des Betroffenen ankommen,<sup>40</sup> stellt sich doch ein Weniger an Vermögenswerten für diesen stets als Übel dar. Doch nicht jede faktische Übelszufügung verleiht einer Maßnahme strafähnlichen Charakter.

### cc) Verfahren *ad rem*

Auch die Ausrichtung des Verfahrens auf die Sache selbst spricht gegen die Annahme eines Strafcharakters.

Zwar ist zum einen ein Anlassverfahren gegen einen konkreten Beschuldigten und zum anderen mindestens die Überzeugung des Gerichts von einer anderen Herkunftstat vonnöten. Das Verfahren nach § 76a Abs. 4 StGB richtet sich dann jedoch nicht gegen einen konkret individualisierten Täter. Es soll dem Betroffenen vielmehr die Früchte aus der (Herkunfts-)Tat entziehen, ohne dass dieser strafrechtlich verfolgt wird. Das Verfahren weist daher einen stark generalpräventiven Charakter auf. Obwohl der Anlass der Sicherstellung in einem Verfahren *ad personam* begründet ist, erfolgt die anschließende

de Einziehung vollkommen losgelöst hiervon und unabhängig von der weiteren strafrechtlichen Verfolgung der Herkunftstat. Bei der Betitelung der *non-conviction-based confiscation* als „Verfahren *ad rem*“ handelt es sich mithin nicht um eine „Fiktion bzw. ‚bloße Etikettierung‘“,<sup>41</sup> wie einige Stimmen in der Literatur meinen.

### dd) Kondiktionsähnliche Maßnahme

Die Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB weist zudem große Ähnlichkeiten mit dem Bereicherungsrecht und den diesem zu Grunde liegenden Wertungen auf; sie ist als kondiktionsähnliche Maßnahme einzuordnen.<sup>42</sup>

Hierzu steht nicht in Widerspruch, dass die Einziehung nach dem Bruttoprinzip erfolgt und von ihr alle aus einer Tat herrührenden Gegenstände erfasst werden – auf der ersten Stufe also allein der durch eine Straftat verursachte Vermögenszuwachs erheblich ist –<sup>43</sup>, Aufwendungen jedoch nicht vollumfänglich in Abzug gebracht werden können. So können nach § 73d StGB – in einem zweiten Schritt – Aufwendungen zwar grundsätzlich abgezogen werden; solche Aufwendungen, die für die Begehung oder Vorbereitung der Tat aufgewendet oder eingesetzt worden sind, bleiben jedoch außer Betracht, soweit es sich nicht um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt.<sup>44</sup> Hieraus ergibt sich die Möglichkeit, bei einem von der Einziehung Betroffenen nicht nur den aus der Tat resultierenden Vorteil abzuschöpfen, sondern darüber hinauszufragen, namentlich in Höhe der unmittelbar und bewusst im Zusammenhang mit der Tatausführung oder -vorbereitung entstandenen Aufwendungen.<sup>45</sup> Aus einer über den resultierenden Vorteil hinausgehenden Abschöpfungsmöglichkeit schlussfolgerte die herrschende Lehre bereits zur alten Rechtslage, dass es sich um ein Instrument mit strafähnlichem Charakter handle, das an den strafrechtlichen Garantien zu messen sei.<sup>46</sup>

Soweit die Abschöpfung nach § 76a Abs. 4 StGB über den Nettogewinn hinausgeht, verfolgt sie jedoch einen Präventionszweck. Auch das Bundesverfassungsgericht hielt den entsprechend funktionierenden erweiterten Verfall nach Maßgabe des Bruttoprinzips nach alter Rechtslage (§ 73d StGB a.F.) für eine Maßnahme, die keine repressiv-vergeltenden, sondern vielmehr präventiv-ordnende Ziele verfolgt und daher keine Strafe darstellt.<sup>47</sup> Die Maßnahme soll gerade denjenigen Vermö-

<sup>36</sup> S. dazu ausführlich Fn. 20.

<sup>37</sup> BVerfG 2 BvR 506/63, Beschluss vom 25. Oktober 1966 = GRUR 1967, 213, 215.

<sup>38</sup> BVerfG 2 BvR 2029/01, Urteil vom 5. Februar 2004; zu weiteren Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, 81. EL, Stand: September 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 56 Fn. 6.

<sup>39</sup> BVerfG 2 BvR 564/95, Urteil vom 14. Januar 2004.

<sup>40</sup> Dies ziehen Schilling/Hübner StV 2018, 49, 51 in Zweifel.

<sup>41</sup> Schilling/Hübner StV 2018, 49, 54; vgl. auch Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen vom 21. September 2016, S. 4.

<sup>42</sup> Schilling/Hübner StV 2018, 49, 51 üben Kritik an der mangelnden Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit den Details des Bereicherungsrechts.

<sup>43</sup> Rönna/Begemeier, GA 2017, 1, 4.

<sup>44</sup> Rönna/Begemeier, GA 2017, 1, 4 sehen hierin ein normativ eingeschränktes Bruttoprinzip.

<sup>45</sup> Vgl. Gebauer ZRP 2016, 101, 102.

<sup>46</sup> Zum Meinungsstand betreffend den Rechtscharakter des Verfalls im alten Recht beispielhaft Eser, in: Schöнке/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), Vor § 73 Rn. 19 sowie § 73 Rn. 2; Joecks, in: MüKo, StGB, §. Aufl. (2016), § 73 Rn. 8 ff. sowie knapp Saliger, in: NK, StGB, 5. Aufl. (2017), Vor §§ 73 ff. Rn. 5.

<sup>47</sup> BVerfG 2 BvR 564/95, Beschluss vom 14. Januar 2004 = BeckRS 2004, 22094.

gensgegenständen, die aus einer Straftat stammen, den rechtlichen Schutz entziehen und damit den Anreiz zur Tatbegehung verkleinern.

Ähnlichen Wertungen folgt das Bereicherungsrecht: §§ 812 ff. BGB dienen der Vergangenheitsbewältigung durch Rückabwicklung rechtsgrundloser und nicht der Verhinderung künftiger Vermögensverschiebungen.<sup>48</sup> Sie wollen allein den *status quo ante* wiederherstellen. Ansprüche aus Leistungskondiktion sind nach § 817 S. 2 BGB allerdings ausgeschlossen, wenn der Leistende – über den Wortlaut der Norm hinaus auch nur einseitig<sup>49</sup> – mit seiner Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Dahinter steht der allgemeinere Gedanke, dass niemand aus seinem eigenen unlauteren Verhalten Ansprüche herleiten können soll (*nemo turpitudinem suam allegans auditur*).<sup>50</sup> Aufwendungen wiederum dürfen bei Kondiktionsansprüchen nur als Entreicherung i.S.d. § 818 Abs. 3 BGB in Abzug gebracht werden, wenn der Bereicherungsschuldner nicht verschärft haftet (vgl. § 818 Abs. 4 BGB). So ist beispielsweise das Berufen auf eine Entreicherung ausgeschlossen, wenn der Bereicherungsschuldner den Gesetzes- oder Sittenverstoß kannte (§ 819 Abs. 2 BGB).<sup>51</sup>

Mit diesen Wertungen gerät § 76a Abs. 4 StGB also nicht in Konflikt. Vielmehr soll die Norm dazu dienen, dem Betroffenen diejenigen Vermögensgegenstände zu entziehen, die aus rechtswidrigen Taten herrühren. Hat er einen solchen Gegenstand inne, steht dieser Vermögenswert auch nach den Grundgedanken des Bereicherungsrechts nicht unter dem Schutz der Rechtsordnung.<sup>52</sup> Kennt der Betroffene zudem den Gesetzes- oder Sittenverstoß, lässt auch das Bereicherungsrecht keinen Abzug von Aufwendungen zu.

Daher kommt einer Maßnahme nach § 76a Abs. 4 StGB kondiktionsähnlicher Charakter zu – auch wenn im Bereicherungsrecht lediglich Ansprüche ausgeschlossen werden und ein von der Einziehung Betroffener darüberhinausgehend Vermögenswerte verliert.

### ee) Vorgaben der EMRK und Rechtsprechung des EGMR

Auch die Vorgaben der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR legen die Ablehnung eines Strafcharakters der *non-conviction-based confiscation* nahe.

Zwar genießt die EMRK nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG nur den Rang einfachen Bundesrechts, jedoch müssen ihre Inhalte bei einer methodisch vertretbaren Auslegung des deutschen Verfassungsrechts aufgrund der Völker- und Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes einfließen.<sup>53</sup> Das gilt im vorliegenden Fall etwa für die Garantien aus Art. 6 EMRK. Die Entscheidungen des EGMR sind also zumindest als Auslegungshilfen heranzuziehen.<sup>54</sup>

Der Gerichtshof hat sich bereits in einigen Entscheidungen zur Frage nach dem Strafcharakter von Einziehungsmaßnahmen in anderen Rechtsordnungen – insbesondere der italienischen – geäußert. Er entschied dabei, dass der italienische Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 575 vom 31. Mai 1965<sup>55</sup> die strafverfahrensbezogenen Menschenrechte aus Art. 6 Abs. 2 EMRK (Unschuldsvermutung), Art. 7 Abs. 1 EMRK (Rückwirkungsverbot) und Art. 4 7. ZP (*ne bis in idem*-Grundsatz) nicht verletzte. Vielmehr verneinte der EGMR bereits die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs dieser Menschenrechte, da es sich bei der italienischen Präventiveinziehung nicht um eine Strafe handle. Dies begründet der EGMR in der Entscheidung *Marandino v. Italien*<sup>56</sup>, bei der es um die Einziehung umfangreicher Vermögenswerte des Betroffenen – insbesondere dessen gesamten Immobilienvermögens – durch den italienischen Staat ging, exemplarisch wie folgt:

- Im italienischen Recht handle es sich vor dem Hintergrund der vom Land vertretenen Position und der Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichts um eine präventive Maßnahme. Dem Betroffenen seien weder Straftaten

<sup>48</sup> S. nur Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), Vor § 812 Rn. 1; Schwab, in: MüKO, BGB, 7. Aufl. (2017), § 812 Rn. 36.

<sup>49</sup> Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), § 817 Rn. 12; Prinz von Sachsen Gessaphe, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 3. Aufl. (2016), § 817 Rn. 10 m.w.N.

<sup>50</sup> S. nur Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), § 817 Rn. 11; Prinz von Sachsen Gessaphe, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 3. Aufl. (2016), § 817 Rn. 2 m.w.N.. In Ausnahmefällen schränkt die Rechtsprechung diesen Ausschlussgrund jedoch teleologisch ein (§ 242 BGB), um dem Schutzzweck der die Nichtigkeit begründenden Norm Geltung zu verschaffen (vgl. hierzu Palandt, BGB, 77. Aufl. (2018), § 817 Rn. 18; Prinz von Sachsen Gessaphe, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 3. Aufl. [2016], § 817 Rn. 23 f.).

<sup>51</sup> Hierzu im Detail etwa Schwab, in: MüKO, BGB, 7. Aufl. (2017), § 819 Rn. 1 ff.

<sup>52</sup> So auch BT-Drs. 18/9525, S. 55, 67.

<sup>53</sup> BVerfG 2 BvR 1481/04, Beschluss vom 14. Oktober 2004 = BVerfGE 111, 307, 316 ff. (Görgülü); BVerfG BVerfG 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10, Urteil vom 4. Mai 2011 = HRRS 2011 Nr. 488 = BVerfGE 128, 326, 366 ff.; BVerfG 2 BvR 1048/11, Beschluss vom 20. Juni 2012 = HRRS 2012 Nr. 657 = BVerfGE 131, 268, 295 f.

<sup>54</sup> Vgl. Walter, in: Maunz/Dürig, GG, 81. Erg.-Lfg., Stand: September 2017, Art. 93 Rn. 173 ff.

<sup>55</sup> Der Normtext lautete damals wie folgt: „Besteht der Verdacht, dass eine Person einer mafiösen Organisation angehört, kann das Gericht mit einer begründeten Entscheidung die Einziehung des Vermögens anordnen, das der Person direkt oder indirekt zur Verfügung steht, wenn hinreichende Nachweise dafür vorliegen, dass das betroffene Vermögen aus unrechtmäßigen Aktivitäten stammt oder mit solchen Mitteln erworben wurde, etwa bei einem bemerkenswerten Missverhältnis zwischen dem Lebenswandel und den erkennbaren oder steuerlich erklärten Einkünften.“ Die heutige italienische Regelung geht – wie auch § 76a Abs. 4 StGB – über die EU-Vorgaben hinaus, ist jedoch mit Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 575 vom 31. Mai 1965 weiterhin vergleichbar: „Das Gericht ordnet die Einziehung der beschlagnahmten Güter an, deren rechtmäßige Herkunft die Person, gegen die das Verfahren eingeleitet wurde, nicht rechtfertigen kann und bei denen sich erweist, dass sie, auch durch natürliche oder juristische Mittelspersonen, deren Inhaber ist, oder dass sie über diese, gleich aus welchem Rechtsgrund, die Verfügungsmacht hat und deren Wert in Missverhältnis zum eigenen, zu steuerlichen Zwecken erklärten Einkommen oder zur wirtschaftlichen Tätigkeit steht sowie der Güter, die sich als der Ertrag illegaler Tätigkeiten oder deren Wiederverwendung erweisen.“

<sup>56</sup> EGMR *Marandino v. Italien*, Urteil vom 15. April 1991.

vorgeworfen, noch sei er wegen solcher verurteilt worden. Die Einziehung sei vielmehr unabhängig von einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren erfolgt und habe keine Feststellung von Schuld beinhaltet (Stichwort: Qualifikation im nationalen Recht).

- Die Einziehung sei abhängig von der Feststellung einer Gefahr für die Gesellschaft aufgrund der vermuteten Mitgliedschaft des Betroffenen in einer mafiösen Organisation. Diesem Argument wurde mittlerweile durch gesetzliche Änderungen der Boden entzogen.
- Die Einziehung beruhe auf hinreichenden Nachweisen, abgesichert durch das fehlende Bestreiten des Betroffenen. Damit könne sie klar von bloßen Spekulationen abgegrenzt werden.
- Auch im Verwaltungsrecht könnten Maßnahmen mit großen Auswirkungen auf den Betroffenen getroffen werden, insbesondere zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Stichwort: Schwere der Sanktion). Diese müssten sich nicht stets als Strafe darstellen.

In den Entscheidungen *Prisco v. Italien*, *Arcuri u.a. v. Italien*, *Riela u.a. v. Italien* und *Capitani und Campanella v. Italien* bestätigte der EGMR seine Entscheidung ohne weitere ausführliche Begründungen.<sup>57</sup>

Misst man nun § 76a Abs. 4 StGB an den vom EGMR aufgestellten Kriterien, ergibt sich das folgende Bild:

- Ausweislich der Gesetzesbegründung soll § 76a Abs. 4 StGB der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und des Terrorismus dienen.<sup>58</sup> Dies soll sich auch im Anlasstatenkatalog wieder spiegeln. Es muss gerade ein Verfahren wegen Straftaten aus diesen Bereichen gegen den Betroffenen ernsthaft betrieben und der einzuziehende Gegenstand im Rahmen dieses Verfahrens sichergestellt werden. Bereits hieraus ergibt sich eine gesteigerte Gefährlichkeit des Betroffenen für die Gesellschaft, auch wenn das Verfahren letztlich nicht zu einer Verurteilung führt.
- Die Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB geht nicht mit einem strafrechtlichen Unwerturteil für den Betroffenen einher.
- Die Einziehung beruht nach der Rechtsprechung des EGMR auf hinreichenden Nachweisen, abgesichert durch das fehlende Bestreiten des Betroffenen.

Es ist also davon auszugehen, dass der EGMR auch den im deutschen Recht neu eingeführten § 76a Abs. 4 StGB nicht als Kriminalstrafe einordnen würde. Dies muss bei

<sup>57</sup> EGMR Donato Prisco v. Italien, Urteil vom 15. Juni 1999; Arcuri u.a. v. Italien, Urteil vom 5. Juli 2001; Lorenzo Riela u.a. v. Italien, Urteil vom 4. September 2001; Capitani und Campanella v. Italien, Urteil vom 17. Mai 2011; s. dazu zusammenfassend Bettels, Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens (2016), S. 283 ff.

<sup>58</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 3, 58, 73; BR-Drs. 418/16, S. 3, 62, 80 f.

der Auslegung des deutschen Verfassungsrechts Berücksichtigung finden.

## ff) Ergebnis: Keine Strafe

Bei einer Zusammenschau dieser Erwägungen wird § 76a Abs. 4 StGB nicht schlichtweg aus dem Bereich des Strafrechts „herausdefiniert“.<sup>59</sup> Es handelt sich vielmehr um eine quasi-konditionelle Maßnahme mit general- und spezialpräventiver Wirkung. Die strafrechtlichen Garantien finden keine Anwendung.<sup>60</sup>

## 2. Fair trial-Grundsatz

Jedoch könnte das neu geschaffene Abschöpfungsinstrument gegen den *fair trial*-Grundsatz verstoßen, wenn die Regelung des § 437 StPO – wie vielfach behauptet<sup>61</sup> – den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, wie er in § 261 StPO Niederschlag gefunden hat,<sup>62</sup> ungerechtfertigt einschränken würde.

### a) Inhalt des *fair trial*-Grundsatzes

Dem Beschuldigten kommt nach dem in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG<sup>63</sup> begründeten *fair trial*-Grundsatz das Recht zu, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrzunehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können.<sup>64</sup> Zudem folgen aus dem Prozessgrundrecht Mindestanforderungen an eine zuverlässige Sachverhaltsaufklärung im Strafverfahren.<sup>65</sup> Verbleibende Zweifel dürfen dort nicht zu Lasten des Betroffenen gewertet werden. Durch dieses Grundrecht wird der materielle Schuldgrundsatz prozedural abgesichert. Ihm kommt die Aufgabe zu, die Ermittlung eines wahren Sachverhalts als Grundlage eines gerechten Urteils zu garantieren.<sup>66</sup> All diese Erwägungen betreffen jedoch das gegen einen Beschuldigten gerichtete Strafverfahren.

Für das Zivilrecht wiederum wird aus dem *fair trial*-Grundsatz insbesondere ein Grundrecht auf effektiven, wirkungsvollen Rechtsschutz gezogen.<sup>67</sup> Hierbei dürfen die Erwägungen zum Strafverfahren, das vom Amtsermittlungsgrundsatz beherrscht wird, nicht unbesehen auf das Zivilverfahren übertragen werden, das wiederum

<sup>59</sup> So aber Schilling/Hübner StV 2018, 49, 54.

<sup>60</sup> So auch Bettels Diritto Penale Contemporaneo vom 16. Dezember 2016, S. 10; a.A. Schilling/Hübner StV 2018, 49, 54, die der Norm Verstöße gegen verschiedene strafrechtliche Garantien attestieren.

<sup>61</sup> S. hierzu ausführlich in Fn. 23.

<sup>62</sup> Schilling/Hübner StV 2018, 49, 54.

<sup>63</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 81. Erg.-Lfg., Stand: September 2017, Art. 2 Rn. 73.

<sup>64</sup> BVerfG 2 BvR 1464/11, Beschluss vom 5. März 2012, Rn. 23 = HRRS 2012 Nr. 282.

<sup>65</sup> BVerfG 2 BvR 1464/11, Beschluss vom 5. März 2012, Rn. 23 = HRRS 2012 Nr. 282.

<sup>66</sup> BVerfG 2 BvR 1464/11, Beschluss vom 5. März 2012, Rn. 23 = HRRS 2012 Nr. 282; vgl. zu alledem mit Bsp. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 81. Erg.-Lfg., Stand: September 2017, Art. 2 Rn. 74.

<sup>67</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 81. Erg.-Lfg., Stand: September 2017, Art. 2 Rn. 75.

vom Beibringungsgrundsatz und der Dispositionsmaxime geprägt ist.<sup>68</sup>

§ 76a Abs. 4 StGB bewegt sich zwischen diesen Welten. Zwar geht es – wie soeben dargestellt – nach hier vertretener Auffassung nicht um die Verhängung von Strafe. Dementsprechend lässt sich aus der verfassungsrechtlich garantierten Flankierung des Schuldgrundsatzes durch Verfahrensregeln kein Rückschluss auf die Mindestanforderungen im selbstständigen Einziehungsverfahren ziehen. Jedoch gilt aufgrund der Ausgestaltung als strafprozessuales Instrument weiterhin der Amtsermittlungsgrundsatz.

### b) Ergebnis: Kein Verstoß gegen den *fair trial*-Grundsatz

Es stellt sich mithin die Frage, ob die Regelung des § 437 StPO sich bereits als solche Abweichung von den im Strafprozess geltenden verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen darstellt, dass sich hieraus ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ergibt.

Nach § 261 StPO entscheidet im Strafverfahren das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.<sup>69</sup> Der BGH hält fest, dass es hierzu „einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage [bedarf], die aus rationalen Gründen den Schluss erlaubt, dass das festgestellte Geschehen mit der Wirklichkeit übereinstimmt“.<sup>70</sup> Dabei ist der Tatrichter nicht an Beweisregeln gebunden.<sup>71</sup>

Was der neu eingeführte § 437 StPO rechtstechnisch konkret regelt, wird nicht auf den ersten Blick klar. Laut Koalitionsvertrag sollte eine „Beweislastumkehr“<sup>72</sup> geschaffen werden. Im Referentenentwurf war noch die Rede von einem „Beweis des ersten Anscheins“.<sup>73</sup> Bei beidem handelt es sich um Beweislastregeln, die aus dem Zivilprozess bekannt sind. Dort eröffnet § 286 Abs. 2 ZPO den Weg zur Nutzung solcher Regeln in gesetzlich bezeichneten Fällen.<sup>74</sup> § 261 StPO sieht dies hingegen nicht vor; eine Entscheidung in einem dem Strafprozessrecht unterliegenden Verfahren muss nach Maßgabe der richterlichen Überzeugung erfolgen. Sowohl eine Beweislastumkehr als auch ein Beweis des ersten Anscheins wären damit nicht zu vereinbaren.<sup>75</sup>

Mit dem Kriterienkatalog in § 437 StPO wurde letztlich ein Anscheinsbeweis geschaffen,<sup>76</sup> der faktisch zu einer Beweislastumkehr führt.<sup>77</sup> Dennoch lastet weiterhin der Ermittlungsdruck auf der Staatsanwaltschaft, soweit sie plausibel die illegale Herkunft der einzuziehenden Vermögenswerte darlegen muss. Den Mindestanforderungen an eine Sachverhaltsaufklärung, die nach dem Grundsatz der Amtsermittlung zu erfolgen hat, kann dies gerade noch standhalten. Die Entscheidung erfolgt dann auf Grundlage richterlicher Überzeugung. Ob eine solche in der Praxis zu erlangen ist, ist allerdings fragwürdig. Es ist nahezu unvorstellbar, wie sich „ein Gericht positiv von einer kriminellen Herkunft überzeugt, die konkrete Tat aber gleichzeitig unbekannt bleibt“.<sup>78</sup>

Auch der EGMR musste sich vor dem Hintergrund der italienischen Regelung bereits mehrfach mit angeprangerten Verstößen gegen den *fair trial*-Grundsatz i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK beschäftigen.<sup>79</sup> Er wies stets darauf hin, dass mangels Strafcharakters der Maßnahme Art. 6 EMRK nur in seinen zivilrechtlichen Garantien Anwendung finde. Diese seien hinreichend gewahrt, da dem Betroffenen ausreichende Verteidigungsrechte zur Verfügung stünden. So sei etwa eine anwaltliche Vertretung gesichert und der Betroffene habe in hinreichendem Maße Antrags- und Äußerungsrechte. Zudem wies der EGMR auf den dreigliedrigen Instanzenzug hin und hob hervor, dass es hinsichtlich der illegalen Herkunft der Vermögenswerte einer belastbaren Tatsachengrundlage bedürfe.

Auch dies stützt die These, dass die Neuregelung des § 76a Abs. 4 StGB in ihrem Zusammenspiel mit § 437 StPO (gerade noch) den Anforderungen des *fair trial*-Grundsatzes gerecht wird.

### 3. Art. 14 Abs. 1 GG

Schließlich ist der neue § 76a Abs. 4 StGB jedenfalls an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen. Insoweit steht allein die Verhältnismäßigkeit der Norm in Frage.

### a) Zweck des § 76a Abs. 4 StGB

Nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser soll § 76a Abs. 4 StGB „strafrechtswidrige[...] Vermögenslagen beseitigen, um die Nutznießung von Verbrechensgewinnen oder deren Reinvestitionen in kriminelle Aktivitäten zu verhindern. Das Ziel der Maßnahme ist es also, eine Störung der Vermögensordnung zu beseitigen und so der

<sup>68</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 81. Erg.-Lfg., Stand: September 2017, Art. 2 Rn. 75.

<sup>69</sup> Hierzu ausführlich Miebach, in: MüKo, StPO (2016), § 261 Rn. 1 ff.

<sup>70</sup> Exemplarisch BGH 4 StR 422/15, Beschluss vom 14. Februar 2017 = HRRS 2017 Nr. 474.

<sup>71</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1979, 2318; Miebach, in: MüKo, StPO (2016), § 261 Rn. 55.

<sup>72</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 145.

<sup>73</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 62.

<sup>74</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 76. Aufl. (2018), § 286 Rn. 2; Schilling/Hübner StV 2018, 49, 54.

<sup>75</sup> Vgl. Miebach, in: MüKo, StPO (2016), § 261 Rn. 63, 94; Ott, in: KK, StPO, 7. Aufl. (2013), § 261 Rn. 2. Vgl. im Zusammenhang mit dem erweiterten Verfall nach alter Rechtslage Nestler HRRS 2011, 519, 520 m.w.N. in Fn. 16.

<sup>76</sup> So auch mit klarer Kritik Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22. Juni 2016, S. 7 sowie Schilling/Hübner StV 2018, 49, 51, 56, die bereits Zweifel an der im Zivilprozess zwingend vorausgesetzten Typizität äußern; zudem Meißner/Schütrumpf, Vermögensabschöpfung (2018), Rn. 84.

<sup>77</sup> Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 22. Juni 2016, S. 6; Köllner/Mück NZI 2017, 593, 598; Meißner/Schütrumpf, Vermögensabschöpfung (2018), Rn. 84.

<sup>78</sup> Rönnau, in: Festschrift für Ostendorf (2015), S. 707, 712.

<sup>79</sup> EGMR Prisco v. Italien, Urteil vom 15. Juni 1999; Arcuri u.a. v. Italien, Urteil vom 5. Juli 2001; Lorenzo Riela v. Italien, Urteil vom 4. September 2001; s. erneut zusammenfassend Bettels, Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens (2016), S. 289 ff.

materiellen Rechtsordnung Geltung zu verschaffen.“<sup>80</sup> Die Norm soll dafür sorgen, dass der Betroffene diejenigen Vermögensgegenstände verliert, die aus rechtswidrigen Taten herrühren, und will auf diese Weise den Anreiz für Straftaten verringern.

### b) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Da dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zukommt<sup>81</sup> und die Abschreckungswirkung des § 76a Abs. 4 StGB plausibel erscheint, ist davon auszugehen, dass es sich um ein geeignetes sowie das relativ mildeste Mittel handelt. Insbesondere erweist sich die Kappung des Finanzflusses zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität als erheblich wirkungsvolleres Instrument als etwa die Einziehung gehandelter Drogen.

### c) Angemessenheit

Die entscheidenden Erwägungen zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des § 76a Abs. 4 StGB müssen mithin beim Merkmal der Angemessenheit erfolgen. Hier stehen sich das Interesse des Staates an einer möglichst umfassenden Abschöpfung illegal erworbener Vermögenswerte und das Interesse des Betroffenen, seine Vermögenswerte zu behalten, die nicht eindeutig einer Straftat zugeordnet werden können, gegenüber.

#### aa) Weites Merkmal des „Herrührens“

Zweifel an der Angemessenheit der Regelung ergeben sich aus der Einbeziehung aller Gegenstände in den einziehungsrelevanten Bereich, die aus einer Straftat herrühren.<sup>82</sup> Die Weite der Begrifflichkeit sowie das Erfassen von – auch nur teilkontaminierten – Surrogaten wurde bereits aufgezeigt. § 76a Abs. 4 StGB birgt damit die erhebliche Gefahr, dass beim Betroffenen mehr abgeschöpft wird, als dieser tatsächlich aus rechtswidrigen Taten erlangt hat.

Diese Gefahr wird verstärkt durch die vorgesehene mittelbare Beweisführung unter Heranziehung eines Indizienkatalogs. Allein ein grobes Missverhältnis zwischen dem sichergestellten Vermögensgegenstand und dem bekannten rechtmäßigen Einkommen lässt keinen derart sicheren Rückschluss auf eine rechtswidrige Herkunft zu wie die Verknüpfung einer konkret ermittelten Straftat mit dem Vermögensgegenstand. Durch § 437 StPO – insbesondere den Missverhältnis-Ansatz – wird damit ein weitreichender Eingriff in das Eigentum des Betroffenen bereits auf Grundlage von Indizien ermöglicht.<sup>83</sup> Dem Betroffenen wird durch diese mittelbare Beweisführung in Verbindung mit dem selbstständigen Verfahren, in dem er sich nicht mit einer konkreten Anklage konfrontiert

sieht, die Möglichkeit zur Orientierung hinsichtlich der gegen ihn gerichteten Vorwürfe – also betreffend die angebliche Herkunftstat – genommen.

Jedoch ist vor dem Hintergrund der Prüfung an Art. 14 Abs. 1 GG und gerade nicht an den strafrechtlichen Garantien zu berücksichtigen, dass es dem Betroffenen freisteht, die legale Herkunft seiner Vermögenswerte nachzuweisen und so die Einziehung abzuwenden. Zudem muss die Staatsanwaltschaft in einem ersten Aufschlag die illegale Herkunft des konkreten Vermögensgegenstandes plausibel darlegen. Die Behörden können nicht allein auf Basis von Vermutungen Vermögenswerte einziehen. Die entsprechende italienische Regelung hielt der EGMR auch vor dem Hintergrund der Eigentumsgarantie (Art. 1 1. ZP) für verhältnismäßig und konventionsgemäß.<sup>84</sup>

#### bb) Schutz der Rechte Dritter

Zudem können verfassungsrechtliche Zweifel mit Blick auf Rechte Dritter aufkommen, die durch eine Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB betroffen sein könnten. Die Norm setzt nicht voraus, dass die einzuziehenden Gegenstände im Eigentum des Betroffenen stehen.

Die Rechtsprechung des EGMR ist an dieser Stelle nicht ergiebig, stellt die italienische Regelung doch darauf ab, dass die Vermögenswerte dem Betroffenen unmittelbar oder mittelbar zur Verfügung stehen, die formale Eigentümerstellung eines Dritten sich also als bloßer Schein darstellt.

Eine Berücksichtigung von Rechten Dritter ist jedoch jedenfalls im Rahmen der Abwägung möglich, zu der die Ausgestaltung als „Soll“-Vorschrift den Weg ebnet. Hier können sie dazu führen, dass eine Einziehung trotz Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zu unterbleiben hat. Bei einer solchen Auslegung führen die potentiell betroffenen Rechte Dritter nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit des § 76a Abs. 4 StGB.

#### cc) Beschränkung auf bestimmte Betroffene

Schließlich könnte § 76a Abs. 4 StGB durch die konkrete Ausgestaltung des Anlasstatenkatalogs einen zu weitreichenden staatlichen Zugriff zulassen.

Der Staat möchte diesen grundsätzlich auf bestimmte Betroffene begrenzen. Laut Gesetzesbegründung richtet sich die Norm gegen Mitglieder der Organisierten Kriminalität und gegen den Terrorismus.<sup>85</sup> Der Gesetzgeber setzt daher die Sicherstellung des einzuziehenden Gegenstands im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen einer Katalogtat voraus.

<sup>80</sup> BR-Drs. 417/16, S. 62.

<sup>81</sup> S. nur *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 52. Erg.-Lfg., Stand: September 2017, Vorbemerkung, Rn. 161.

<sup>82</sup> Solche Zweifel äußern auch *Schilling/Hübner* StV 2018, 49, 52; *Gebauer* ZRP 2016, 101, 104.

<sup>83</sup> Insoweit äußert *Bettels* *Diritto Penale Contemporaneo* vom 16. Dezember 2016, S. 10 Zweifel an der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Norm; *Gebauer* ZRP 2016, 101, 104: „reine Verdachtsmaßnahme“.

<sup>84</sup> EGMR *Marandino v. Italien*, Urteil vom 15. April 1991; *Donato Prisco v. Italien*, Urteil vom 15. Juni 1999; *Arcuri u.a. v. Italien*, Urteil vom 10. Juli 2001; *Lorenzo Riela u.a. v. Italien*, Urteil vom 4. September 2001; *Capitani und Campanella v. Italien*, Urteil vom 17. Mai 2011.

<sup>85</sup> BT-Drs. 18/9525, S. 3, 58, 73; BR-Drs. 418/16, S. 3, 62, 80 f.

Zweifel an der Verhältnismäßigkeit werden in der Literatur insbesondere aufgrund der Klassifizierung des § 261 StGB als Anlasstat geäußert,<sup>86</sup> da über diesen letztlich das gesamte Wirtschaftsstrafrecht einbezogen werde. Hierbei wird jedoch nicht berücksichtigt, dass als Anlasstat, wegen der ein Ermittlungsverfahren geführt werden muss, weiterhin nur § 261 StGB in Betracht kommt und hinsichtlich der Herkunftstat ohnehin keine Einschränkungen im Gesetz vorgesehen sind. Die Einschätzung, dass der Anwendungsbereich der Norm durch die Einbeziehung des § 261 StGB massiv ausgedehnt werde, wird hier also nicht geteilt.

Jedoch stellt sich § 76a Abs. 4 StGB bei einem genaueren Blick auf die in den Anlasstatenkatalog einbezogenen Straftaten auch nach hiesiger Ansicht letztlich als unverhältnismäßig dar. So bleiben die Kriterien für die Zuschneidung des Katalogs unklar und das vermeintlich einschränkende Erfordernis erweist sich kaum als Hürde.<sup>87</sup> Insbesondere erscheinen nicht alle Delikte als solche klassischer OK oder als Terrorismustaten: So sind etwa der Besitz kinderpornografischer Schriften, verschiedene BtM-Delikte wie beispielsweise das gewerbsmäßige Überlassen von Betäubungsmitteln als Arzt zum unmittelbaren Gebrauch oder der Erwerb einer verbotenen Schusswaffe durch einen Minderjährigen als Katalogtaten erfasst, um nur einige zu nennen. Der Anlasstatenkatalog vermag damit keine Einschränkung auf einen Personenkreis zu bewirken, der der OK oder dem Terrorismus zuzuordnen und damit als für die Gesellschaft *per se* gefährlich einzustufen ist.

Zudem soll es genügen, dass ein Verdacht einer solchen Katalogtat zum Sicherstellungszeitpunkt bestand, der sich später aber zerschlagen kann. Dies schafft keinesfalls eine Gefahrenprognose, wie sie das italienische Recht früher mit der Feststellung der Zugehörigkeit zu einer mafiösen Organisation forderte.

Aus dem Anlasstatenkatalog ergibt sich damit keine wirksame Beschränkung der Betroffenen auf solche Personen, die aller Wahrscheinlichkeit nach kriminellen Organisationen zuzuordnen sind. Es handelt sich bei § 76a Abs. 4 StGB also um keine „Mafiagesetzgebung“, sondern um eine Norm, die den Kreis der potentiell Betroffenen erheblich weiter zieht.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins vom 15. Juni 2016, S. 15 ff.; *Trüg NJW* 2017, 1913, 1916; *Schilling/Hübner StV* 2018, 49, 52; *Köllner/Mück NZI* 2017, 593, 595.

<sup>87</sup> So auch *Schilling/Hübner StV* 2018, 49, 52.

<sup>88</sup> A.A. *Bettels Diritto Penale Contemporaneo* vom 16. Dezember 2016, S. 9: „vorwiegend Tatverdächtige aus

Der EGMR hat sich in seiner Rechtsprechung auch zu dieser Frage bereits geäußert und hält die Ausdehnung der italienischen Präventiveinziehung auf die Bekämpfung schwerer Kriminalität außerhalb mafiöser Strukturen für konventionsgemäß.<sup>89</sup> Die deutsche Regelung geht jedoch auch hierüber deutlich hinaus.

#### d) Ergebnis: Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG

Betrachtet man nunmehr alle benannten Faktoren, ergibt sich zwar allein aus dem weit gefassten Merkmal des Herrührens aus einer Straftat noch nicht die Unverhältnismäßigkeit der Norm. Bürdet man jedoch einem Betroffenen den Nachweis der legalen Herkunft seiner Vermögenswerte nach dem Vortrag gegenteiliger Indizien durch die Staatsanwaltschaft auf, muss der Kreis der potentiell Betroffenen beschränkt werden. In der Zusammenschau des Herrührens und des weit gefassten Deliktskatalogs in § 76a Abs. 4 S. 3 StGB stellt sich das neue Instrument im deutschen Vermögensabschöpfungsrecht nicht mehr als verhältnismäßig dar. Eine so weitreichende Verlagerung der Sachverhaltsermittlung auf den Betroffenen kann nur im engen Bereich der Bekämpfung von Organisierter Kriminalität und Terrorismus noch angemessen sein.

### E. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zwar finden die strafrechtlichen Garantien nach hier vertretener Auffassung bei der Bewertung des § 76a Abs. 4 StGB keine Anwendung und auch ein Verstoß gegen den *fair trial*-Grundsatz ist nicht festzustellen. Jedoch erweist sich die Norm aufgrund des zu weit gefassten Anlasstatenkatalogs in § 74 Abs. 4 S. 3 StGB als unverhältnismäßig und verletzt das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber könnte insoweit allerdings leicht Abhilfe schaffen, indem er den Katalog der Anlasstaten konsequent auf den engen Bereich der Organisierten Kriminalität und des Terrorismus konzentriert.

den Bereichen ‚Organisierter Kriminalität‘ und ‚Terrorismus‘“.

<sup>89</sup> EMGR *Marandino v. Italien*, Urteil vom 15. April 1991; *Arcuri u.a. v. Italien*, Urteil vom 10. Juli 2001; *Lorenzo Rie-la u.a. v. Italien*, Urteil vom 4. September 2001; *Bongiorno v. Italien*, Urteil vom 5. Januar 2010; *Capitani und Campanella v. Italien*, Urteil vom 17. Mai 2011; *Pozzi v. Italien*, Urteil vom 26. Juli 2011; s. hierzu auch *Bettels*, Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens (2016), S. 291 ff., insb. S. 293.

# Iterum iterumque in idem? – Einschränkungen des europäischen Mehrfachverfolungsverbots bei Zusammentreffen von Kriminalstrafe und anderen Sanktionstypen

Besprechung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 20. März 2018 (EuGH C-537/16 – *Garlsson Real Estate u.a.*) = HRRS 2018 Nr. 373 (EuGH C-596/16 und C-597/16 – *Di Puma und Zecca*) = HRRS 2018 Nr. 374 sowie (EuGH C-524/15 – *Menci*) = HRRS 2018 Nr. 372

Von Kilian Wegner, Bucerius Law School, Hamburg/Berlin

## I. Einleitung

Mit gleich vier Entscheidungen, die in der Rechtssache „*Garlsson Real Estate u.a.*“<sup>1</sup>, den verbundenen Rechtssachen „*Di Puma*“ und „*Zecca*“<sup>2</sup> sowie der Rechtssache „*Menci*“<sup>3</sup> zusammen am 20. März 2018 ergangen sind, hat sich der EuGH jüngst eingehend zu der Frage geäußert, inwieweit das in Art. 50 GRC verankerte Mehrfachverfolungsverbot in seiner innerstaatlichen Dimension<sup>4</sup> auf Sanktionen anwendbar ist, die nach dem Recht des betroffenen Staates nicht zum Kriminalstrafrecht i.e.S. zählen.

Diese Problematik hatte der EuGH zuvor bereits in den Entscheidungen „*Bonda*“<sup>5</sup> und „*Åkerberg Fransson*“<sup>6</sup> touchiert und dabei angedeutet, zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs von Art. 50 GRC die sog. „Engel“-Kriterien<sup>7</sup> des EGMR zugrunde zu legen,<sup>8</sup>

die der EGMR ursprünglich im Kontext von Art. 6 EMRK entwickelt und später – unter anderem – auf das innerstaatliche Doppelverfolungsverbot nach Art. 4 des (durch die Bundesrepublik Deutschland nicht ratifizierten) 7. Zusatzprotokolls (ZP) zur EMRK übertragen hatte.<sup>9</sup> Für die Einstufung einer Sanktion oder Verfolgungsmaßnahme als „strafrechtlich“ i.S.v. Art. 50 GRC, komme es demnach *erstens* auf die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht des betroffenen Staates, *zweitens* auf die Art der Zuwiderhandlung und *drittens* auf den Schweregrad der dem Betroffenen drohenden Sanktion an.<sup>10</sup>

Unter Verwendung dieses Maßstabs für die Auslegung von Art. 4 des 7. ZP zur EMRK hatte der EGMR lange eine eher beschuldigtenfreundliche Rechtsprechungslinie verfolgt und dabei den Anwendungsbereich der Vorschrift auch für vergleichsweise milde Verwaltungssanktionen eröffnet.<sup>11</sup> Nachdem der EuGH – wie schon er-

<sup>1</sup> ECLI:EU:C:2018:193 = HRRS 2018 Nr. 373 m. Anm. *Nolte/Schwaab*, jurisPR-Compl 2/2018 Anm. 4.

<sup>2</sup> ECLI:EU:C:2018:192 = HRRS 2018 Nr. 374 m. Anm. *Nolte/Schwaab*, jurisPR-Compl 2/2018 Anm. 3.

<sup>3</sup> ECLI:EU:C:2018:197 = HRRS 2018 Nr. 372.

<sup>4</sup> Zu den unterschiedlichen Dimensionen des *ne-bis-in-idem*-Prinzips i.S.v. Art. 50 GRC s. *F. Meyer* HRRS 2014, 270 und *Eser*, in: *J. Meyer* (Hrsg.), GRC, 4. Aufl. 2014, Art. 50 Rn. 6 ff.

<sup>5</sup> ECLI:EU:C:2012:319 – „*Bonda*“.

<sup>6</sup> ECLI:EU:C:2013:105 = HRRS 2013 Nr. 335 – „*Åkerberg Fransson*“.

<sup>7</sup> Leitentscheidung „*Engel v. Netherlands*“, Urt. v. 25.8.1987 – Nr. 9912/82.

<sup>8</sup> ECLI:EU:C:2012:319, Rn. 37 – „*Bonda*“ (ausdrückliche Referenzierung der „Engel“- und der „*Zolotoukhine*“-Entscheidung des EGMR); ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 35 =

HRRS 2013 Nr. 335 – „*Åkerberg Fransson*“ (Bezugnahme auf die genannte Passage der „*Bonda*“-Entscheidung).

<sup>9</sup> Instrukтив zur „Engel“-Rechtsprechung des EGMR *Grabewarter/Pabel*, in: EMRK/GG-Konkordanzkommentar, 3. Aufl. 2013, Kap. 14 Rn. 21 ff. sowie *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, 2007, S. 166 ff.

<sup>10</sup> ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 35 – „*Åkerberg Fransson*“; ECLI:EU:C:2012:319, Rn. 37 – „*Bonda*“.

<sup>11</sup> Von den unzähligen zu dieser Frage ergangenen Entscheidungen sollen hier aus jüngerer Zeit nur die folgenden Judikate genannt werden: EGMR, Urt. v. 14.1.2014 (4. Sektion) – 32042/11 – „*Muslija v. Bosnia and Herzegovina*“ (Geldbuße iHv umgerechnet ca. 77 EUR wegen eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung, wobei das maßgebliche bosnisch-herzegowinische Gesetz es allerdings auch zugelassen hätte, gegen den Betroffenen eine Freiheitsentziehung von bis zu 60 Tagen anzuordnen); Urt. v. 18.10.2011 (1. Sektion) – 53785/09 – „*Tomasović v.*



wähnt – in „Åkerberg Fransson“ und „Bonda“ auf diese Judikatur verwiesen hatte und der EMGR daraufhin in seinem „Grande Stevens vs. Italy“-Urteil vom 4. März 2014<sup>12</sup> nun seinerseits unter (die Entscheidung allerdings nicht tragendem) Hinweis auf das „Åkerberg Fransson“-Urteil<sup>13</sup> entschied, dass die italienische Staatsanwaltschaft gegen das innerstaatliche Doppelverfolgungsverbot gem. Art. 4 des 7. ZP zur EMRK verstoßen habe, indem sie die Manager des Autoherstellers FIAT nach rechtskräftigem Abschluss einer Bußgeldverfahrens durch die italienische Finanzmarktaufsichtsbehörde CONSOB in derselben Sache erneut kriminalstrafrechtlich verfolgt hatte, deutete vieles auf eine Konvergenz der Rechtsprechung von EuGH und EGMR hin.

Schon kurze Zeit nach der „Grande Stevens“-Entscheidung leitete eine Kammer der Vierten Sektion des EGMR dann jedoch mit vier am 20. Mai 2014 ergangenen Urteilen eine abrupte Rechtsprechungswende ein.<sup>14</sup> Die genannten Urteile betrafen sehr ähnlich gelagerte Fälle, in denen die Beschwerdeführer – allesamt Finnen – jeweils der Steuerhinterziehung bezichtigt wurden, woraufhin die zuständigen finnischen Steuerbehörden nicht nur die Nachzahlung der betroffenen Steuern forderten, sondern zusätzlich auch hohe Steuerzuschläge festsetzten. Nachdem die Festsetzung dieser Steuerzuschläge rechtskräftig geworden war, verfolgte man die Betroffenen dann in derselben Sache erneut in Kriminalstrafverfahren. Die genannte Kammer des EGMR näherte sich dieser Konstellation zunächst im Fahrwasser der bisherigen EGMR-Rechtsprechung und subsumierte die finnischen Steuerzuschläge anhand der „Engel“-Kriterien unter den Sanktionsbegriff des Art. 4 des 7. ZP zur EMRK.<sup>15</sup> Im weiteren Verlauf der Entscheidungsbegründungen entwickelte die Kammer dann allerdings den Gedanken, dass eine erneute Bestrafung in derselben Sache nach Rechtskraft der Erstsanktion ausnahmsweise mit Art. 4 des 7. ZP zur EMRK zu vereinbaren sei, wenn zwischen den Strafen eine *hinreichende sachliche und zeitliche Verbindung* („sufficiently close connection in substance and in time“) bestünde, was in den vorliegenden Sachverhalten allerdings nicht der Fall sei.<sup>16</sup> Diese Formulie-

rung wurde daraufhin in zahlreichen weiteren Entscheidungen der 4. Sektion des EGMR aufgegriffen,<sup>17</sup> die schließlich in eine zusammenfassende Große-Kammer-Entscheidung vom 15. November 2016 in der Sache „A and B v. Norway“ mündeten.<sup>18</sup> In diesem Urteil distanzierte sich die Große Kammer – ganz entgegen der nur zwei Jahre zuvor in „Grande Stevenson“ zum Ausdruck kommenden Stoßrichtung – von der Linie des EuGH in „Åkerberg Fransson“ und stützte seine Argumentation im Gegenteil sogar auf die Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón*, dessen rechtlichen Ausführungen der EuGH in „Åkerberg Fransson“ gerade nicht gefolgt war.<sup>19</sup> Der Versuch des Gerichts, das Kriterium der „sufficiently close connection in substance and in time“ in den Entscheidungsgründen zu „A and B v. Norway“ näher zu konkretisieren, scheiterte allerdings – wie insbesondere der EGMR-Richter *Pinto de Albuquerque* in einem spektakulären Sondervotum deutlich machte<sup>20</sup> – auf ganzer Linie. Denn: Wann dieses völlig konturenlose und von der 4. Sektion des EGMR selbst widersprüchlich verwendete Kriterium es zukünftig ausnahmsweise erlaubt, trotz Anwendbarkeit von Art. 4 des 7. ZP zur EMRK in derselben Sache mehrere Sanktionen i.S.d. „Engel“-Kriterien zu verhängen, ist weitgehend der Willkür der Einzelstaaten überlassen.<sup>21</sup>

Angesichts der skizzierten Volten in der Rechtsprechung des EGMR zur Auslegung von Art. 4 des 7. ZP zur EMRK, die auch vom Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „Menci“ mit (sehr diplomatisch verpackter) Kritik bedacht wurden,<sup>22</sup> war nun mit Spannung erwartet worden,

dass eine Mehrfachsanktion nicht gegen das *ne-bis-in-idem*-Prinzip verstößt, wenn zwischen den Sanktionen eine hinreichende sachliche und zeitliche Verbindung besteht, findet sich der Sache nach auch schon in den Entscheidungen EGMR, Beschl. v. 30.5.2000 (2. Sektion) – 31982/96 – „R.T. vs. Switserland“ und EGMR, Beschl. v. 13.12.2005 (2. Sektion) – 73661/01 – „Nilsson v. Sweden“, wurde in weiteren Entscheidungen des EGMR zu Art. 4 des 7. ZP zur EMRK aber nicht mehr aufgegriffen. Gleichwohl tut die Kammer der 4. Sektion in den in Fn. 14 genannten Entscheidungen so, als handele es sich dabei um ständige Rechtsprechung des EGMR.

Croatia“ (Geldbuße i.H.v. umgerechnet ca. 206 EUR wegen Drogenbesitzes; das einschlägige kroatische Gesetz hätte die Verhängung einer Geldbuße von bis zu umgerechnet ca. 2700 EUR erlaubt, sah jedoch nicht die Möglichkeit vor, eine Freiheitsentziehung anzuordnen); Urt. v. 16.6.2009 (4. Sektion) – 13079/03 – „Ruotsalainen v. Finland“ (Geldbuße i.H.v. umgerechnet ca. 121 EUR für einen steuerrechtlichen Verstoß als Erstsanktion und Steueraufschlag i.H.v. umgerechnet ca. 10.000 EUR als Zweitsanktion; das einschlägige finnische Gesetz sah jeweils nicht die Möglichkeit vor, eine Freiheitsentziehung anzuordnen).

<sup>12</sup> EGMR, Urt. v. 4.3.2014 (2. Sektion) – 18640/10 – „Grande Stevens vs. Italy“.

<sup>13</sup> EGMR, Urt. v. 4.3.2014 (2. Sektion) – 18640/10, § 229.

<sup>14</sup> Es handelt sich um die Entscheidungen mit Aktenzeichen 11828/11 – „Nykänen v. Finland“, 35232/11 – „Pirttimäki v. Finland“, 758/11 – „Häkä v. Finland“ und 37394/11 – „Glantz v. Finland“.

<sup>15</sup> Stellvertretend für alle der in Fn. 14 genannten Entscheidungen sei insofern nur auf EGMR, Urt. 20.5.2014 (4. Sektion) – 11828/11, §§ 38 ff. – „Nykänen v. Finland“ verwiesen.

<sup>16</sup> Erneut *pars pro proto* EGMR, Urt. 20.5.2014 (4. Sektion) – 11828/11, §§ 50 ff. – „Nykänen v. Finland“. Der Gedanke,

<sup>17</sup> Vgl. etwa EGMR, Urt. v. 27.1.2015 (4. Sektion) – 17039/13, § 53 – „Rinas v. Finland“, Urt. v. 10.2.015 (4. Sektion) – 53753/12, § 44 – „Kiiveri v. Finland“, Urt. v. 10.2.2015 (4. Sektion) – 53197/13, § 48 – „Österlund v. Finland“ sowie Urt. v. 17.2.2015 – 41604/11, § 42 – „Boman v. Finland“. Bemerkenswert ist, dass die 1. Sektion des EGMR das Kriterium der „sufficiently close connection in substance and in time“ auch nach den Impulsen durch die 4. Sektion zunächst nicht aufgriff und weiter im Fahrwasser von „Grande Stevenson“ entschied, s. etwa EGMR, Urt. v. 30.4.2015 (1. Sektion) – 3453/12 u.a. – „Kapetanios and others vs. Greece“ sowie EGMR, Urt. v. 9.6.2016 – 66602/09 u. 71879/12 – „Sismanidis and Sitaridis v. Greece“; vgl. jetzt aber EGMR, Urt. v. 18.6.2017 (1. Sektion) – 22007/11, § 49 ff. – „Jóhannesson and Others v. Iceland“.

<sup>18</sup> EGMR, Urt. v. 15.11.2016 (Große Kammer) – 24130/11 und 29758/11 mit zu Recht ablehnendem, sehr lesenswerten Sondervotum von *Pinto de Albuquerque* und kritischer Anmerkung von *Staffler* ÖJZ 2017, 64 ff.

<sup>19</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 15.11.2016 (Große Kammer) – 24130/11 und 29758/11, § 118.

<sup>20</sup> S. insbesondere §§ 47 ff. des Sondervotums.

<sup>21</sup> Insofern kritisch auch *Staffler* ÖJZ 2017, 64 ff.

<sup>22</sup> ECLI:EU:C:2017:667, Rn. 53 ff., 63 ff.

ob der EuGH sich dem EGMR auf seinem jüngst eingeschlagenen Weg anschließen würde.<sup>23</sup> Unter diesem Blickwinkel wird im Folgenden unter II. zunächst der Inhalt der nunmehr ergangenen EuGH-Entscheidungen wiedergegeben, bevor im Anschluss – unter III. – eine Analyse und Bewertung der Judikate erfolgt. Im Abschnitt IV. werden die gewonnenen Erkenntnisse sodann zusammengefasst und durch Hinweise auf einige Folgefragen ergänzt, die auch nach den hier zu besprechenden Entscheidungen des EuGH offen bleiben.

## II. Inhalt der Entscheidungen

### 1. „Garlsson Real Estate u.a.“ (C-537/16)

#### a) Sachverhalt und Vorlagefrage

Der Ausgangssachverhalt im Vorabentscheidungsverfahren „Garlsson Real Estate u.a.“ betraf ein Ermittlungsverfahren, in dessen Rahmen die italienische Finanzmarktaufsichtsbehörde CONSOB am 9. September 2007 ein gesamtschuldnerisch zu tragendes Bußgeld in Höhe von 10,2 Millionen EUR gegen einen Individualbeschuldigten („Herr Ricucci“) sowie zwei von ihm geführte Unternehmen („Garlsson Real Estate SA“ und „Magiste International SA“) wegen des Vorwurfs der Marktmanipulation verhängte.

In der Berufungsinstanz wurde das Bußgeld mit Entscheidung vom 2. Januar 2009 auf 5,0 Millionen EUR reduziert, woraufhin alle Parteien des Ausgangsverfahrens Kassationsbeschwerde zum *Corte suprema di cassazione* einlegten. In diesem Kassationsverfahren berief sich der Individualbeschuldigte darauf, zwischenzeitlich bereits durch ein rechtskräftiges Urteil des *Tribunale di Roma* vom 10. Dezember 2008 in einem separaten Strafverfahren in derselben Sache wegen des Vorwurfs der Marktmanipulation zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt worden zu sein. Nach einem kurzen, hier nicht weiter relevanten Zwischenspiel vor dem italienischen Verfassungsgerichtshof<sup>24</sup> rief der *Corte suprema di cassazione* daraufhin den EuGH an und legte ihm (unter anderem)<sup>25</sup> die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 50 GRC der Fortführung des Bußgeldverfahrens gegen einen Individualbeschuldigten wegen des Vorwurfs der Marktmanipulation entgegenstehe, wenn

<sup>23</sup> Vgl. *Clifford Lexology* v. 4.10.2017, online abrufbar unter <http://t1p.de/3hmw>; *Simonato European Law Blog* v. 15.11.2017, online abrufbar unter <http://t1p.de/1mr4>; *Rönnau/Wegner*, in: *Veil/Meyer/Rönnau* (Hrsg.), *Handbuch Marktmissbrauchsrecht*, 2018, § 29 Rn. 25.

<sup>24</sup> Vgl. ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 18 f. = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>25</sup> Neben der hier im Fokus stehenden Vorlagefrage bat das Vorlagegericht den EuGH in „Garlsson Real Estate u.a.“ außerdem um Klärung, ob Art. 50 GRC zum unmittelbar anwendbaren Unionsrecht zähle. Im Fahrwasser seiner ständigen Rechtsprechung seit ECLI:EU:C:1963:1 – „Van Gend & Loos“, wonach Bestimmungen des Primärrechts dann individuelle Rechte begründen, wenn sie klare und unbedingte Verpflichtungen für die Organe der EU oder die Mitgliedstaaten enthalten, deren Anwendung keine weiteren Umsetzungsakte mehr erfordern und keinen Ermessenspielraum für ihre Anwendung einräumen, hat der EuGH diese Frage – nicht überraschend und zurecht – bejaht (ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 64 ff. = HRRS 2018 Nr. 373).

der Beschuldigte in derselben Sache bereits rechtskräftig in einem Kriminalstrafverfahren verurteilt worden ist.

#### b) Entscheidung des EuGH

In seiner Entscheidungsbegründung stellt der EuGH zunächst fest, dass die einschlägigen italienischen Vorschriften zur Bekämpfung der Marktmanipulation der Umsetzung der Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 14 Abs. 1 der (mittlerweile außer Kraft getretenen)<sup>26</sup> Richtlinie 2003/6<sup>27</sup> dienen, Marktmissbrauchsdelikte wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu ahnden.<sup>28</sup> Es liege daher ein Fall der „Durchführung“ von Unionsrecht i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC vor, der zur Anwendbarkeit von Art. 50 GRC führe.<sup>29</sup>

Im nächsten Schritt setzt das Gericht sich sodann mit der Frage auseinander, ob die verfahrensgegenständlichen Sanktionen „strafrechtlicher Natur“ i.S.v. Art. 50 GRC sind und somit dem sachlichen Anwendungsbereich der Norm unterfallen. Dazu greift der EuGH auf den bereits im „Bonda“- sowie im „Åkerberg Fransson“-Urteil herangezogenen und in der Sache der „Engel“-Rechtsprechung des EGMR entlehnten<sup>30</sup> Maßstab zurück, wonach es für die Beurteilung der strafrechtlichen Natur von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen maßgeblich *erstens* auf die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht des betroffenen Staates, *zweitens* die Art der Zuwiderhandlung und *drittens* den

<sup>26</sup> Für einen sanktionsspezifischen Überblick über die Reform des EU-Marktmissbrauchsrechts s. *Rönnau/Wegner*, in: *Veil/Meyer/Rönnau* (Fn. 23), § 29 Rn. 1 ff. Als Nachfolgervorschriften für den mittlerweile außer Kraft getretenen Art. 14 Abs. 1 RL 2003/6 sind nach neuem Recht die Artt. 30 f. VO (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (ABl. Nr. L 173 S. 1) anzusehen, die durch die neu eingeführten, spezifisch strafrechtlichen Pönalisierungsgebote des Art. 7 (auch i.V.m. Art. 9) der RL 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) (ABl. Nr. L 173 S. 179) ergänzt werden.

<sup>27</sup> Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (ABl. Nr. L 96 S. 16).

<sup>28</sup> Zu dieser sog. unionsrechtlichen „Mindesttrias“ ausführlich *Wegner*, in: *Broemel/Krell/Muthorst/Prütting* (Hrsg.), *Prozessrecht in nationaler, europäischer und globaler Perspektive*, 2017, S. 139 ff.

<sup>29</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 21-27 = HRRS 2018 Nr. 373. Der EuGH bewegt sich insofern konsequent im Fahrwasser seiner Rechtsprechung seit ECLI:EU:C:2013:105 = HRRS 2013 Nr. 335 – „Åkerberg Fransson“ (dazu einführend *Wegner* HRRS 2013, 126 ff.); für eine Anwendbarkeit der GRC auf Straf- und Sanktionsverfahren nach neuem Marktmissbrauchsrecht s. *Gaede wistra* 2017, 41, 46 f., *Brand/Hotz* ZIP 2017, 1450, 1454, *Möllers/Herz* JZ 2017, 445, 449 f. und *Rönnau/Wegner*, in: *Veil/Meyer/Rönnau* (Fn. 23), § 29 Rn. 17.

<sup>30</sup> S. dazu bereits o. unter I.

Schweregrad der dem Betroffenen drohenden Sanktion ankomme.<sup>31</sup>

Für die Anwendung dieser Kriterien auf den Einzelfall sei – wie der EuGH schon in „Åkerberg Fransson“ betont hatte<sup>32</sup> – zwar das jeweilige nationale Ausgangsgericht zuständig; dem EuGH komme jedoch die Kompetenz zu, dem nationalen Gericht im Rahmen seiner Vorabentscheidung eine „Richtschnur“ für seine Auslegung von Art. 50 GRC an die Hand zu geben.<sup>33</sup> Vor diesem Hintergrund falle die gegen den Individualbeschuldigten Ricucci verhängte Freiheitsstrafe schon ob ihrer formellen Einstufung als Kriminalstrafe unzweifelhaft in den Anwendungsbereich von Art. 50 GRC.<sup>34</sup> Darüber hinaus macht die Große Kammer aber deutlich, dass sie auch das durch die CONSOB verhängte Bußgeld tendenziell als Sanktion i.S.v. Art. 50 GRC ansieht, obwohl es sich dabei aus italienischer Sicht formell nicht um eine Kriminalstrafe handelt. Zur Begründung stellt das Gericht dabei auf die zumindest auch repressive Natur der Bußgeldentscheidung sowie die potentiell sehr hohe Bußgeldobergrenze von bis zu 5,0 Millionen EUR (die in Fällen des Art. 187 Abs. 5 italienischen Finanzmarktgesetzes *Testo Unico della Finanza*<sup>35</sup> sogar noch höher liegt) ab.<sup>36</sup>

Da sowohl das Strafverfahren als auch das Bußgeldverfahren gegen Herrn Ricucci ferner „dieselbe Tat“ i.S.v. Art. 50 GRC betreffe,<sup>37</sup> geht der EuGH im weiteren Verlauf seiner Entscheidungsbegründung davon aus, dass durch die Fortsetzung des Bußgeldverfahrens gegen Herrn Ricucci trotz rechtskräftiger kriminalstrafrechtlicher Aburteilung in derselben Sache in den Schutzbereich des Art. 50 GRC eingegriffen werde. Allerdings sei Art. 50 GRC nicht schrankenlos gewährleistet, sondern könne ausweislich von Art. 52 Abs. 1 GRC eingeschränkt werden, wenn die Einschränkung durch Gesetz erfolge, einem legitimen Ziel diene und das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt bleibe.<sup>38</sup> Vor diesem Hintergrund könne insbesondere eine Kumulierung von Kriminalstrafen mit anderen Sanktionen und Verfolgungsmaßnahmen „strafrechtlicher“ Natur i.S.v. Art. 50 GRC gerechtfertigt sein, wenn mit den unterschiedlichen Sanktionen und Verfolgungsmaßnahmen komplementäre Zwecke verfolgt würden, die verschiedene Aspekte desselben rechtswidrigen Verhaltens betreffen.<sup>39</sup> Voraussetzung dafür sei (kumulativ) jedoch, dass

- der betroffene Mitgliedstaat klare und präzise Regeln aufstellt, die es den Bürgern ermöglichen, vorherzusehen, bei welchen Verhaltens-

weisen eine Sanktionskumulation in Betracht kommt,<sup>40</sup>

- im mitgliedstaatlichen Recht Regelungen zur Koordinierung der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung einerseits und der verwaltungsrechtlichen Verfolgung andererseits existieren<sup>41</sup> und
- die mitgliedstaatliche Rechtsordnung Vorschriften enthält, mit denen sichergestellt ist, dass die Schärfe der kumulierten Sanktionen nicht außer Verhältnis zur Schwere der festgestellten Straftat gerät.<sup>42</sup>

Unter Anwendung dieses Maßstabs kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Fortsetzung des Bußgeldverfahrens gegen Herrn Ricucci trotz rechtskräftiger kriminalstrafrechtlicher Aburteilung in derselben Sache gegen Art. 50 GRC verstoße und daher unionsrechtswidrig sei (wobei der EuGH nicht müde wird zu betonen, dass hierüber letztlich das Vorlagegericht unter Berücksichtigung der „Segelhinweise“ des EuGH zu befinden habe).<sup>43</sup> Zu Begründung führt die Große Kammer an, dass es angesichts der Schwere der gegen Herrn Ricucci verhängten Kriminalstrafe unverhältnismäßig erscheine, das gegen ihn mit erheblicher Bußgeldandrohung geführte Verwaltungssanktionsverfahren noch fortzuführen.<sup>44</sup> Daran ändere auch der Umstand nichts, dass das italienische Recht eine Regelung vorsehe, wonach eine rechtskräftige Verurteilung zu einer Geldstrafe (als Erstsanktion) im Falle eines nachfolgenden Bußgeldverfahrens (als Zweitsanktion) nur insoweit vollstreckt werde, wie die Geldstrafe die später verhängte Geldbuße übersteige. Denn damit sei zwar sichergestellt, dass es nicht zu einer Übersanktionierung durch Kumulation von Geldstrafe und Geldbuße komme; es fehle jedoch an einer Regelung, nach der auch im Kriminalstrafverfahren verhängte Freiheitsstrafen im Bußgeldverfahren „angerechnet“ bzw. auf sonstige Weise berücksichtigt werden, so dass die Gefahr einer übermäßigen Sanktionierung durch Kumulation von Straf- und Verwaltungssanktionen insgesamt nicht ausgeräumt sei.<sup>45</sup>

## 2. „Di Puma“ (C-596/16) und „Zecca“ (C-597/16)

### a) Sachverhalt und Vorlagefrage

Wie die Rechtssache „Garlsson Real Estate u.a.“ standen auch die verbundenen Vorabentscheidungsverfahren „Di Puma“ und „Zecca“ im Zusammenhang mit Bußgeldverfahren der italienischen Finanzaufsichtsbehörde CONSOB, die gegen die Beschuldigten Herrn Di Puma und Herrn Zecca wegen des Vorwurfs des Insiderhandels geführt wurden. Wie der Beschuldigte in „Garlsson Real Estate u.a.“ beriefen sich auch Herr Di Puma und Herr Zecca im Rahmen des Bußgeldverfahrens in der Revisionsinstanz vor dem *Corte suprema di cassazione* auf ein

<sup>31</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 28 = HRRS 2018 Nr. 373 unter Verweis auf ECLI:EU:C:2012:319, Rn. 37 – „Bonda“ und ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 35 = HRRS 2013 Nr. 335 – „Åkerberg Fransson“.

<sup>32</sup> ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 36 f. = HRRS 2013 Nr. 335 – „Åkerberg Fransson“.

<sup>33</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 29 = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>34</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 30 = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>35</sup> Näher zu den einschlägigen italienischen Normen ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 6 f. = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>36</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 30 ff. = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>37</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 36-41 = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>38</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 42-45 = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>39</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 46 = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>40</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 51 = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>41</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 55, 57 = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>42</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 56 = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>43</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 59, 61 ff. = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>44</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 59 ff. = HRRS 2018 Nr. 373.

<sup>45</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 60 = HRRS 2018 Nr. 373.

bereits in derselben Sache ergangenes, rechtskräftiges Strafurteil, mit dem sie jedoch – anders als in der „Garlsson Real Estate“-Konstellation – nicht wegen Insiderhandels verurteilt, sondern von diesem Vorwurf freigesprochen worden waren.<sup>46</sup> Vor diesem Hintergrund legte der *Corte suprema di cassazione* dem EuGH die Fragen zur Vorabentscheidung vor,

- ob *erstens* die in Art. 14 Abs. 1 der (mittlerweile außer Kraft getretenen) RL 2003/6 („Marktmissbrauchsrichtlinie I“) verankerte Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Marktmissbrauchsdelikte wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu ahnden,<sup>47</sup> es gebiete, das Bußgeldverfahren gegen die Beschuldigten trotz eines kriminalstrafrechtlichen Freispruchs in derselben Sache fortzusetzen;
- ob es *zweitens* gem. Art. 50 GRC verboten sei, das Bußgeldverfahren angesichts des bereits rechtskräftig ergangenen Freispruchs in derselben Sache fortzuführen.

### b) Entscheidung des EuGH

In Bezug auf die erste Vorlagefrage verweist der EuGH zunächst auf den bereits in früheren Urteilen aufgestellten Rechtssatz, wonach es das Unionsrecht nur in Ausnahmefällen erfordere, von der Anwendung nationaler Verfahrensvorschriften, aufgrund derer eine Gerichtsentscheidung Rechtskraft erlangt, zu Gunsten des *effet utile* abzusehen.<sup>48</sup> Ein solcher Ausnahmefall liege hinsichtlich der italienischen Vorschrift, die anordnet, dass die Rechtskraft eines Strafurteils die Einleitung oder Weiterführung eines Bußgeldverfahrens in derselben Sache sperrt, nicht vor. Insbesondere habe die Bußgeldbehörde CONSOB die Möglichkeit gehabt, sich in dem Strafverfahren aktiv zu beteiligen und dabei sicherzustellen, dass die von ihr an die Strafjustiz übermittelten Beweise im Strafverfahren Berücksichtigung finden.<sup>49</sup> Im Ergebnis sei die italienische Rechtslage daher mit dem aus Art. 14 Abs. 1 RL 2003/6 folgenden Gebot zur wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Ahndung von Marktmissbrauchsdelikten vereinbar.<sup>50</sup>

Hinsichtlich der zweiten Vorlagefrage wiederholt das Gericht dann im Wesentlichen seine Argumentation aus „Garlsson Real Estate u.a.“ und kommt in diesem Fahrwasser zu dem Ergebnis, dass Art. 50 GRC wohl – auch hier betont der EuGH wieder den Entscheidungsspielraum des vorlegenden Gerichts – verletzt sei, wenn das gegen Herrn Di Puma und Herr Zecca geführte Bußgeldverfahren weitergeführt werde, obwohl in derselben

<sup>46</sup> Aus welchen Gründen der Freispruch erfolgte, geht aus der Sachverhaltsschilderung des EuGH nicht hervor.

<sup>47</sup> Zu Art. 14 Abs. 1 RL 2003/6, der dort enthaltenden Sanktionsverpflichtung der Mitgliedstaaten sowie dem zwischenzeitlich reformierten EU-Marktmissbrauchsrecht s. bereits o. II. 1. b).

<sup>48</sup> ECLI:EU:C:2018:192, Rn. 31 = HRRS 2018 Nr. 374 mit Verweis auf ECLI:EU:C:2014:2067, Rn. 58 f. – „Impresa Pizzarotti“ und ECLI:EU:C:2015:662, Rn. 28 f. – „Târşia“; näher dazu A. Schneider, EuR 2017, 433, 438.

<sup>49</sup> ECLI:EU:C:2018:192, Rn. 33 = HRRS 2018 Nr. 374.

<sup>50</sup> ECLI:EU:C:2018:192, Rn. 34 ff. = HRRS 2018 Nr. 374.

Sache eine rechtskräftige Aburteilung vorliege. Dass es sich bei dieser Aburteilung – anders als in „Garlsson Real Estate u.a.“ – um einen Freispruch handele, sei dabei unerheblich.<sup>51</sup>

## 3. „Menci“ (C-524/15)

### a) Sachverhalt und Vorlagefrage

Dem Vorabentscheidungsverfahren in der Sache „Menci“ lag ein italienisches Verwaltungsverfahren zugrunde, in dessen Rahmen Herrn Menci vorgeworfen wurde, die fristgerechte Abführung von Mehrwertsteuer i.H.v. 282.495,76 EUR unterlassen zu haben. Das Verfahren endete mit einer Entscheidung der italienischen Finanzverwaltung, wonach Herr Menci neben der nachträglichen Abführung der geschuldeten Mehrwertsteuer einen Steueraufschlag i.H.v. von 30 % der Steuerschuld (= 84.748,74 EUR) als Verwaltungssanktion zu begleichen habe. Nachdem diese Entscheidung rechtskräftig geworden war, wurde gegen Herrn Menci wegen desselben Sachverhalts ein Steuerstrafverfahren eingeleitet. Das für das Strafverfahren zuständige *Tribunale di Bergamo* legte die Sache daraufhin dem EuGH zur Klärung der Frage vor, ob Art. 50 GRC der Durchführung eines Kriminalstrafverfahrens entgegenstehe, wenn der Beschuldigte in derselben Sache bereits mit einer rechtskräftigen Verwaltungssanktion belegt wurde.

### b) Entscheidung des EuGH

In seiner Entscheidungsbegründung stellt der EuGH zunächst im Fahrwasser der insoweit mittlerweile gefestigten „Åkerberg Fransson“-Rechtsprechung fest, dass sowohl das gegen Herrn Menci geführte italienische Verwaltungssanktions- als auch das gegen ihn geführte Steuerstrafverfahren wegen des Vorwurfs der Mehrwertsteuerhinterziehung eine „Durchführung von Unionsrecht“ i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC darstelle und der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta mithin eröffnet sei.<sup>52</sup>

Im nächsten Schritt legt die Große Kammer sodann unter Anwendung der „Engel“-Kriterien dar, dass es dazu neigt, nicht nur das italienische Steuerstrafverfahren gegen Herrn Menci, sondern auch den gegen Herrn Menci verhängten Steueraufschlag angesichts seiner zumindest auch repressiven Zielsetzung sowie seiner (potentiellen) Höhe als „strafrechtliche“ Sanktion i.S.v. Art. 50 GRC anzusehen.<sup>53</sup>

Nachdem der EuGH sodann feststellt, dass das gegen Herrn Menci geführte Steuerstrafverfahren „dieselbe Tat“ i.S.v. Art. 50 GRC betraf, wegen der auch der Steuerzu-

<sup>51</sup> ECLI:EU:C:2018:192, Rn. 38 ff. = HRRS 2018 Nr. 374.

<sup>52</sup> ECLI:EU:C:2018:192, Rn. 18-21 = HRRS 2018 Nr. 372 unter Verweis auf ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 27 = HRRS 2013 Nr. 335 – „Åkerberg Fransson“ und ECLI:EU:C:2017:264, Rn. 16 – „Orsi und Baldetti“; s. dazu ergänzend auch ECLI:EU:C:2015:555, Rn. 36-38 = HRRS 2015 Nr. 1007 – „Taricco“ sowie ECLI:EU:C:2017:936, Rn. 30 – „M.A.S. and M.B.“.

<sup>53</sup> ECLI:EU:C:2018:192, Rn. 26-33 = HRRS 2018 Nr. 372.

schlag gegen ihn rechtskräftig verhängt wurde,<sup>54</sup> nimmt das Gericht – wie auch schon in den Entscheidungen „Garlsson Real Estate u.a.“ und „Di Puma“ bzw. „Zecca“ – auch im Fall „Menci“ einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 50 GRC an. Anders als in den anderen Entscheidungen kommt der EuGH hier jedoch (unter erneutem Verweis auf den Einschätzungsspielraum des Vorlagegerichts) zu dem Ergebnis, dass der Eingriff gerechtfertigt und die mehrfache Verfolgung des Herrn Menci unionsrechtskonform sei.<sup>55</sup> Dies wird zu einem damit begründet, dass die Einleitung eines Strafverfahrens nach rechtskräftigem Abschluss eines Verwaltungsanktionsverfahrens in derselben Sache nur bei besonders schwerwiegenden Steuerstraftaten möglich sei.<sup>56</sup> Ferner – und das ist m.E. entscheidend – sehe das italienische Recht eine Regelung vor, die die Aussetzung der Vollstreckung der rechtskräftigen Verwaltungsanktion während eines neu eingeleiteten oder fortgeführten Strafverfahrens in derselben Sache vorsieht und die Vollstreckung der Verwaltungsanktion im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung ganz verhindert.<sup>57</sup>

### III. Analyse und Bewertung

#### 1. Kein Anschluss an die EGMR-Rechtsprechung im Fahrwasser von „A and B. v. Norway“

Festzustellen ist zunächst, dass der EuGH die hier eingangs kritisch gewürdigte Rechtsprechung des EGMR („A. and B. v. Norway“ *et. al.*)<sup>58</sup> nur einmal (und dann eher beiläufig) erwähnt, um festzustellen, dass die von ihm vorgenommene Auslegung von Art. 50 GRC den nach Art. 52 Abs. 3 GRC erforderlichen Mindestschutz auf dem Niveau der EMRK nicht unterschreitet.<sup>59</sup> Daraus lässt sich auch eingedenk der Vorsicht, die wegen der (sogleich noch näher zu behandelnden) Unschärfe der Entscheidungsgründe des EuGH geboten ist, schlussfolgern, dass der EuGH den Art. 50 GRC mit einem höheren Schutzniveau ausstatten will, als der EGMR es durch Art. 4 des 7. ZP zur EMRK gewährt.<sup>60</sup> Dies entspricht im Wesentlichen auch der vom Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona in seinen Schlussanträgen vorgeschlagenen Stoßrichtung<sup>61</sup> und ist aus meiner Sicht zu begrüßen.

<sup>54</sup> ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 34-39 = HRRS 2018 Nr. 372.

<sup>55</sup> ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 40 ff. = HRRS 2018 Nr. 372.

<sup>56</sup> ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 54 = HRRS 2018 Nr. 372.

<sup>57</sup> ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 56 = HRRS 2018 Nr. 372.

<sup>58</sup> Dazu ausführlich bereits o. unter I.

<sup>59</sup> ECLI:EU:C:2018:197, Rn. 61 = HRRS 2018 Nr. 372 – „Menci“.

<sup>60</sup> Mit dieser Interpretation auch *Ulpre*, DRS v. 27.4.2018, online abrufbar unter <http://t1p.de/mmi1>.

<sup>61</sup> ECLI:EU:C:2017:669, Rn. 73 – Schlussanträge „Di Puma“ und „Zecca“; ECLI:EU:C:2017:667, Rn. 69 – Schlussanträge „Menci“; ECLI:EU:C:2017:668, Rn. 71 – Schlussanträge „Garlsson Real Estate u.a.“.

#### 2. Grundsätzlicher Einschränkungsbefehl von Art. 50 GRC in Bezug auf nicht-kriminalstrafrechtliche Sanktionen

Zuzustimmen ist dem EuGH auch hinsichtlich der grundsätzlichen Einschätzung, dass Art. 50 GRC nicht für alle Sanktionsformen beliebiger Schwere uneingeschränkt gelten kann, sondern dass ein abgestufter *ne-bis-in-idem*-Schutz entwickelt werden muss. Dies ist auch in der deutschen Rechtsordnung nicht anders: Hier gilt das in Art. 103 Abs. 3 GG enthaltene Mehrfachverfolgungsverbot im innerstaatlichen Bereich zwar absolut, jedoch wird ihm herrschend nur ein enger Anwendungsbereich eingeräumt, der lediglich Kriminalstrafen i.e.S. erfasst.<sup>62</sup> Gleichzeitig ist anerkannt, dass es sich bei Art. 103 Abs. 3 GG lediglich um eine besonders strikte Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handelt, der in Bezug auf Mehrfachverfolgungen durch das Prinzip der Rechtssicherheit sowie der materiellen Gerechtigkeit flankiert wird.<sup>63</sup> Diese Prinzipien legen dem Staat auch außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG eine besondere Rechtfertigungslast auf, wenn er auf Grund desselben Sachverhalts mehrfach in die Rechte des Einzelnen eingreifen will; sie verbieten einen mehrfachen staatlichen Zugriff aber nicht *per se*. Der Gesetzgeber hat versucht, dem durch die Schaffung abgestufter Regelungen wie z.B. im § 56 Abs. 4 OWiG oder in den §§ 84, 86 OWiG Rechnung zu tragen.<sup>64</sup>

Der EuGH steht nun vor der Aufgabe, aus Art. 50 GRC ein vergleichbares abgestuftes Schutzsystem mit unionsweiter Geltung zu entwickeln oder zumindest zu umreißen. Die besondere Herausforderung liegt dabei darin, dass ein Verharren in der grobschlächtigen Binarität der Parameter „Absolutes Verfolgungshindernis“ / „Gar kein Verfolgungshindernis“ angesichts der Weite der „Engel“-Kriterien einerseits offenkundig sachwidrig wäre. Andererseits darf das Kind aber auch nicht – wie es der EGMR mit seiner Rechtsprechungswende hin zu „A. and B. v. Norway“ getan hat – durch eine Überkompensation des „Engel“-Ansatzes mit dem Bade ausgeschüttet werden.

#### 3. Kritik

Ein grundsätzliches Problem der hier behandelten Urteile liegt zunächst darin, dass der EuGH seine Entscheidungen jeweils mit Spezifika des Einzelfalls begründet, ohne dabei deutlich zu machen, welche abstrakt-generelle Bedeutung dem jeweils herangezogenen Kriterium beikommt. Der gebetsmühlenartig wiederholte Hinweis der EuGH, die Anwendung aller von ihm angeführten Teilkriterien unterliege letztlich der Wertungskompetenz der nationalen Gerichte, für die der EuGH lediglich Orientie-

<sup>62</sup> Ganz h.M., s. nur *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Ls-BI-Slg., 81. EL September 2017, Art. 103 GG Rn. 286 ff. m.w.N.

<sup>63</sup> Näher *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 62), Art. 103 GG Rn. 276 ff. m. zahlr. N.

<sup>64</sup> Für weitere Beispiele s. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 62), Art. 103 GG Rn. 279 f.

rungspunkte liefere, tut sein Übriges, um den Entscheidungen an Präzision zu nehmen.<sup>65</sup>

Als Beispiel für diesen Befund sei auf die Entscheidung „Garlsson Real Estate u.a.“ verwiesen: Hier lässt der EuGH – wie unter II. 1. b) dargelegt – zunächst die begrüßenswerte Auffassung durchschimmern, dass eine rechtskräftige Aburteilung im Rahmen eines Kriminalstrafverfahrens die Einleitung oder Weiterführung eines Bußgeldverfahrens wegen derselben Tat vor dem Hintergrund von Art. 50 GRC ausschließt. Im weiteren Verlauf begründet das Gericht diese Position aber (unter anderem) mit dem Hinweis, dass das italienische Recht im konkret vorliegenden Fall zwar eine Regelung vorsehe, wonach eine rechtskräftige Verurteilung zu einer Geldstrafe im Falle eines nachfolgenden Bußgeldverfahrens nur insoweit vollstreckt werde, wie die Geldstrafe den Betrag der später verhängten Geldbuße übersteige, eine entsprechende Regelung zur Berücksichtigung von Freiheitsstrafen jedoch fehle.<sup>66</sup> Im Dunkeln bleibt dabei, welches Gewicht der EuGH der fehlenden Berücksichtigungsmöglichkeit von Freiheitsstrafen im Bußgeldverfahren bei der Bewertung des gesamten Doppelverfolgungsvorgangs einräumt: Wäre es vor dem Hintergrund von Art. 50 GRC zulässig, ein Bußgeldverfahren trotz strafrechtlicher Aburteilung in derselben Sache einzuleiten oder fortzuführen, solange das einschlägige Bußgeldrecht eine Regelung vorsieht, wonach im Rahmen einer Zweitsanktionsentscheidung auch bereits zuvor verhängte Freiheitsstrafen berücksichtigt werden müssten? Wie müsste eine solche Regelung zur Berücksichtigung von zuvor verhängten Freiheitsstrafen im Bußgeldverfahren konkret aussehen? Oder hat der EuGH diesen Aspekt nur zur zusätzlichen Absicherung seiner Argumentation erwähnt und steht – was zu wünschen wäre – eigentlich unabhängig davon auf dem Standpunkt, dass ein rechtskräftiges Strafurteil *in jedem Fall* die Verhängung von hohen Bußgeldern in derselben Sache ausschließt?

Raum für Spekulation lässt ferner die Entscheidung in den verbundenen Rechtssachen „Di Puma“ und „Zecca“. Auch hier fällt der Blick zunächst auf die begrüßenswerte Aussage des EuGH, dass nicht nur eine Verurteilung, sondern auch ein Freispruch in einem Kriminalstrafverfahren die Einleitung oder Fortführung eines Bußgeldverfahrens in derselben Sache sperrt.<sup>67</sup> Dies entspricht der deutschen Rechtslage, wonach § 84 Abs. 1 Alt. 2 OWiG es bei Tateinheitlichem Zusammenfallen von Straftat und Ordnungswidrigkeit ausschließt, die Tat nach einer strafrechtlichen Aburteilung durch ein Strafgericht noch als Ordnungswidrigkeit zu verfolgen. Dadurch entstehen auch dann keine Sanktionslücken, wenn im Strafverfahren nur deshalb ein Freispruch ergeht, weil bestimmte Tatbestandsmerkmale nicht nachgewiesen werden können, die für die Anwendung des Straftatbestandes, nicht aber für die Anwendung des OWi-Tatbestandes benötigt

werden.<sup>68</sup> Denn in diesem Fall hätte das Strafgericht gem. § 82 OWiG die Möglichkeit, noch im Strafverfahren selbst (also ohne Mitwirkung einer Bußgeldbehörde) auf ein Bußgeld zu erkennen. Aus den Feststellungen des EuGH geht nicht hervor, ob in Italien eine ähnliche Rechtslage wie in Deutschland herrscht. Unklar ist auch, aus welchen Gründen Herr Di Puma freigesprochen wurde. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Art. 50 GRC die Durchführung eines Bußgeldverfahrens nach einem rechtskräftigen Freispruch in derselben Sache auch dann sperren würde, wenn der Freispruch allein auf strafrechtsspezifischen Gründen beruhen würde und die Voraussetzungen für die Verhängung eines Bußgeldes eigentlich vorgelegen hätten, das Strafgericht jedoch keine Kompetenz zur Verhängung des Bußgeldes hatte, weil dies z.B. allein in der Zuständigkeit einer bestimmten Verwaltungsbehörde liegt.<sup>69</sup>

Kritikwürdig ist schließlich die Entscheidung des EuGH in der Sache „Menci“, soweit das Gericht es dort für mit Art. 50 GRC vereinbar hält, nach dem rechtskräftigen Abschluss eines behördlichen (!) Bußgeldverfahrens dieselbe Sache noch einmal kriminalstrafrechtlich zu verfolgen, wenn rechtlich sichergestellt ist, dass die Geldbuße im Kriminalstrafverfahren angerechnet wird bzw. ihre Vollstreckung im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung unterbleibt.<sup>70</sup> Diese Auslegung von Art. 50 GRC entspricht der deutschen Rechtslage, wonach eine *behördliche* Bußgeldentscheidung ausweislich von § 84 Abs. 1 Alt. 1 OWiG keine Sperrwirkung für eine weitere strafrechtliche Verfolgung derselben Tat entfaltet, der behördliche Bußgeldbescheid jedoch gem. § 86 Abs. 1 OWiG aufgehoben wird, soweit der Betroffene später wegen derselben Handlung in einem Strafverfahren verurteilt wird oder – falls eine Verurteilung unterbleibt – die Feststellungen des Strafgerichts dem Bußgeldbescheid jedenfalls entgegenstehen. Diese Lösung ist jedoch problematisch, weil sie den Charakter des Art. 50 GRC als *Mehrfachverfolgungsverbot* unterminiert,<sup>71</sup> dessen Schutzbereich nicht erst im Fall einer mehrfachen Sanktionsvollstreckung eingreift, sondern bereits dann betroffen ist, wenn eine Person wegen derselben Tat mehreren konsekutiven Sanktionsverfahren – seien sie behördlicher oder gerichtlicher Natur – ausgesetzt wird.<sup>72</sup> Zu hoffen bleibt deshalb, dass der EuGH wenigstens dann ein Verfahrenshindernis gem. Art. 50 GRC angenommen hätte, wenn die Bußgeldentscheidung als Erstsanktion im Fall „Menci“ durch ein Strafgericht verhängt

<sup>65</sup> Diese Tendenz war speziell in Bezug auf die Anwendung von Art. 50 GRC bereits im „Åkerberg Fransson“-Urteil angelegt, vgl. dazu Wegner HRRS 2013, 126, 130 f.

<sup>66</sup> ECLI:EU:C:2018:193, Rn. 60 = HRRS 2018 Nr. 373; s. dazu bereits o. II. 1. b).

<sup>67</sup> S. o. II. 2. b).

<sup>68</sup> Als Beispiel hierfür kann das Tatbestandsmerkmal der „Marktpreiseinwirkung“ genannt werden, das zur Erfüllung des Straftatbestands der Marktmanipulation gem. § 119 Abs. 1 WpHG vorliegen muss, von den Ordnungswidrigkeiten gem. § 120 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 15 Nr. 2 WpHG aber nicht vorausgesetzt wird.

<sup>69</sup> Auf diese „Lücken“-Problematik weist *Ulpre* (DRS v. 27.4.2018, online abrufbar unter <http://t1p.de/mmi1>) hin.

<sup>70</sup> S. o. II 3. b).

<sup>71</sup> Statt vieler *Jarass*, GRC, 3. Aufl. 2016, Art. 50 GRC Rn. 8 m.w.N.

<sup>72</sup> Die deutsche Rechtslage nach §§ 84 Abs. 1 Alt. 1, 86 Abs. 1 OWiG unter diesem Gesichtspunkt kritisierend *Rönnau/Wegner*, in: *Veil/Meyer/Rönnau* (Fn. 23), § 29 Rn. 24.

worden wäre.<sup>73</sup> Denn jedenfalls in dieser Konstellation wäre eine Ungleichbehandlung von Geldstrafe und Geldbuße aus der Perspektive von Art. 50 GRC nicht mehr zu rechtfertigen und würde den Kerngedanken der „Engel“-Rechtsprechung zuwiderlaufen, wonach beide Sanktionstypen bei faktischer Betrachtung in weiten Teilen des Wirtschafts- und Steuerstraf- und -sanktionsrechts nur die Etikettierung unterscheidet.

#### IV. Fazit und Ausblick

Mit seinen Entscheidungen in den Rechtssachen „Garlsson Real Estate u.a.“, „Di Puma“ und „Zecca“ sowie „Menci“ hat der EuGH sich erstmals tiefgehend mit der Frage befasst, inwieweit das Mehrfachverfolgungsverbot aus Art. 50 GRC in seiner innerstaatlichen Dimension auf Sanktionen anwendbar ist, die aus Perspektive des betroffenen Mitgliedstaats nicht zum Kriminalstrafrecht i.e.S. zählen. Eine grundsätzliche Klärung der damit zusammenhängenden Rechtsfragen hat das Gericht dabei allerdings gescheut und sich stattdessen bei der Beantwortung der ihm vorgelegten Vorlagefragen vor allem auf die jeweiligen Spezifika des Einzelfalles gestützt, ohne dabei einen abstrakt-generellen Bewertungsmaßstab herauszuarbeiten oder zumindest deutlich zu machen, welches Gewicht den herangezogenen Wertungskriterien jeweils zukommt. Zusätzliche Unschärfe erhalten die Judikate durch den Umstand, dass der EuGH den nationalen Gerichten einen betont weiten Entscheidungsspielraum bei der Beantwortung der Frage einräumt, wann ein Verstoß gegen Art. 50 GRC vorliegt.

Festhalten lässt sich daher vorerst nur, dass der EuGH davon abgesehen hat, die vom EGMR im Rahmen der „A and B v. Norway“-Rechtsprechung entwickelten umfassenden Einschränkungsmöglichkeiten des *ne-bis-in-idem*-Schutzes auf die Auslegung von Art. 50 GRC zu übertragen. Stattdessen weist er – was aus meiner Sicht zu begrüßen ist – Art. 50 GRC ein höheres Schutzniveau zu, als es der EGMR für Art. 4 des 7 ZP zur EMRK vorsieht.

Als gesichert darf ferner gelten, dass eine rechtskräftige kriminalstrafrechtliche Aburteilung (und sei es auch ein Freispruch!) im Regelfall die Einleitung oder Weiterführung eines Bußgeldverfahrens in derselben Sache sperrt. Eine Ausnahme *könnte* (dies geht aus der insofern einschlägigen Entscheidung „Garlsson Real Estate u.a.“ nicht deutlich hervor) aber gelten, wenn für das Bußgeldverfahren Regelungen zur Anrechnung bzw. Berücksichtigung aller im Kriminalstrafverfahren verhängten Sanktionen (d.h. Geld- und Freiheitsstrafe!) vorgesehen sind. Unklar bleibt, ob ein Freispruch im Kriminalstrafverfahren die Einleitung oder Weiterführung eines Bußgeldverfahrens in derselben Sache auch dann sperrt, wenn die kriminalstrafrechtliche Verurteilung lediglich an strafrechtsspezifischen Gründen gescheitert ist und die Verhängung eines Bußgelds wegen derselben Tat schon im Strafverfahren nur deshalb unterblieb, weil das Kriminalgericht dazu (anders als in Deutschland nach § 82 OWiG) keine Kompetenz hatte.

In der umgekehrten Konstellation (= Erstsanktion Bußgeld, Zweitsanktion Kriminalstrafe) sperrt – auch das lässt sich festhalten – ein rechtskräftiges behördliches (!) Bußgeld nach Auffassung des EuGH jedenfalls dann nicht die Einleitung oder Weiterführung eines Kriminalstrafverfahrens wegen derselben Tat, wenn rechtlich sichergestellt ist, dass die Geldbuße während des laufenden Kriminalstrafverfahrens nicht vollstreckt wird und ihre Vollstreckung im Fall einer strafrechtlichen Verurteilung ganz unterbleibt. Diese der geltenden Rechtslage in Deutschland (vgl. § 84 Abs. 1 Alt. 1 OWiG) entsprechende Positionierung ist bedauerlich, weil sie den Charakter des Art. 50 GRC als Mehrfachverfolgungsverbot unterminiert, dessen Schutzbereich nicht erst im Falle der mehrfachen Sanktionsvollstreckung, sondern bereits dann betroffen ist, wenn eine Person wegen derselben Tat mehreren konsekutiven Sanktionsverfahren ausgesetzt wird. Davon abgesehen ist festzuhalten, dass der EuGH nicht über die Behandlung von *gerichtlichen* Bußgeldentscheidungen entschieden hat – richtigerweise wäre jedenfalls hier von einer umfassenden, auch das Kriminalstrafrecht erfassenden Sperrwirkung nach Art. 50 GRC auszugehen. Dasselbe gilt für ein Zusammentreffen von behördlichen Bußgeldentscheidungen mit weiteren *Bußgeldverfahren* anderer Behörden – auch hier ist Art. 50 GRC mit der Maßgabe anzuwenden, dass eine behördliche Erstsanktion weitere nicht-kriminalstrafrechtliche Verfolgungsmaßnahmen in derselben Sache sperrt.

Neben den bereits erwähnten Leerstellen in den Entscheidungen zu den Rechtssachen „Garlsson Real Estate u.a.“, „Di Puma“ und „Zecca“ sowie „Menci“ wirft der hier behandelte Themenkomplex des Zusammentreffens von Kriminalstrafe und anderen Sanktionstypen wegen derselben Tat schließlich noch weitere Folgeprobleme auf, die der EuGH mangels entsprechender Vorlagefragen nicht zu behandeln hatte, die aber praktisch bedeutsam sind. Das betrifft beispielsweise die spätestens seit dem massiven Ausbau von „Naming & shaming“-Kompetenzen im Marktmissbrauchsrecht durch das 1. und 2. FiMaNoG<sup>74</sup> virulent gewordene Frage, inwieweit Art. 50 GRC auf Sanktionen nicht-finanzieller Art anzuwenden ist.<sup>75</sup> Klärungsbedürftig ist ferner, inwieweit sich die hier besprochenen, zur innerstaatlichen Dimension von Art. 50 GRC ergangenen Urteile auf das transnationale *ne-bis-in-idem*-Prinzip gem. Art. 50 GRC i.V.m. Art. 54 SDÜ übertragen lassen. Diese Thematik ist von besonderer Brisanz, weil sich die Koordination einer Vielzahl von Strafverfolgungs- und sonstiger Sanktionsbehörden über Ländergrenzen hinweg noch schwieriger gestaltet als im nationalen Kontext. Die daraus resultierende (und angesichts prominenter Negativ-Beispiele nicht unbegründete<sup>76</sup>) Furcht, einzelne mitgliedstaatliche

<sup>74</sup> Rönna/Wegner, in: Veil/Meyer/Rönnau (Fn. 23), § 30 Rn. 1 f.

<sup>75</sup> Speziell zur Rechtskraftwirkung von „shame sanctions“ Rönna/Wegner, in: Veil/Meyer/Rönnau (Fn. 23), § 30 Rn. 44 ff.

<sup>76</sup> Mit Entscheidung vom 8. August 2016 hat die italienische Wettbewerbsbehörde AGCM gegen die Volkswagen AG sowie deren italienische Tochter Volkswagen Group Italia S.p.A. als Gesamtschuldner ein Bußgeld i.H.v. 5 Millionen EUR wegen Normverstößen im Zusammenhang mit dem sog. „Abgas-Skandal“ verhängt. Eine cursorische Durchsicht des dabei zugrunde gelegten Sachverhalts (vgl. dazu

<sup>73</sup> Nach deutschem Recht würde sich eine solche Sperrwirkung aus § 84 Abs. 2 OWiG ergeben.

Behörden könnten durch vorschnelle Sanktionsentscheidungen einen unionsweiten Sanktionsverbrauch i.S.v.

die unter <http://t1p.de/q5ru> online abrufbare Begründung des Bußgeldbescheids) lässt die These nicht abwegig erscheinen, dass weite Teile der unionsweit gegen die Volkswagen AG geführten Verbandssanktionsverfahren (etwa nach § 30 OWiG in Deutschland) durch die Rechtskraft der Entscheidung der AGCM wegen Art. 50 GRC i.V.m. Art. 54 SDÜ gesperrt sind.

Art. 50 GRC i.V.m. Art. 54 SDÜ erzeugen, führt in der Praxis nicht selten dazu, dass die einzelnen nationalen Behörden Ermittlungsergebnisse bewusst für sich behalten, um so unsachgemäße Verfahrensabschlüsse im EU-Ausland zu verhindern. Dies birgt im Ergebnis das Risiko einer Lähmung grenzüberschreitender Verfolgungszusammenarbeit und konterkariert damit den politischen Leitgedanken eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

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.

**370. BVerfG 2 BvR 1509/15 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. März 2018 (OLG Hamm)**

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung („Altfall“; schutzwürdiges Vertrauen; Verhältnismäßigkeit; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualdelikte; psychische Störung; gesetzliche Übergangsregelung; erhöhte Begründungstiefe und verfassungsge-

richtliche Kontrolldichte; Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht als milderer Mittel); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung einer Fortdauerentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff). Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 316f Abs. 2 EGStGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 68b StGB; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG



**371. BVerfG 2 BvR 2601/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. April 2018 (OLG München / AG Neu-Ulm)**

Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen einen aufgehobenen oder gegenstandslos gewordenen Haftbefehl (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Feststellungsinteresse bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen; Rehabilitierungsinteresse bei Freiheitsentziehungen; Überprüfung der Untersuchungshaft und der Sitzungshaft auch nach deren Beendigung; Auslegung des Begriffs der „Verhaftung“; Vorrang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes). Art. 19 Abs. 4 GG; § 230 Abs. 2 StPO; § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO

**372. EuGH C-524/15 – Urteil der Großen Kammer vom 20. März 2018 (Luca Menci)**

Vorabentscheidungsverfahren zur Mehrwertsteuer-Richtlinie 2006/112/EG (Steuerhinterziehung; Nichtabführung der geschuldeten Mehrwertsteuer; ne bis in idem bei Sanktionen nach nationalen Rechtsvorschriften, die für dieselbe Tat eine verwaltungsrechtliche und eine (andere) strafrechtliche Sanktion vorsehen; ECLI:EU:C:2018:197).

Art. 50 GRC; Art. 49 Abs. 3 GRC; Art. 52 Abs. 1 GRC; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

**373. EuGH C-537/16 – Urteil der Großen Kammer vom 20. März 2018 (Carlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci und Magiste International SA)**

Vorabentscheidungsverfahren zur Richtlinie 2003/6/EG (Marktmanipulation; ne bis in idem bei Sanktionen nach nationalen Rechtsvorschriften, die für dieselbe Tat eine verwaltungsrechtliche und eine (andere) strafrechtliche Sanktion vorsehen; ECLI:EU:C:2018:193).

Art. 50 GRC; Art. 51 GRC; Art. 49 Abs. 3 GRC; Art. 52 Abs. 1 GRC; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

**374. EuGH C-596/16 (597/16) – Urteil der Großen Kammer vom 20. März 2018 (Enzo Di Puma und Antonio Zecca)**

Vorabentscheidungsverfahren zur Richtlinie 2003/6/EG / Richtlinie 2014/57/EU (Insider-Geschäfte; ne bis in idem bei Sanktionen nach nationalen Rechtsvorschriften, die für dieselbe Tat eine verwaltungsrechtliche und eine (andere) strafrechtliche Sanktion vorsehen; Erstreckung der Rechtskraft eines endgültigen Strafurteils auf das Verwaltungsverfahren; endgültiges Strafurteil, mit dem vom Vorwurf der Insider-Geschäfte freigesprochen wird; ne bis in idem: unverhältnismäßige Einschränkung; ECLI:EU:C:2018:192).

Art. 50 GRC; Art. 51 GRC; Art. 52 Abs. 1 GRC; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

**375. BGH 1 StR 105/18 – Beschluss vom 4. April 2018 (LG München I)**

Anwendbarkeit deutschen Strafrechts (stellvertretende Strafrechtspflege). § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB

**376. BGH 1 StR 228/17 – Beschluss vom 8. Februar 2018 (LG Regensburg)**

Strafzumessung (Kategorisierung nach der Schadenshöhe bei einer Vielzahl gleichartiger Vermögensstraftaten); Tateinheit (natürliche Handlungseinheit).

§ 46 Abs. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

**377. BGH 1 StR 331/17 – Urteil vom 24. Januar 2018 (LG Wiesbaden)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Irrtum über die Arbeitsgebereigenschaft: erforderlicher Inhalt des Vorsatzes, Anwendung der Steueranspruchstheorie); tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 16 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

**378. BGH 1 StR 351/17 – Urteil vom 21. Februar 2018 (LG Ansbach)**

Mord (niedrige Beweggründe: Tötung des sich vom Täter abwendenden Intimpartners; Heimtücke); minderschwere Fall des Totschlags (Gesamtbetrachtung: kein zwingendes Erfordernis einer bewussten Provokation durch das Opfer).

§ 211 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

**379. BGH 1 StR 412/16 – Beschluss vom 27. Juli 2017 (LG Kempten)**

Datenveränderung (Verändern von Daten: Voraussetzungen, hier: Hinzufügen von Einträgen in einer Registry-Datei); Ausspähen von Daten (erforderliche Dokumentation des Geheimhaltungsinteresses durch besondere Sicherungsvorkehrungen: Firewall); Anordnung des Verfalls (Krypto-Währung als erlangtes Etwas; Verschlechterungsverbot: Anwendbarkeit auf Verfallsanordnung, hier: Wertobergrenze der Verfallsanordnungen bei für verfallen erklärter Krypto-Währung mit hoher Wertvolatilität)

§ 303a Abs. 1 StGB; § 202a Abs. 1 StGB; § 73 Abs. 1 aF StGB; § 73e aF StGB; § 331 StPO

**380. BGH 1 StR 423/17 – Beschluss vom 21. März 2018 (LG Augsburg)**

Insolvenzverschleppung (Mitglied des Vertretungsorgans als besonderes persönliches Merkmal); Bankrott (Schulderstellung als besonderes persönliches Merkmal).

§ 15a Abs. 1, Abs. 4 InsO; § 283 Abs. 1 StGB

**381. BGH 1 StR 571/17 – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Landshut)**

Telekommunikationsüberwachung (Verwertbarkeit aufgezeichneter Hintergrundgeräusche und -gespräche); Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung des abgelehnten Richters: Beteiligung an einem Schuldspruch in einem abgetrennten Verfahren).

§ 100a StPO; § 24 StPO; § 4 Abs. 1 StPO

**382. BGH 1 StR 83/18 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Hof)**

Rücktritt vom Versuch (unbeendeter Versuch: erforderliche Feststellungen zum Rücktrittshorizont; Fehlschlag des Versuchs: kein zwangsläufiger Fehlschlag bei dem Täter bekannter Benachrichtigung der Polizei; Freiwilligkeit: Abstandnahme von der Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

**383. BGH 1 StR 663/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Bochum)**

Strafzumessung (Zulässigkeit strafschärfender generalpräventiver Erwägungen).  
§ 46 Abs. 1 StGB

**384. BGH 2 StR 127/17 – Urteil vom 7. März 2018 (LG Wiesbaden)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung: strafschärfende Berücksichtigung des Maßes der Überschreitung des Grenzwertes); Verfall (Absehen von der Anordnung, weil das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Täters vorhanden ist: Grund der Entreicherung als Faktor der Billigkeitsentscheidung, Tilgung von Schulden).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 Abs. 1 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F.

**385. BGH 2 StR 150/15 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Köln)**

Strafzumessung (Tötungsabsicht als strafschärfender Umstand: gebotene Einzelfallbetrachtung, kein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot).

§ 46 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB

**386. BGH 2 StR 234/16 – Beschluss vom 28. Februar 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung des Richters mit der Sache: nur ausnahmsweise begründete Besorgnis der Befangenheit, hier infolge von Äußerungen).

§ 24 StPO

**387. BGH 2 StR 24/16 – Urteil vom 7. September 2017 (LG Schwerin)**

BGHSt; Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: erforderliche Vermögensbezogenheit und Eigenverantwortlichkeit, keine Vermögensbetreuungspflicht zum Einschreiten für Beamten aus dem Grundsatz der Sparsamkeit; Pflichtverletzung: Verletzung gerade einer Pflicht, die auf den Pflichtkreis zurückgeht, der die Vermögensbetreuungspflicht begründet, hier: Pflichtverletzung eines Finanzbeamten bei der Vergabe von Investitionszulagen, fehlende Eigenverantwortlichkeit bei vorgelagertem selbstständigem Bescheinigungsverfahren); Anforderungen ein freisprechendes Urteil (Darstellung des Sachverhalts).

§ 266 Abs. 1 StGB; InvZulG 1999; § 267 Abs. 5 StPO

**388. BGH 2 StR 252/17 – Beschluss vom 7. Dezember 2017 (LG Frankfurt a. M.)**

Notwehr (Erforderlichkeit: lebensbedrohlicher Einsatz eines Messers, Pflicht zur Androhung; Einschränkung des Notwehrrechts bei Notwehrprovokation: keine Einschränkung allein wegen Neigung des Angreifers zu aggressiven Verhaltens).

§ 32 StGB

**389. BGH 2 StR 36/18 – Beschluss vom 20. März 2018 (LG Darmstadt)**

Anrechnung im Ausland erlittener Auslieferungshaft (erforderliche Darstellung in der Urteilsformel).

§ 54 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 260 StPO

**390. BGH 2 StR 390/17 – Beschluss vom 27. Februar 2018 (LG Erfurt)**

Prozessuale Tat (Identität der prozessualen Tat von Anklage und Urteil bei Veränderungen des Tatbilds: „Nämlichkeit“ der Tat, Serie von Sexualtat mit ungewisser Tatzeit: Art und Weise der Tatbegehung als maßgebliches Kriterium); Sicherungsverfahren (Umgrenzungsfunktion: gleiche Anforderungen wie bei einer Anklageschrift).

§ 264 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 414 Abs. 2 Satz 2 StPO

**391. BGH 2 StR 431/17 – Urteil vom 21. Februar 2018 (LG Fulda)**

Tatrichterliche Beweismwürdigung (Anforderungen an die Darstellung in einem freisprechenden Urteil; Darstellung bei einer Vielzahl von Sexualtaten gegen ein Kind: erforderliche Individualisierung der Taten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1, Abs. 5 StPO; § 176 StGB

**392. BGH 4 StR 158/17 – Urteil vom 1. März 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Eventualvorsatz (Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit: erforderliche Gesamtschau, Selbstgefährdung des Täters als Indiz, erforderliche Darstellung im Urteil); Verhängung von Jugendstrafe (Vorliegen schädlicher Neigungen des Jugendlichen: zeitnahe Begehung weiterer Straftaten als Indiz; Bildung einer nachträglichen Gesamtjugendstrafe unter Einbeziehung einer Tat im Erwachsenenalter: Schwergewicht bei der Tat im Heranwachsenalter).

§ 15 StGB; § 17 Abs. JGG; § 31 Abs. 2 JGG; § 32 JGG; § 105 JGG

**393. BGH 4 StR 311/17 – Urteil vom 1. März 2018 (LG Bremen)**

Gefährdung des Straßenverkehrs durch zu schnelles Fahren an Straßeneinmündungen (Begriff der Straßeneinmündung: Fußgängerfurten als Teil der Einmündung; erforderliche Risikozusammenhang zwischen zu schnellem Fahren und Gefährdung; keine Unterbrechung durch Rotlichtverstoß des gefährdeten Fußgängers); Eventualvorsatz (Totschlag; Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit im Straßenverkehr: erkannte Eigengefährdung als Indiz).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 d) StGB; § 37 StVO; § 15 StGB; § 212 StGB

**394. BGH 4 StR 408/17 – Beschluss vom 26. März 2018 (LG Halle)**

Betreiben von Bankgeschäften ohne Erlaubnis (Begriff des Bankgeschäfts: Begriff der Einlage, Vereinbarung einer qualifizierten Nachrangabrede hinsichtlich eingezahlter Gelder); Irrtum über die Erlaubnispflichtigkeit des vorgenommenen Geschäfts: Subsumtionsirrtum); Untreue (Vermögensbetreuungspflicht eines Darlehensnehmers).

§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG; § 16 StGB; § 17 StGB; § 266 Abs. 1 StGB

**395. BGH 4 StR 469/17 – Beschluss vom 15. März 2018 (LG Bremen)**

Gefährdung des Straßenverkehrs (Begriff des falschen Fahrens beim Überholen; erforderlicher Zusammenhang zwischen den spezifischen Risiken der Tatbestandsvarian-

ten und der eingetretenen Gefahr); Strafzumessung (keine strafschärfende Berücksichtigung der Beseitigung von Spuren).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b) StGB; § 5 StVO; § 46 StGB

**396. BGH 4 StR 516/17 – Beschluss vom 14. März 2018 (LG Dortmund)**

Vergewaltigung (Konkurrenzverhältnis bei mehreren hintereinander begangenen Vergewaltigungen: Tateinheit bei einheitlicher Gewaltanwendung bzw. fortwirkender Drohung); Adhäsionsverfahren (erforderliche Angabe der Größenordnung des begehrten Schmerzensgelds).

§ 177 Abs. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 404 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 253 Abs. 2 BGB

**397. BGH 1 StR 264/17 – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG Koblenz)**

Steuerhinterziehung (Vollendung durch Steuerverkürzung; Vollendung im Falle der Umsatzsteuer).

§ 168 Satz 1 und 2 AO; § 370 Abs. 1 AO

**398. BGH 1 StR 339/16 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Rostock)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verbotsirrtum bei Kenntnis von dem Bestehen sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse; Grundsätze über die Darlegung der Berechnungsgrundlagen, Schätzung im Ausnahmefall); Geldstrafe neben Freiheitsstrafe (Voraussetzungen; Verhältnis zwischen den Sanktionsmitteln; Anrechnung von Auslieferung- und Untersuchungshaft); Subventionsbetrug (Begriff der Subvention: Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften; Begriff des Subventionsgebers; Begriff der subventionserheblichen Tatsachen; Notifizierungspflicht: Umgehung durch künstliche Aufspaltung eines Investitionsvorhabens; Kenntnis des Subventionsgebers; zweckwidrige Verwendung von Mitteln).

§ 17 Satz 1 StGB; § 41 StGB; § 264 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB; § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB; § 266a StGB

**399. BGH 1 StR 415/17 – Beschluss vom 21. März 2018 (LG München II)**

Recht auf Verteidigerbeistand (faïres Verfahren bei Terminierung der Hauptverhandlung: Verfügbarkeit des Wahlverteidigers).

Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) MRK; § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO

**400. BGH 1 StR 556/17 – Beschluss vom 19. März 2018 (LG Lübeck)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**401. BGH 2 StR 238/17 – Beschluss vom 20. März 2018 (LG Gießen)**

Aufhebung des Urteils bezüglich des Angeklagten P.

**402. BGH 2 StR 353/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Aachen)**

Rücktritt (Rücktrittshorizont: Definition, Anforderungen an die Feststellungen; unbeendeter Versuch nach Erreichen eines außertatbestandlichen Handlungszieles).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**403. BGH 2 StR 41/18 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Meiningen)**

Konkurrenzen (einfache und gefährliche Körperverletzung).

§ 223 Abs. 1 StGB; § 224 StGB

Eine vollendete gefährliche Körperverletzung verdrängt eine durch dieselbe natürliche Handlung begangene einfache Körperverletzung im Wege der Gesetzesinheit, da § 224 StGB das speziellere Gesetz gegenüber § 223 Abs. 1 StGB darstellt.

**404. BGH 2 StR 470/17 – Beschluss vom 7. März 2018**

Entscheidung ohne Hauptverhandlung durch Beschluss (Frist zur Abgabe einer Gegenerklärung).

§ 349 Abs. 3 Satz 2 StPO

**405. BGH 4 StR 284/17 – Beschluss vom 30. Januar 2018 (LG Essen)**

Urteilsgründe (Anforderungen in Fällen von „Aussage gegen Aussage“); Vergewaltigung (körperlich schwere Misshandlung, Verursachung einer Lebensgefahr: Anforderungen an den Vorsatz); sexuelle Nötigung (anwendbares Recht).

§ 177 Abs. 1, 2 Nr. 5 StGB; § 177 Abs. 4 Nr. 2a und b StGB aF; § 177 Abs. 8 Nr. 2a und b StGB nF; § 261 StPO; § 267 StPO

**406. BGH 4 StR 328/17 – Beschluss vom 10. April 2018 (LG Kiel)**

Entscheidung ohne Hauptverhandlung durch Beschluss (keine Begründungspflicht für letztinstanzliche Entscheidungen).

§ 349 Abs. 2 StPO

Das Grundgesetz gebietet bei letztinstanzlichen Entscheidungen regelmäßig keine Begründung. Auch die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention verlangen eine Begründung der Entscheidung des Revisionsgerichts nicht.

**407. BGH 4 StR 336/17 – Urteil vom 12. April 2018 (LG Düsseldorf)**

Rechtsmittelbegründung (Anforderungen); Grundsätze der Strafzumessung (regelmäßig keine Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft); Zuhälterei (Voraussetzung aller Tatbestandsvarianten: bestimmende Einflussnahme; Definition einzelner Tatbestandsvarianten); Menschenhandel (Gewerbsmäßigkeit: allgemeine und delikt-spezifische Definition).

Nr. 156 Abs. 2 RiStBV; § 46 Abs. 2; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 232 Abs. 3 Nr. 3 StGB aF

**408. BGH 4 StR 377/17 – Beschluss vom 18. Januar 2018 (LG Essen)**

Bandendiebstahl (Definition: bandenmäßige Begehung); Urteilsgründe (Darlegung der Ergebnisse der molekulargenetischen Untersuchung).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

**409. BGH 4 StR 397/17 – Urteil vom 15. März 2018 (LG Bochum)**

Rücktritt (Rücktrittshorizont: Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**410. BGH 4 StR 494/17 – Beschluss vom 12. März 2018 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**411. BGH 4 StR 530/17 – Beschluss vom 28. Februar 2018 (LG Saarbrücken)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Beurteilung der Steuerungsfähigkeit bei alkoholgewohnten Angeklagten).

§ 20 StGB

Äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit können bei hoher Alkoholgewöhnung auseinanderfallen. Gerade bei Alkoholikern zeigt sich oft eine durch „Übung“ erworbene Kompensationsfähigkeit insbesondere im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten. Dem Verhalten nach der Tat kommt in diesem Zusammenhang nur geringe Aussagekraft zu, weil bei dem Angeklagten durch den Unfall eine Ernüchterung eingetreten sein kann.

**412. BGH 4 StR 531/17 – Beschluss vom 13. März 2018 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**413. BGH 4 StR 566/17 – Beschluss vom 21. März 2018**

Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis.

§ 206a Abs. 1 StPO

**414. BGH 4 StR 568/17 – Urteil vom 29. März 2018 (LG Detmold)**

BGHSt; Verfall des Wertersatzes (anwendbare Übergangsvorschriften im Falle des nicht begründeten Unterbleibens einer Anordnung); Rechtsmittelbegründung (Möglichkeit der isolierten Anfechtung des Strafausspruchs: Unzulässigkeit im Einzelfall); Strafbemessung (eingeschränkte revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit); bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Vorliegen eines minder schweren Falles: Gesamtabwägung); Bildung der Gesamtstrafe (Anforderungen an den Begründungsaufwand).

§ 54 Abs. 1 StGB; § 73a Satz 1 StGB aF; Art. 316h Satz 2 EGStGB; § 30a Abs. 3 BtMG

**415. BGH 4 StR 579/17 – Beschluss vom 15. März 2018 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**416. BGH 4 StR 593/17 – Beschluss vom 27. März 2018 (LG Hagen)**

Rücktritt (Rücktrittshorizont: fehlgeschlagener Versuch, beendeter und unbeendeter Versuch).

§ 24 Abs. 1 StGB

**417. BGH 4 StR 594/17 – Beschluss vom 15. Februar 2018 (LG Halle)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verjährungsfrist, Verjährungsbeginn); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Zuverlässige Beurkundung des Beratungsergebnisses durch die Urteilsgründe).

§ 29 Abs. 1 BtMG; § 78 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 StGB; § 78a StGB; § 261 StPO

**418. BGH 4 StR 611/17 – Beschluss vom 28. März 2018 (LG Frankenthal)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**419. BGH 4 StR 612/17 – Beschluss vom 27. März 2018 (LG Zweibrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**420. BGH 4 StR 614/17 – Beschluss vom 13. März 2018 (LG Kaiserslautern)**

Recht auf ein faires Verfahren (Tatprovokation bei Einsatz einer polizeilichen Vertrauensperson); Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Herausgabe sichergestellter Geldbeträge an ermittelnde Polizeibehörde).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 73 StGB

**421. BGH 4 StR 616/17 – Beschluss vom 15. März 2018 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**422. BGH 4 StR 629/17 – Beschluss vom 28. März 2018 (LG Dortmund)**

Recht des letzten Wortes (Verfahrensverstoß bei Entzug des letzten Wortes der Erziehungsberechtigten).

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

**423. BGH 4 StR 632/17 – Beschluss vom 12. März 2018 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**424. BGH 2 StR 504/17 – Beschluss vom 20. März 2018 (LG Darmstadt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**425. BGH 2 StR 545/17 – Beschluss vom 7. Februar 2018 (LG Aachen)**

Stufenverhältnis und Wahlfeststellung (räuberische Erpressung und Diebstahl: kein Stufenverhältnis, keine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit).

§ 55 StGB; § 242 StGB; § 250 StGB; § 255 StGB

**426. BGH 2 StR 547/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Rostock)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**427. BGH 2 ARs 69/18 2 AR 45/18 – Beschluss vom 13. März 2018**

Rückgabe der Sache an das Amtsgericht – Strafrichter – Tiergarten.

**428. BGH 2 ARs 97/18 2 AR 47/18 – Beschluss vom 28. März 2018**

Anzeigepflicht bei Leichenfund und Verdacht auf unnatürlichen Tod (Rechtsnatur des Todesermittlungsverfahrens).

§ 159 StPO; § 160 StPO

**429. BGH 4 StR 35/18 – Beschluss vom 12. März 2018 (LG Halle)**

Verhängung in Tagessätzen (Bestimmung des Tagessatzes bei Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe).

§ 40 Abs. 2 Satz 3 StGB

**430. BGH 4 StR 57/18 – Beschluss vom 12. März 2018 (LG Essen)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Haftung als Gesamtschuldner: keine Rechtsänderung).

§ 73a StGB aF; § 73c StGB; Art. 316h Satz 1 EGStGB

**431. BGH 4 StR 65/18 – Beschluss vom 10. April 2018 (LG Kaiserslautern)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**432. BGH 3 StR 163/15 – Beschluss vom 8. März 2018**

Antrag des Rechtsanwalts auf Festsetzung des Gegenstandswerts der anwaltlichen Tätigkeit im Revisionsverfahren (auf Einziehung und verwandte Maßnahmen bezogene Tätigkeit; wirtschaftliches Interesse an der Abwehr der Revision; Auffangrechtserwerb).

§ 32 Abs. 2 RVG; Nr. 4142 VV RVG; § 111i Abs. 2 StPO a. F.

**433. BGH 3 StR 63/15 – Beschluss vom 8. März 2018 (LG Osnabrück)**

Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot bei überlanger Verfahrensdauer wegen Vorlageverfahrens (gesetzlich vorgesehener Verfahrensvorgang; Überschreitung des Angemessenen; durch Verhalten der Justizorgane verursachte Verzögerungen; Gesamtdauer des Verfahrens; Schwere des Tatvorwurfs; Umfang und die Schwierigkeit des Prozessstoffs; Ausmaß der mit dem Andauern des Verfahrens für den Betroffenen verbundenen Belastungen); Versagung der Strafmilderung bei selbst verschuldeter Trunkenheit.

§ 21 StGB; § 49 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; Art. 13 EMRK

**434. BGH 3 StR 78/17 – Beschluss vom 18. Oktober 2017 (LG Hildesheim)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitschführen; Verfügungsbereithalten; Möglichkeit des Zugriffs ohne nennenswerten Zeitaufwand; Aufbewahrung in Behältnis oder anderem Raum; Waffe im technischen Sinne; Zweckbestimmung; Feststellungen zur subjektiven Seite).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**435. BGH 3 StR 272/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Oldenburg)**

Zulässigkeit der Verlesung einer Vernehmungsniederschrift bei nicht erreichbarem Auslandszeugen (Bewirken einer Ladung; Ladung mit einfachem Brief; förmliche

Zustellung; Umfang der gebotenen Bemühungen; Abwägung von Bedeutung der Zeugenaussage und Beschleunigungsgebot; Unmöglichkeit der Vernehmung auf absehbare Zeit; polizeiliche Vermerke als Vernehmungsniederschrift); Zulässigkeit der Ersetzung von benannten Beweismitteln und Aufklärungspflicht; Anforderungen an den Gehilfenvorsatz (keine Kenntnis der Einzelheiten der Tat; Mindestmaß an Konkretisierung; zentrale Merkmale der Haupttat; abweichende rechtliche Beurteilung von verwirklichter und vorgestellter Haupttat; Betrug und Untreue); Strafrahenwahl bei Zusammentreffen von gesetzlich vertypeten Milderungsgründen (Beihilfe; Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals).

§ 244 StPO; § 251 StPO; Art. 5 EURhÜbk; § 15 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 49 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB

**436. BGH 3 StR 342/17 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Bückeburg)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit (Indiz- oder Hilfstatsache; kein Zusammenhang mit der Urteilsfindung; kein Einfluss auf richterliche Überzeugungsbildung; Beurteilung nach den Grundsätzen freier Beweiswürdigung; Einstellung der behaupteten Tatsache in das Beweisergebnis).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO

**437. BGH 3 StR 426/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Oldenburg)**

Konkurrenzrechtliche Anwendung der als Mittel zur Begehung schwerwiegender Delikten begangenen Freiheitsberaubung (selbständiger Unrechtsgehalt; Erstreckung über längeren Zeitraum mit zwischenzeitlicher Beruhigung des Geschehens).

§ 239 StGB

**438. BGH 3 StR 30/18 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Krefeld)**

Antrag auf revisionsgerichtliche Entscheidung gegen die Verwerfung der Revision als unzulässig durch das Gericht des ersten Rechtszuges.

§ 346 Abs. 2 StPO

**439. BGH 3 StR 426/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Oldenburg)**

Unzulässigkeit der Revision des Nebenklägers (Unzulässigkeit der Bezugnahme auf die Schriftsätze anderer Verfahrensbeteiligter oder Aktenbestandteile; Strafmaß kein zulässiges Angriffsziel für den Nebenkläger).

§ 400 Abs. 1 StPO

**440. BGH 3 StR 451/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhafte Zurechnung einer versuchten Totschlagshandlung über die Mittäterschaft (Exzess; sukzessive Mittäterschaft; einseitige Kenntnisaufnahme; Voraussetzungen der Mittäterschaft); erforderliche Feststellungen zum Rücktrittshorizont beim fehlgeschlagenen Versuch.

§ 24 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**441. BGH 3 StR 482/17 – Urteil vom 11. Januar 2018 (LG Bad Kreuznach)**

Fehlgeschlagener Versuch (Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten; Rücktrittshorizont; revisions-

rechtliche Prüfung; sachlich-rechtlicher Mangel bei fehlenden Feststellungen); Bestimmen einer minderjährigen Person zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Bestimmens; kommunikative Handlung; Förderung; konkurrenzrechtliche Bewertung bei ein- und demselben Güterumsatz); Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe trotz ausgebliebenem Aufklärungserfolg. § 29 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG; § 31 BtMG; § 24 StGB; § 46 StGB; § 52 StGB

**442. BGH 3 StR 530/17 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Duisburg)**

Darstellungsmangel bei der Gesamtstrafenbildung wegen fehlender Mitteilung des Vollstreckungsstandes einer Vorverurteilung (Zäsurwirkung); Verschlechterungsverbot (durch fehlerhafte Gesamtstrafenbildung erlangter Vorteil).

§ 55 StGB; § 358 Abs. 2 S. 1 StPO

**443. BGH 3 StR 612/17 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Wuppertal)**

Keine wahlweise Verurteilung wegen (versuchten) Raubes und (versuchter) räuberischer Erpressung; rechtsfehlerhafte Verneinung eines Hanges trotz intensiver Neigung zum Betäubungsmittelkonsum.

§ 64 StGB; § 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

**444. BGH 3 StR 645/17 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Kleve in Moers)**

Voraussetzungen eines Hanges zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln (Konsum seit längerer Zeit; Fehlen von Entzugssyndromen; Intervalle der Abstinenz; soziale Gefährdung; Neigung; Konsum von Zeit zu Zeit oder bei passender Gelegenheit; Beeinträchtigungen der Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit).

§ 64 StGB

Konsumiert der Angeklagte seit längerer Zeit Rauschmittel und steht er auch zum Tatzeitpunkt unter deren Einfluss, kann dieses Konsumverhalten nahelegen, dass die Voraussetzungen eines Hanges i.S.d § 64 StGB vorliegen. Demgegenüber stehen das Fehlen ausgeprägter Entzugssymptome sowie Intervalle der Abstinenz der Annahme eines Hanges nicht unbedingt entgegen. Er setzt auch nicht voraus, dass die Rauschmittelgewöhnung auf täglichen oder häufig wiederholten Genuss zurückgeht; vielmehr kann es genügen, wenn der Täter von Zeit zu Zeit oder bei passender Gelegenheit seiner Neigung zum Rauschmittelkonsum folgt.

**445. BGH 5 StR 9/18 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (fehlende konkrete Feststellung der Aussicht auf einen Behandlungserfolg; Therapieunwilligkeit; Zusammenhang zwischen Therapiedauer und Behandlungserfolg).

§ 64 StGB

**446. BGH 3 StR 427/17 – Urteil vom 11. Januar 2018 (LG Wuppertal)**

BGHSt; Uniformverbot (Warnwesten mit Aufschrift „Sharia Police“; Normzweck; gleichartige Kleidungsstücke;

einschränkende Auslegung; Ausdruck gemeinsamer politischer Gesinnung; Eignung zur suggestiv-militanten, einschüchternden Wirkung; Zielgruppe; ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal); Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei ungeklärter Rechtslage.

§ 3 Abs. 1 VersG; § 28 VersG; § 17 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

**447. BGH 5 StR 18/18 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Berlin)**

Kein absoluter Revisionsgrund bei mündlicher Mitteilung der Urteilsgründe ohne den inhaftierten, seine Vorführung verweigernden Angeklagten (nicht wesentlicher Teil der Hauptverhandlung; einzelfallbezogen Entscheidung; Beurteilungsspielraum).

§ 338 Nr. 5 StPO

**448. BGH 5 StR 32/18 – Beschluss vom 21. März 2018 (LG Hamburg)**

Korrektur eines Schreibversehens beim Einziehungsbetrag.

§ 260 StPO

**449. BGH 5 StR 36/18 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**450. BGH 5 StR 41/18 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Hamburg)**

Durch den Einsatz eines Spürhunds erzielte Ergebnisse als Beweisanzeichen mit geringem Beweiswert.

§ 261 StPO

**451. BGH 5 StR 52/18 – Beschluss vom 20. März 2018 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**452. BGH 5 StR 60/18 – Beschluss vom 21. März 2018 (LG Neuruppin)**

Vorrang der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt vor der Zurückstellung der Strafvollstreckung wegen einer der Rehabilitation dienenden Behandlung.

§ 64 StGB; § 35 BtMG

**453. BGH 5 StR 81/18 – Beschluss vom 20. März 2018 (LG Görlitz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**454. BGH 5 StR 383/17 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Potsdam)**

Fehlen einer hinreichend konkreten Bezeichnung des Einziehungsgegenstands; Auffangrechtserwerb und Härtefallprüfung nach altem Verfallsrecht.

§ 73 StGB a. F.; § 73c StGB a. F.; § 74 StGB; § 111i StPO a. F.

**455. BGH 5 StR 564/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**456. BGH 5 StR 585/17 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Bremen)**

Erfolgreiche Rüge der unterbliebenen Belehrung über die Möglichkeit eines Entfallens der Bindung des Gerichts an die Verständigung; notwendiger Tatsachenvortrag im Rahmen der Revisionsbegründung (Darlegungsanforderungen).

§ 257c Abs. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**457. BGH 5 StR 611/17 – Urteil vom 10. April 2018 (LG Hamburg)**

BGHSt; fortbestehende Möglichkeit zum Verzicht auf eine Einziehungsanordnung bei freiwilligem Verzicht auf Rückgabe von Betäubungsmittelerlösen nach Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung; keine Anwendbarkeit der Übergangsvorschriften auf Regelungen über die Einziehung.

§ 73 StGB; § 74 StGB; 316h EGStGB

**458. BGH 5 StR 622/17 – Beschluss vom 22. Februar 2018 (LG Dresden)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (rechtsfehlerhafte Strafzumessung bei fehlenden Feststellungen zum Wirkstoffgehalt; einheitliche Tat bei Veräußerung von durch einzelne Ankäufe erworbenen Betäubungsmittel in einheitlichen Umsatzgeschäften; Teilidentität).

§ 29 BtMG; § 46 StGB; § 52 StGB

**459. BGH 5 StR 652/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Görlitz)**

Vergewaltigung (Narkosemittel; gefährliches Werkzeug; Verwenden bei der Tat; sonstiges Werkzeug oder Mittel; Absicht zur Verhinderung oder Überwindung von Widerstand; Zeitpunkt der Fassung des Vergewaltigungsvorsatzes).

§ 177 Abs. 2, Abs. 7, Abs. 8 StGB