

## 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. Christoph Henckel, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg – **Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG bei normbezogenen Tatbeständen** (zugl. Besprechung zu BGH HRRS 2017 Nr. 749 und 968) S. 273

Richter am LG Jan Dehne-Niemann, Mannheim – **Zur Erstreckung des bedingten Strafantragerfordernisses aus § 183 Abs. 2 StGB auf § 183a StGB** S. 280

## Entscheidungen

- EuGH **Verstoß gegen Art. 325 AEUV durch Verfahrenseinstellungen (Kolev u.a.)**
- BVerfG **Vollzugslockerungen bei lebenslanger Freiheitsstrafe**
- BVerfG **Ende der Untersuchungshaft bei Überlastung der Justiz**
- BGH **Vollendete Erpressung bei der Abgabe eines Schuldscheins**
- BGH **Unmutsaufwallungen des Schöffen**
- BGH **Richterliche Hinweispflicht nach Änderung des § 265 StPO**
- BGH **Strafzumessungsdarstellung bei Untreue und Betrug**

Die Ausgabe umfasst 62 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, Juli 2018, Ausgabe

7

Rechtsprechung

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

### **544. EuGH C-612/15 – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 5. Juni 2018 (Kolev u.a.)**

Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 325 AEUV, wirksame Maßnahmen gegen Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union (hier Zollsachen) zu ergreifen (Verpflichtung nationaler Gerichte, nationale strafprozessuale Regelungen unangewendet zu lassen; Fortsetzung der Taricco-Rechtsprechung); Recht auf Akteneinsicht; Recht auf Zugang zu einem Verteidiger; Recht auf Verhandlung in angemessener Frist (Beurteilung nationaler Ermittlungshöchstfristen).

Art. 325 Abs. 1 AEUV; Art. 47 Abs. 2 GRC; Art. 48 Abs. 2 GRC; Art. 51 GRC; Art. 52 Abs. 3 GRC; Art. 6 EMRK; Art. 1 RL 2012/13/EU; Art. 6 RL 2012/13/EU;

Art. 7 RL 2012/13/EU; Art. 1 RL 2013/48/EU; Art. 3 RL 2013/48/EU; Art. 21 VO (EG) Nr. 450/2008; Art. 42 VO (EU) Nr. 952/2013; Beschluss 2007/436/EG, Euratom; § 332 StGB; § 334 StGB

1. Art. 325 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung, die ein möglicherweise zur Einstellung des Strafverfahrens führendes Verfahren wie das in den Art. 368 und 369 des Nakazatelnoprotsesualen kodeks (Strafprozessordnung) geregelte vorsieht, entgegensteht, soweit eine solche Regelung für Verfahren gilt, die wegen des Verdachts von schweren Betrügereien oder sonstigen schwerwiegenden rechtswidrigen Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union im Bereich der Zölle eingeleitet wurden. Es obliegt dem nationalen Gericht, Art. 325 Abs. 1 AEUV volle

Wirksamkeit zu verschaffen, indem es diese Regelung erforderlichenfalls unangewendet lässt, zugleich aber darauf achtet, dass die Grundrechte der Beschuldigten gewahrt bleiben. (EuGH)

2. Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren ist dahin auszulegen, dass er dem nicht entgegensteht, dass der Verteidigung erst nach Einreichung der Anklageschrift bei Gericht detaillierte Informationen über den Tatvorwurf erteilt werden, aber bevor das Gericht mit der inhaltlichen Prüfung des Tatvorwurfs beginnt und bevor die Verhandlung vor ihm aufgenommen wird, oder sogar nach Beginn der Verhandlung, aber vor dem Eintritt in die abschließende Beratung, falls die erteilten Informationen später geändert werden, vorausgesetzt, dass das Gericht alles Erforderliche unternimmt, um die Verteidigungsrechte und die Fairness des Verfahrens zu wahren.

3. Art. 7 Abs. 3 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass das nationale Gericht sich vergewissern muss, dass die Verteidigung tatsächlich die Möglichkeit zur Einsicht in die Verfahrensakte erhält, wobei diese Akteneinsicht gegebenenfalls nach Einreichung der Anklageschrift bei Gericht erfolgen kann, aber bevor das Gericht mit der inhaltlichen Prüfung des Tatvorwurfs beginnt und bevor die Verhandlung vor ihm aufgenommen wird, oder sogar nach Beginn der Verhandlung, aber vor dem Eintritt in die abschließende Beratung, falls im gerichtlichen Verfahren neue Beweise zu den Akten genommen werden, vorausgesetzt, dass das Gericht alles Erforderliche unternimmt, um die Verteidigungsrechte und die Fairness des Verfahrens zu wahren. (EuGH)

4. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs ist dahin auszulegen, dass er weder einer nationalen Regelung entgegensteht, die das nationale Gericht verpflichtet, einen von zwei beschuldigten Personen beauftragten Rechtsbeistand gegen deren Willen auszuschließen, wenn die Interessen dieser Personen in Konflikt stehen, noch das Gericht daran hindert, diesen Personen die Beauftragung eines neuen Rechtsbeistands zu gestatten oder gegebenenfalls zwei Pflichtverteidiger anstelle des ersten Rechtsbeistands zu bestellen. (EuGH)

5. Aus dem Wortlaut und dem Aufbau von Art. 267 AEUV folgt, dass das Vorabentscheidungsverfahren voraussetzt, dass beim nationalen Gericht tatsächlich ein Verfahren anhängig ist, in dessen Rahmen es eine Entscheidung erlassen muss, bei der das Vorabentscheidungsurteil des Gerichtshofs berücksichtigt werden kann. Dass ist nicht (mehr) der Fall, wenn ein Beschuldigter zwischenzeitlich verstirbt. Unter diesen Umständen ist auf die vorgelegten Fragen nicht zu antworten. (Bearbeiter)

6. Um den Schutz der finanziellen Interessen der Union zu gewährleisten, sind die Mitgliedstaaten nach Art. 325

AEUV i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Beschluss 2007/436/EG, Euratom verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die tatsächliche und vollständige Erhebung der Zölle sicherzustellen, was voraussetzt, dass Zollkontrollen ordnungsgemäß erfolgen können. (Bearbeiter)

7. Die Mitgliedstaaten können zwar frei wählen, welche Sanktionen sie anwenden. Sie müssen jedoch dafür sorgen, dass schwere Betrügereien oder sonstige schwerwiegende rechtswidrige Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union im Bereich der Zölle mit wirksamen und abschreckenden Strafen geahndet werden. (Bearbeiter)

8. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass die strafverfahrensrechtlichen Regelungen eine wirksame Ahndung der durch solche Machenschaften verwirklichten Straftaten ermöglichen. Es steht den nationalen Gerichten zwar frei, nationale Standards für den Schutz der Grundrechte anzuwenden. Dies steht aber unter anderem unter der Bedingung, dass dadurch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigt werden. (Bearbeiter)

9. Folgende strafprozessuale Regelungen sind geeignet, die Wirksamkeit der Strafverfolgung zu beeinträchtigen und die Ahndung von schweren Betrügereien oder sonstigen schwerwiegenden rechtswidrigen Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu verhindern, was im Widerspruch zu Art. 325 Abs. 1 AEUV steht:

Das nationale Gericht muss auf Antrag des Beschuldigten das Strafverfahren einstellen, wenn die Staatsanwaltschaft nach Ablauf einer Frist von zwei Jahren – zuzüglich Fristen von dreieinhalb Monaten bzw. einem Monat – die Ermittlungen nicht abgeschlossen und gegebenenfalls die schriftlichen Tatvorwürfe nicht verfasst und der Verteidigung nicht offengelegt, der Verteidigung keinen Zugang zur Verfahrensakte gewährt und dem Gericht keine Anklageschrift vorgelegt hat oder in diesem Rahmen Verstöße gegen wesentliche Verfahrensregeln im Sinne des nationalen Rechts begangen hat, die sie innerhalb der genannten Fristen nicht behoben hat.

Das nationale Gericht verfügt über keine Möglichkeit, je nach den besonderen Umständen des Einzelfalls, insbesondere aufgrund der Komplexität des Verfahrens und des Verhaltens der Beteiligten, die vorgesehenen Fristen zu verlängern.

Das nationale Gericht darf die Sache nicht inhaltlich prüfen und die etwaigen im Ermittlungsverfahren begangenen Verstöße gegen wesentliche Verfahrensregeln selbst beheben, selbst wenn die schädliche Wirkung dieser Verletzung der Verteidigungsrechte durch geeignete Maßnahmen im gerichtlichen Verfahren beseitigt werden könnte.

Von der Verteidigung geschaffene Hindernisse für die ordnungsgemäße Offenlegung der schriftlichen Tatvorwürfe und der Ermittlungsakte – einschließlich einer etwaigen Verzögerungstaktik der Verteidigung – hindern nicht den Ablauf der Fristen von dreieinhalb bzw. einem

Monat, über die die Staatsanwaltschaft verfügt, um die Ermittlungen abzuschließen und Anklage zu erheben, so dass diese Hindernisse zur Einstellung des Strafverfahrens führen können, wonach jede Fortführung der Strafverfolgung und jede neue Strafverfolgung ausgeschlossen ist. (Bearbeiter)

10. Die Durchführung von Art. 325 Abs. 1 AEUV ist als Durchführung des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta anzusehen. (Bearbeiter)

11. Es obliegt zunächst dem nationalen Gesetzgeber, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den Verpflichtungen aus Art. 325 AEUV nachzukommen. (Bearbeiter)

12. Auch nationale Gerichte müssen die volle Wirksamkeit der Verpflichtungen aus Art. 325 AEUV gewährleisten, indem sie entgegenstehende nationale Regelungen so weit wie möglich im Licht dieser Vorschrift in seiner Auslegung durch den Gerichtshof auslegen oder sie erforderlichenfalls unangewendet lassen. Sollten mehrere Maßnahmen in Betracht kommen, um die genannten Verpflichtungen zu erfüllen, obliegt es dem nationalen Gericht, zu entscheiden, welche dieser Maßnahmen es anwendet. Dabei ist darauf zu achten, dass die Grundrechte, die den Beschuldigten des Ausgangsverfahrens nach der GRC zustehen, gewahrt werden. (Bearbeiter)

13. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer ist nicht nach Maßgabe einer präzisen, abstrakt festgelegten Obergrenze zu bestimmen. Sie ist vielmehr anhand der Umstände jeder einzelnen Rechtssache, etwa der auf dem Spiel stehenden Interessen und der Komplexität der Angelegenheit oder auch des Verhaltens der zuständigen Behörden und der Verfahrensbeteiligten, zu beurteilen, wobei eine solche Komplexität oder eine Verzögerungstaktik der Verteidigung als Rechtfertigung für eine auf den ersten Anschein überlange Dauer dienen kann. (Bearbeiter)

14. Art. 6, 7 RL 2012/13/EU gewährleisten die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte und die Fairness des Verfahrens. Dieses Ziel erfordert, dass die beschuldigte Person detaillierte Informationen über den Tatvorwurf und Einsicht in die Verfahrensakte rechtzeitig erhält. Die Informationserteilung hat spätestens dann zu erfolgen und die Akteneinsicht ist spätestens dann zu gewähren, wenn die Verhandlung über die Begründetheit des Tatvorwurfs vor dem für die Entscheidung hierüber zuständigen Gericht tatsächlich beginnt. (Bearbeiter)

15. RL 2012/13 spricht nicht dagegen, dass das Gericht die erforderlichen Maßnahmen zur Behebung eines Verstoßes ergreift, soweit dabei die Verteidigungsrechte und das Recht auf ein faires Verfahren gewahrt bleiben. (Bearbeiter)

16. Das nationale Gericht ist verpflichtet, einen angemessenen Ausgleich herzustellen zwischen einerseits der Wahrung der Verteidigungsrechte und andererseits der Notwendigkeit, die Effektivität der Strafverfolgung und die Ahndung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu gewährleisten und dafür zu sorgen, dass das Verfahren innerhalb einer angemessenen

Frist abgeschlossen wird, wobei gegebenenfalls zu berücksichtigen ist, dass die Verteidigung den geordneten Ablauf des Verfahrens gezielt behindert. (Bearbeiter)

17. Art. 48 Abs. 2 GRC entspricht Art. 6 Abs. 3 EMRK und hat nach Art. 52 Abs. 3 GRC dieselbe Bedeutung und dieselbe Tragweite. (Bearbeiter)

18. Das Recht auf Zugang zu einem Verteidiger räumt dem Betroffenen zwar die Möglichkeit ein, auf einen Verteidiger seiner Wahl zurückzugreifen. Diese Möglichkeit besteht aber nicht absolut. Sie kann also gewissen Einschränkungen unterworfen werden, vorausgesetzt, dass diese gesetzlich vorgesehen sind, einem im Allgemeininteresse stehenden Ziel dienen und in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stehen. (Bearbeiter)

### **602. BVerfG 2 BvR 287/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Mai 2018 (OLG Karlsruhe / LG Karlsruhe)**

Lebenslange Freiheitsstrafe und vollzugsöffnende Maßnahmen (Resozialisierungsgebot; Vollzugslockerungen; Ausführungen; Außenbeschäftigung; Versagung nur bei konkreter Flucht- oder Missbrauchsgefahr; Begleitung durch Justizvollzugsbedienstete; keine Koppelung von Vollzugslockerungen an ein Behandlungskonzept); Recht auf effektiven Rechtsschutz (Absehen von einer Entscheidungsbegründung durch das Rechtsbeschwerdegericht; Leerlaufen der Rechtsbeschwerde; offenkundiges Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 9 Abs. 2 JVollzGB BW III; § 119 Abs. 3 StVollzG

1. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, den Strafvollzug auf das Ziel der Resozialisierung auszurichten, schädlichen Auswirkungen insbesondere eines langjährigen Freiheitsentzuges entgegenzuwirken und die Tüchtigkeit des Inhaftierten für ein Leben in Freiheit zu erhalten und zu festigen. Dies gilt auch bei der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe.

2. Der Wiedereingliederung dienen unter anderem die Vorschriften über Vollzugslockerungen beziehungsweise vollzugsöffnende Maßnahmen. Auch wenn bei einem Strafgefangenen noch keine konkrete Entlassungsperspektive besteht, können zumindest Lockerungen in Form von Ausführungen verfassungsrechtlich geboten sein.

3. Die Versagung von Lockerungen darf daher nicht auf lediglich abstrakte Wertungen gestützt werden. Vielmehr sind im Rahmen einer Gesamtwürdigung konkrete Anhaltspunkte darzulegen, die geeignet sind, eine Flucht- oder Missbrauchsgefahr in der Person des Gefangenen zu begründen. Dabei ist die bei einer Ausführung oder Außenarbeit vorgesehene Begleitung durch Justizvollzugsbedienstete regelmäßig geeignet, einer Flucht- oder Missbrauchsgefahr wirksam zu begegnen.

4. Hat ein Strafgefangener bereits beanstandungsfrei Ausführungen und Außenarbeitseinsätze wahrgenommen und wird er hierfür von der Vollzugsanstalt auch weiter-

hin als geeignet angesehen, so verletzt die Versagung erneuter Lockerungen das Resozialisierungsgebot, wenn sie sich (lediglich) darauf stützt, dass der Gefangene die Verlegung in eine gesonderte Diagnose- und Prognosestation verweigert. Denn Vollzugslockerungen sind keine Behandlungsmaßnahmen, deren Gewährung von der vorherigen Erstellung eines Behandlungskonzepts abhängig gemacht werden kann.

5. Sieht das Rechtsbeschwerdegericht von einer Begründung seiner Entscheidung ab, so ist dies mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nur vereinbar, wenn dadurch die gesetzlich eröffnete Beschwerdemöglichkeit nicht leer läuft. Dies ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung bestehen, etwa weil die Entscheidung offenkundig von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweicht.

**604. BVerfG 2 BvR 819/18 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2018 (OLG Dresden)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Unschuldsumutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des Beschuldigten und den unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung; Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Beginn der Hauptverhandlung regelmäßig spätestens drei Monate nach Eröffnungsreife; keine Rechtfertigung von dem Staat zurechenbaren Verfahrensverzögerungen durch Schwere der Tat oder längerfristige Überlastung des Gerichts; ausreichende Personalausstattung als verfassungsrechtliche Verpflichtung der Justizverwaltung; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; verspätete Errichtung einer Entlastungskammer; ungerechtfertigte Verzögerungen im Zwischenverfahren; unzureichende Verhandlungsdichte; keine verfahrensübergreifende Betrachtung bei paralleler Verhandlung sachlich zusammenhängender, aber nicht verbundener Verfahren).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 112 StPO; § 121 Abs. 1 StPO

1. Die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ist wegen der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsumutung nur ausnahmsweise zulässig, wenn die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung den Freiheitsanspruch des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

2. Die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte müssen alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um mit der gebotenen Schnelligkeit die notwendigen Ermittlungen abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen. Im Falle der Entscheidungsreife ist über die Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung zu beschließen und anschließend im Regelfall innerhalb von weiteren drei Monaten mit der Hauptverhandlung zu beginnen.

3. Allein die Schwere der Straftat und die sich daraus ergebende Straferwartung vermag jedenfalls bei erhebli-

chen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verfahrensverzögerungen die Fortdauer einer ohnehin bereits lang andauernden Untersuchungshaft nicht zu rechtfertigen.

4. Anders als unvorhersehbare Zufälle und schicksalhafte Ereignisse kann eine nicht nur kurzfristige Überlastung eines Gerichts die Haftfortdauer niemals rechtfertigen. Dies gilt selbst dann, wenn die Überlastung auf einem Geschäftsanfall beruht, der sich trotz Ausschöpfung aller gerichtsorganisatorischen Mittel und Möglichkeiten nicht mehr innerhalb angemessener Fristen bewältigen lässt. Die Justizverwaltung ist insoweit verfassungsrechtlich verpflichtet, die Gerichte in einer Weise mit Personal auszustatten, die eine rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung erlaubt.

5. Haftfortdauerentscheidungen unterliegen von Verfassungs wegen einer erhöhten Begründungstiefe und erfordern regelmäßig schlüssige und nachvollziehbare Ausführungen zum Fortbestehen der Voraussetzungen der Untersuchungshaft, zur Abwägung zwischen Freiheitsgrundrecht und Strafverfolgungsinteresse sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit.

6. Befindet sich der Angeklagte bei Beginn der Hauptverhandlung bereits über ein Jahr in Untersuchungshaft, so ist das Beschleunigungsgebot in Haftsachen verletzt, wenn trotz einer bereits bekannten Überlastungssituation der zuständigen Strafkammer erst zwei Monate nach Anklageerhebung eine Entlastungskammer errichtet wird, welche ohne tragfähigen Grund erst nach knapp fünf weiteren Monaten das Hauptverfahren eröffnet.

7. Eine Verhandlungsdichte von durchschnittlich weniger als einem Sitzungstag pro Woche genügt den Beschleunigungsanforderungen auch dann nicht, wenn dieselbe Strafkammer parallel zu der Haftsache ein weiteres Strafverfahren verhandelt, welches zwar sachlich mit der Haftsache zusammenhängt, jedoch gerade nicht mit dieser verbunden worden ist. Eine verfahrensübergreifende Betrachtung rechtfertigt die verzögerte Durchführung der Hauptverhandlung nicht.

**603. BVerfG 2 BvR 375/17, 2 BvR 1785/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Juni 2018 (BGH / LG Hamburg)**

Keine „Ahndungslücke“ durch Verweisung einer Blankettstrafnorm des Wertpapierhandelsgesetzes auf eine zunächst noch nicht anwendbare Vorschrift der unionsrechtlichen Marktmissbrauchsverordnung (leichtfertige Marktmanipulation; Bestimmtheitsgebot; Folgeentscheidung zu HRRS 2018 Nr. 463).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG; § 52 WpHG; § 2 Abs. 3 StGB; § 4 Abs. 3 OWiG; Art. 15 MAR

1. Die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Auslegung des § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG in der Fassung des Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes, wonach für vor dem 3. Juli 2016 begangene Straftaten nach dem Wertpapierhandelsgesetz keine „Ahndungslücke“ bestanden hat (BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16 –

[= HRRS 2017 Nr. 190]), verstößt nicht gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.

2. § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG a. F., welcher Verstöße gegen die Marktmissbrauchsverordnung (MAR) durch Marktmanipulationen entgegen Art. 15 der Verordnung sanktioniert, erlaubt auch die Ahndung vor dem 3. Juli 2016 begangener Verstöße, wenngleich die in Bezug genommene Vorschrift am 2. Juli 2016 zwar bereits in Kraft getreten, europarechtlich allerdings noch nicht anwendbar war. Eine Strafbarkeitslücke für Altfälle (§ 2 Abs. 3 StGB) besteht nicht (Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17 – [= HRRS 2018 Nr. 463]).

### **605. BVerfG 2 BvR 1161/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Mai 2018 (OLG Düsseldorf / LG Düsseldorf)**

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; steigende Begründungsanforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer; keine bloße Wiedergabe der gutachterlichen Stellungnahme der Maßregelvollzugsklinik ohne eigene Bewertung durch das Gericht; Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht als mildere Maßnahmen); einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose (Gefahr erheblicher rechtswidriger Taten; Konkretisierung von Art und Wahrscheinlichkeit künftig zu erwartender Delikte; Spezifizierung der Delikte nach dem Straftatbestand innerhalb der Bandbreite der Sexualstraftaten; deutlich höhere Gefahr von „Hands-off“-Übergriffen im Vergleich zu „Hands-on“-Delikten; fehlende Erörterung von Umständen des Einzelfalls; über 20 Jahre andauernde Unterbringung). Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB

1. Die Freiheit der Person darf nur aus besonders gewichtigen Gründen und unter strengen formellen Gewährleistungen eingeschränkt werden. Zu diesen wichtigen Gründen gehören in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters, von dem infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind, in einem psychiatrischen Krankenhaus.

2. Bei der Entscheidung über die Fortdauer einer Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Untergebrachten einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden. Dabei ist die mögliche Gefährdung der Allgemeinheit zur Dauer des erlittenen Freiheitsentzugs in Beziehung zu setzen.

3. Die Beurteilung hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche Art rechtswidriger Taten von dem Untergebrach-

ten drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist (Häufigkeit und Rückfallfrequenz) und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Die von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr ist hinreichend zu konkretisieren; Art und der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten sind zu bestimmen. Abzustellen ist dabei auf das frühere Verhalten des Untergebrachten, die von ihm bislang begangenen Taten und die seit der Anordnung der Maßregel veränderten Umstände.

4. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitsentzug die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

5. Eine Gefahrprognose genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, wenn der Fortdauerbeschluss lediglich die entsprechenden Ausführungen in der gutachterlichen Stellungnahme der Maßregelvollzugsklinik wiedergibt, ohne dass erkennbar wird, welche Straftaten aus Sicht der Strafvollstreckungskammer mit welcher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind.

6. Die von einem Untergebrachten ausgehende Gefahr ist nicht hinreichend konkretisiert, wenn lediglich die „fortbestehende hohe Gefahr weiterer erheblicher Sexualstraftaten“ festgestellt wird, ohne dass dargelegt wird, welche Handlungen innerhalb der Bandbreite der in den §§ 174 ff. StGB geregelten Straftaten, deren Straffrahmen von Geldstrafe bis zu lebenslanger Freiheitstrafe reicht, im Einzelnen zu erwarten sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn der herangezogene Sachverständige eine deutlich höhere Gefahr von „Hands-off“-Übergriffen im Vergleich zu „Hands-on“-Delikten angenommen hat.

7. Eine Fortdauerentscheidung genügt im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit nicht den Darlegungsanforderungen, wenn unerörtert bleibt, dass die Dauer der bereits seit über 20 Jahren vollzogenen Unterbringung die zugleich verhängte Jugendstrafe um ein Vielfaches überstiegt und dass der zur Tatzeit 19 Jahre alte Betroffene mehr als die Hälfte seines Lebens im Maßregelvollzug verbracht hat. Nichts anderes gilt, wenn die Strafvollstreckungskammer sich weder zu dem Behandlungsverlauf in seiner Gesamtheit noch zu den verbleibenden Therapieaussichten äußert.

8. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch geeignete Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann. Entsprechende Ausführungen sind insbesondere dann erforderlich, wenn sowohl der herangezogene Sachverständige als auch die Vollzugseinrichtung die Perspektive einer Unterbringung in einer betreuten Wohnrichtung aufgezeigt haben.

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 597. BGH 5 StR 108/18 – Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Berlin)

Versuchsbeginn beim schweren Bandendiebstahl (unmittelbares Ansetzen durch Klingeln an der Wohnungstür des potenziellen Opfers; wesentliche Zwischenakte); Verabredung zum Verbrechen; Verhinderung eines Schöffen wegen Erholungsurlaub (Unzumutbarkeit der Dienstleistung; berufliche Gründe; Prüfungsumfang; Willkür).

§ 336 StPO; § 54 VVG; § 22 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 244a StGB

1. Ist der Tatplan darauf gerichtet, nach dem Eindringen in eine Wohnung diese nach stehleiswerten Gegenständen zu durchsuchen, um diese dann vom abgelenkten Wohnungsinhaber unbemerkt wegzunehmen, begründet das Klingeln an der Wohnungstür regelmäßig noch kein unmittelbares Ansetzen zum Versuch (§ 22 StGB). Vielmehr bilden das erforderliche Betreten der Wohnung und das Ablenken des Wohnungsinhabers noch wesentliche Zwischenakte, die der Annahme des Versuchsbeginns entgegenstehen. Eine andere Bewertung kann angezeigt sein, wenn der Wohnungsinhaber unmittelbar nach dem erwarteten Türöffnen mit Raubgewalt genötigt werden soll.

2. Der BGH überprüft die Entbindung von Schöffen lediglich am Maßstab der Willkür (vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 891). Während berufliche Gründe insoweit nur ausnahmsweise die Verhinderung eines Schöffen rechtfertigen können, ist der auf anberaumte Sitzungstage fallende und mit Ortsabwesenheit einhergehende Erholungsurlaub eines Schöffen ein Umstand, der regelmäßig zur Unzumutbarkeit der Dienstleistung führt. Bei der antragsgemäßen Entbindung eines Schöffen aufgrund eines von diesem angezeigten Urlaubs liegt deshalb Willkür in aller Regel fern. Macht der Schöffe einen derartigen Verhinderungsgrund geltend, darf der Vorsitzende sich mit seiner Erklärung begnügen, wenn er sie für glaubhaft und weitere Nachforschungen für überflüssig hält.

### 576. BGH 3 StR 130/18 – Beschluss vom 15. Mai 2018 (LG Hannover)

Beteiligung am Begehungsdelikt durch Unterlassen (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe; innere Haltung zur Tat; Interesse am Taterfolg; Unterordnung im Willen; Tatherrschaft; wertende Gesamtbetrachtung; Vergleichbarkeit mit Abgrenzung beim Begehungsdelikt); Garantenpflicht aus Ingerenz bei sog. Folgetaten (Beteiligung an vorausgehender Tat; Schaffung einer naheliegenden Gefahr des Erfolgseintritts;

anders geartete Folgetaten; versuchte räuberische Erpressung nach mittäterschaftlich begangenen Betrug).

§ 13 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 263 StGB

1. Für die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen gelten vergleichbare Maßstäbe wie beim positiven Tun. Entscheidend für die Abgrenzung ist die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft. War seine aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung – insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg – als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von Mittäterschaft nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden, etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag, im Willen unterordnete, und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe.

2. Eine Garantenstellung wegen Ingerenz mit Blick auf sog. „Folgetaten“ wird nicht schon ohne weiteres dadurch begründet, dass der potenzielle Garant an der Begehung von vorausgegangenen (hier: als Mittäter) beteiligt war. Erforderlich ist vielmehr, dass das Vorverhalten zu einer Gefahrenerhöhung im Sinne einer naheliegenden Gefahr des Erfolgseintritts führt. Das ist bei anders gearteten Folgetaten – hier einer versuchten räuberischen Erpressung nach einem Betrug – regelmäßig nicht der Fall.

### 565. BGH 2 StR 428/17 – Urteil vom 25. April 2018 (LG Frankfurt am Main)

Vorsatz (Maßstab des bedingten Tötungsvorsatzes; richterliche Würdigung äußerst gefährlicher Gewalt-handlungen; richterliche Würdigung ambivalenter Beweisanzeichen).

§ 15 StGB

1. Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen. Die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ist dabei ein wesentlicher Indikator für das Vorliegen beider Elemente des bedingten Tötungsvorsatzes. Hinsichtlich des Willenselements sind neben der konkre-

ten Angriffsweise regelmäßig auch die Persönlichkeit des Täters, sein psychischer Zustand zum Tatzeitpunkt und seine Motivation mit in die erforderliche umfassende Gesamtbetrachtung einzubeziehen.

2. Bei einer äußerst gefährlichen Gewalthandlung, die insbesondere anzunehmen ist, wenn der Täter auf das Tatopfer mit einer scharfen Schusswaffe schießt, liegt es zwar nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei zu Tode kommen, und dass er, weil er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt oder fortsetzt, einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt. Dies enthebt den Tatrichter indes nicht von der Verpflichtung, die subjektive Tatseite unter Berücksichtigung aller für und gegen sie sprechenden Umstände sorgfältig zu prüfen.

3. Zwar kann eine Alkoholisierung geeignet sein, die Hemmschwelle für besonders gravierende Gewalthandlungen herabzusetzen, und damit zu einem Umstand werden, der für die billigende Inkaufnahme eines Todeserfolgs spricht. Eine alkoholische Beeinflussung des Täters zur Tatzeit kann aber durchaus auch dazu führen, dass dieser das in seinem Tun enthaltene Risiko einer Tötung falsch einschätzt. Erweist sich damit ein Beweisanzeichen ambivalent, ist eine rechtlich vertretbare tatrichterliche Entscheidung darüber, in welchem der möglichen, zueinander in einem Gegensatz stehenden Beweiszusammenhänge ein solcher Umstand im konkreten Fall indizielle Bedeutung entfaltet, vom Revisionsgericht hinzunehmen.

### 568. BGH 2 StR 559/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Erfurt)

Täterschaft (Mittäterschaft: Maßstab); Anrechnung (Anrechnungsmaßstab für eine in der Sache erlittene Freiheitsentziehung).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

1. Bei der Beteiligung mehrerer Personen ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass dieser als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert zwar nicht zwingend eine eigene Mitwirkung am Kerngeschehen; ausreichen kann auch eine die Tatbestandsverwirklichung fördernde Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist auf Grund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen. Wesentliche Anhaltspunkte können dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zu ihr sein.

2. Gemäß § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB hat das Gericht den Anrechnungsmaßstab für eine in dieser Sache erlittene Freiheitsentziehung zu bestimmen. Dies muss auch in der Urteilsformel zum Ausdruck gebracht werden.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 550. BGH 1 StR 467/17 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Mannheim)

Erpressung (Begriff der Drohung: konkludente Drohung durch Ausnutzung eines bereits zugefügten Übels; Vermögensnachteil durch Abgabe eines Schuldscheins); Hehlerei (Hehlerei durch Betrug gegenüber dem Vortäter: Konkurrenzverhältnis zum Betrug).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 780 BGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1. Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch die Abgabe eines schriftlichen Anerkenntnisses einer nicht bestehenden Verbindlichkeit (Schuldschein) bereits ein Vermögensnachteil im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB begründet werden (vgl. BGHSt 34, 394, 395). Dies setzt allerdings eindeutige Feststellungen des Tatgerichts voraus, dass das Tatopfer tatsächlich eine nicht bestehende Verbindlichkeit schriftlich anerkannt hat.

2. Eine Drohung ist die Ankündigung eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder

zu haben vorgibt. Sie kann auch konkludent erfolgen (vgl. BGH NJW 1984, 1632). Dem Grunde nach kann auch die Ausnutzung eines bereits zugefügten Übels von dritter Seite eine konkludente Drohung enthalten. Empfindlich ist ein angedrohtes Übel allerdings nur dann, wenn der in Aussicht gestellte Nachteil so erheblich ist, dass seine Ankündigung den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens motivieren kann (vgl. BGH NJW 2014, 401, 403 Rn. 51).

3. Bei einer Hehlerei liegt gegenüber einem durch die gleiche Handlung begangenen Betrug weder ein Fall der Spezialität, der Subsidiarität noch ein solcher der Konsumtion vor.

### 577. BGH 3 StR 148/18 – Beschluss vom 3. Mai 2018 (LG Stade)

Aneignungskomponente bei der Absicht rechtswidriger Zueignung (Diebstahl; Raub; Sachsubstanz; Sachwert; körperlich oder wirtschaftliche; Einverleibung in das Vermögen; Verwendung als Druckmittel für die Durchsetzung von Schulden); Bereicherungsabsicht bei Er-

langung einer als Pfand zur Durchsetzung nicht bestehender Forderungen verwendeten Sache (Erpressung; Betrug).

§ 242 StGB; § 249 StGB; § 253 StGB; § 263 StGB

1. Für die Aneignungskomponente des Zueignungsbegriffs (§§ 242, 249 StGB) genügt, dass der Täter die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers körperlich oder wirtschaftlich für sich oder den Dritten haben und sie der Substanz oder dem Sachwert nach seinem Vermögen oder dem des Dritten „einverleiben“ bzw. zuführen will. Dagegen ist nicht erforderlich, dass der Täter oder der Dritte die Sache auf Dauer behalten soll oder will. Wer eine Sache wegnimmt, um sie als Druckmittel für die Durchsetzung von Schulden einzusetzen, strebt daher eine Aneignung in diesem Sinne regelmäßig nicht an.

2. Derjenige, der die Herausgabe einer Sache als Pfand zur Sicherung einer nicht existenten Forderung erzwingt, erlangt durch den Besitz unmittelbar einen dem Besitzverlust stoffgleichen vermögenswerten Vorteil und verwirklicht somit in der Regel das subjektive Merkmal der Bereicherungsabsicht i.S.d. §§ 253, 263 StGB. Anders liegen demgegenüber Fälle, in denen ein Anspruch tatsächlich besteht oder der Täter von seinem Bestehen ausgeht.

**574. BGH 4 StR 624/17 – Beschluss vom 26. April 2018 (LG Essen)**

Brandstiftung (teilweise Zerstörung eines Gebäudes).

§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Ein Gebäude ist teilweise zerstört, wenn es für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht wird, wenn ein für die ganze Sache zwecknötiger Teil unbrauchbar wird oder wenn einzelne Bestandteile der Sache, die für einen selbständigen Gebrauch bestimmt oder eingerichtet sind, gänzlich vernichtet werden. Dafür genügen

brandbedingte Schäden in Kellerräumen eines Wohnhauses, wenn diese wegen der Beeinträchtigungen für einen gewissen Zeitraum nicht ihrer sonstigen Bestimmung entsprechend verwendet werden können. Ob ein Zerstörungserfolg vorliegt, muss der Tatrichter nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der konkreten Nutzungszwecke beurteilen. Er hat objektiv anhand des Maßstabs eines „verständigen Wohnungsinhabers“ zu bewerten, ob die Zeitspanne der Nutzungseinschränkung oder -aufhebung für eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung ausreicht. Der Zeitraum muss beträchtlich sein; wenige Stunden oder ein Tag reichen nicht.

**594. BGH 3 StR 658/17 – Beschluss vom 3. Mai 2018 (LG Trier)**

Körperlich schwere Misshandlung bei der besonders schweren Vergewaltigung (hohe Anforderungen; Verhältnis zur schweren Körperverletzung und zur rohen Misshandlung; gravierende Beeinträchtigung der körperlichen Integrität und des körperlichen Wohlbefindens; erhebliche Schmerzen).

§ 177 Abs. 4 StGB aF; § 177 Abs. 8 StGB nF

Da § 177 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. a StGB aF (§ 177 Abs. 8 Nr. 2 Buchst. a StGB nF) einerseits die zu verhängende Mindeststrafe im Vergleich zu § 177 Abs. 1 StGB aF wie zu § 177 Abs. 2 StGB aF in beträchtlichem Umfang erhöht, andererseits nach der gesetzlichen Unrechtsbewertung mit der Verursachung einer tatbedingten konkreten Todesgefahr im Sinne des § 177 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b StGB aF auf einer Stufe steht, dürfen die insoweit zu stellenden Anforderungen nicht zu niedrig angesetzt werden. Die körperliche Integrität bzw. das körperliche Wohlbefinden des Opfers müssen in gravierender, mit erheblichen Schmerzen verbundenen Weise beeinträchtigt sein. Ein Erfolg im Sinne des § 226 Abs. 1 StGB muss zwar nicht eintreten, eine rohe Misshandlung im Sinne von § 225 Abs. 1 StGB reicht aber nicht aus.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**545. BGH 1 StR 116/18 – Beschluss vom 4. April 2018 (LG Aschaffenburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: fehlende bzw. eingeschränkte Schuldfähigkeit; Darstellung im Urteil); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (regelmäßig fehlende Aussicht auf Therapieerfolg bei schizophrener Psychose des Unterzubringenden).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 6 StPO; § 64 StGB

1. Die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit eines nach § 63 StGB Unterzubringenden zur Tatzeit bzw. zu den Tatzeiten aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfordert grundsätzlich eine mehrstufige Prüfung (st. Rspr.). Nach der Feststellung, bei dem Täter liegt eine psychische Störung vor, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist, bedarf es näherer Feststellungen zum Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss

auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters. Aufgrund der festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei Begehung der Anlasstaten in relevanter Weise beeinträchtigt gewesen sein.

2. Die Frage, ob bei Vorliegen eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB bei gesichertem Vorliegen eines psychiatrischen Befunds die Schuldfähigkeit des Täters aufgehoben oder im Sinne von § 21 StGB erheblich beeinträchtigt war, ist eine Rechtsfrage. Um sie beantworten zu können und zudem eine revisionsgerichtliche Kontrolle der tatgerichtlichen Entscheidung darüber zu ermöglichen, bedarf es im Urteil des Tatgerichts konkretisierender und widerspruchsfreier Darlegungen dazu, in welcher Weise sich die festgestellte Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Täters in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (st. Rspr.). Solche Darlegungen sind im Rahmen der Unterbringungsanordnung auch deshalb geboten, weil die im Rahmen des § 63 StGB zu erstellende Gefährlichkeitsprognose maßgeblich auch an den Zustand des Täters bei Begehung der Anlasstaten anknüpft (vgl. BGH NJW 2016, 341 f.).

3. Typischerweise wird eine schizophrene Psychose, die sich gegenüber einem ebenfalls vorhandenen schädlichen Gebrauch von Alkohol als führendes Störungsbild erweist, der für die Anordnung des § 64 StGB erforderlichen hinreichenden Aussicht auf einen Therapieerfolg entgegenstehen (vgl. BGH StV 2017, 592 f. mwN).

**595. BGH 3 StR 664/17 – Beschluss vom 15. Mai 2018 (LG Oldenburg)**

Keine Einziehung des ausschließlich von einem Mittäter bei einer Körperverletzung genutzten Messers; Anwendbarkeit des neuen Rechts auf die Einziehung von Tatgegenständen.

§ 74 StGB; § 316h EGStGB

Durch die Neuregelungen in dem Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 ist die Rechtslage betreffend die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten inhaltlich nicht geändert worden. Es gilt deshalb nicht die Übergangsregelung in § 316h EGStGB. Vielmehr finden auch § 2 Abs. 5 StGB die Regelungen des § 2 Abs. 1 bis 4 StGB und es ist im Grundsatz das mildere Recht anzuwenden.

**553. BGH 1 StR 633/17 – Beschluss vom 16. Mai 2018 (LG Weiden i. d. Oberpfalz)**

Einziehung von Taterträgen (Anwendbarkeit neuen Rechts: Entscheidung über die Anordnung des Verfalls auch bei nicht begründetem Unterbleiben einer Anordnung).

§ 73 StGB; Art. 316h Satz 2 EGStGB

Eine „Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder Verfalls von Wertersatz“ im Sinne von Art. 316h Satz 2 EGStGB ist auch die Nichtanordnung einer dieser Maßnahmen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Tatgericht eine Verfallsanordnung ausdrücklich geprüft und in den Urteilsgründen dargelegt hat, welche der tatbestandlichen Voraussetzungen es für nicht gegeben hielt. Denn auch das nicht begründete Unterbleiben einer Verfallsanordnung oder einer Anordnung des Ver-

falls von Wertersatz ist eine hierzu ergangene „Entscheidung“ im Sinne der Übergangsvorschrift.

**551. BGH 1 StR 75/18 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Tübingen)**

Strafzumessung (Berücksichtigung der Schwere der konkreten Tat bei mehreren Taten).

§ 46 StGB

Bei der konkreten Strafzumessung ist in erster Linie die Schwere der konkreten Tat und den Grad der persönlichen Schuld des Täters zu Grunde zu legen (st. Rspr.). Selbst wenn es dem Tatgericht nicht möglich sein sollte, bei mehreren Taten erschwerend zu berücksichtigende Umstände konkreten Taten zuzuordnen, widerspricht es den Grundsätzen der Strafzumessung, diese zusätzlichen Umstände bei der Strafzumessung pauschal für sämtliche Taten zu berücksichtigen.

**558. BGH 2 StR 24/18 – Beschluss vom 10. April 2018 (LG Erfurt)**

Anstiftung (Grundsatz der Akzessorietät: Berücksichtigung bei der Strafzumessung).

§ 26 StGB

Dem Anstifter kommt wegen des Grundsatzes der Akzessorietät der Anstiftung auch bei der Strafzumessung die weniger schwerwiegende Tatbestandsverwirklichung des Täters zu Gute.

**555. BGH 1 StR 654/17 – Urteil vom 5. April 2018 (LG Hof)**

Bemessung einer nachträglichen Gesamtstrafe (Darstellung im Urteil: keine erforderliche Darstellung des Lebenssachverhalts und der Strafzumessungserwägung der einbezogenen Tat); Strafaussetzung zur Bewährung (erforderliche Gesamtbetrachtung aller Lebensumstände; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 56 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

Die Gesamtstrafenbildung ist im Urteil gesondert zu begründen (vgl. BGHSt 24, 268, 271). Bei der Einbeziehung einer Strafe aus einem früheren Urteil müssen dabei aber nicht notwendigerweise der Lebenssachverhalt, welche der damals abgeurteilten Tat zugrunde lag, und die Strafzumessungserwägungen des einbezogenen Urteils im neuen Urteil wiedergegeben werden. Erforderlich ist es jedoch, die in dem früheren Urteil abgeurteilte Tat und die verhängte Strafe konkret zu bezeichnen und sie mit den neuen Taten und den bei der Bildung der neuen Einzelstrafen erörterten Gesichtspunkten zusammen in einer kurzgefassten Darstellung abzuwägen. Auch insoweit bedarf es nur der Darlegung der bestimmenden Zumessungsgründe, wobei sich dies in einfach gelagerten Fällen auf wenige Hinweise beschränken kann (vgl. BGHSt 24, 268, 271).

**563. BGH 2 StR 71/18 – Beschluss vom 11. April 2018 (LG Bonn)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Persönlichkeitsstörung als schwere andere seelische Abartigkeit).

§ 20 StGB

1. Eine Persönlichkeitsstörung kann die Annahme einer schweren anderen seelischen Abartigkeit nur dann be-

gründen, wenn sie, wie das Landgericht nicht verkannt hat, Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben eines Angeklagten vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen wie eine krankhafte seelische Störung. Als Gründe für die Einstufung einer Persönlichkeitsstörung als „schwere andere seelische Abartigkeit“ kommen erhebliche Auffälligkeiten der affektiven Ansprechbarkeit bzw. der Affektregulation, der Einengung der Lebensführung bzw. Stereotypisierung des Verhaltens, die durchgängige oder wiederholte Beeinträchtigung der Beziehungsgestaltung und der psychosozialen Leistungsfähigkeit durch affektive Auffälligkeiten, Verhaltensprobleme sowie unflexible, unangepasste Denkstile, die durchgehende Störung des Selbstwertgefühls oder die deutliche Schwäche von Abwehr- und Realitätsprüfungsmechanismen in Betracht. Handelt es sich um ein eher unspezifisches Störungsbild, wird der Grad einer „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ regelmäßig erst dann erreicht, wenn der Täter aus einem mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt hat.

2. Der Begriff der kombinierten Persönlichkeitsstörung aus dissozialer, narzisstischer Störung einerseits und emotional instabiler Persönlichkeit (Borderline) andererseits besagt für sich genommen wenig. Gerade bei Persönlichkeitsstörungen, die eine Vielzahl auch normalpsychologisch wirksamer Ausprägungen und Beeinträchtigungen des Verhaltens beschreiben und typisierend zusammenfassen, bedarf es einer näheren Beschreibung und Eingrenzung des psychischen Defekts.

**561. BGH 2 StR 409/17 – Urteil vom 28. Februar 2018 (LG Kassel)**

Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten (Wesentlichkeit des Aufklärungsbeitrages).  
§ 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

1. Die Milderung des Strafrahmens gemäß § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ist nur gerechtfertigt, wenn der Angeklagte mit seiner Einlassung nach der Festnahme wesentlich zur Aufklärung der Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus beigetragen hat. Bei der Wesentlichkeit der Aufklärungshilfe handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der revisionsgerichtlicher Nachprüfung unterliegt.

2. Wesentlichkeit ist zu bejahen, wenn die Tat ohne den Aufklärungsbeitrag nicht oder nicht im gegebenen Umfang aufgeklärt worden wäre, die Aussage des Täters jedenfalls aber eine sicherere Grundlage für die Aburteilung der Tatbeteiligten schafft, indem sie den Strafverfolgungsbehörden die erforderliche Überzeugung vermittelt, dass ihre bisherigen Erkenntnisse zutreffen.

**593. BGH 3 StR 639/17 – Beschluss vom 28. Mai 2018 (LG Krefeld)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegungserfordernisse; Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Auswirkung der psychischen Störung auf Handlungsmöglichkeiten; wesentliche Gesichtspunkte; Ermöglichung der revisionsgerichtlichen Überprüfung).

§ 63 StGB

Die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB erfordert auf der Ebene der Darlegungsanforderungen stets eine konkretisierende Darstellung, in welcher Weise sich die näher festgestellte psychische Störung bei Begehung der jeweiligen Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat. Das Tatgericht ist dabei verpflichtet, die wesentlichen Gesichtspunkte in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

**585. BGH 3 StR 166/18 – Beschluss vom 17. Mai 2018 (LG Duisburg)**

Hang zum Konsum berauschender Mittel (soziale Gefährdung oder Gefährlichkeit; Beeinträchtigungen der Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit; Fehlen ausgeprägter Entzugssymptome; Intervalle der Abstinenz; Konsum von Zeit zu Zeit oder bei passender Gelegenheit; Symptomwert der Anlasstat).

§ 64 StGB

Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln (vgl. § 64 StGB) ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betreffende aufgrund seiner Neigung sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Das Fehlen erheblicher Beeinträchtigungen der Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betreffenden schließt nicht notwendigerweise die Annahme eines Hangs aus. Ebenso wenig stehen das Fehlen ausgeprägter Entzugssymptome oder Intervalle der Abstinenz der Annahme eines Hangs nicht entgegen. Er setzt schließlich 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.

**600. BGH StB 12/18 – Beschluss vom 30. Mai 2018 (OLG Stuttgart)**

Fortdauer der Untersuchungshaft nach mehr als zwei Jahren und vier Monaten (dringender Tatverdacht wegen Beteiligung an Kriegsverbrechen und erpresserischem Menschenraub; Fluchtgefahr; Beurteilung des Fluchtanreizes; Nettostraferswartung; Verhältnismäßigkeit; Berücksichtigung der Prognose einer etwaigen Aussetzung der Reststrafe zur Bewährung).

§ 112 StPO; § 10 Abs. 1 VStGB; § 57 Abs. 1 StGB; § 239a StGB

Ob die Vollstreckung des Strafrests nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe zur Bewährung „hypothetisch“ ausgesetzt werden kann (§§ 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 51 Abs. 1 S. 1 StGB), ist bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Fortdauer von Untersuchungshaft zwar zu berücksichtigen. Indes handelt es sich dabei nicht um eine starre Grenze, bei deren Erreichen der weitere Vollzug der Untersuchungshaft stets unverhältnismäßig wäre. Die verhängte Strafe bleibt daneben vielmehr ein beachtliches Abwägungskriterium.

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**590. BGH 3 StR 559/17 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Potsdam)**

Ablehnung eines Schöffen wegen Besorgnis der Befangenheit (Sicht eines vernünftigen Angeklagten; Besorgnis der Voreingenommenheit; Bezeichnung der Einlassung des Angeklagten als Quatsch; „Unmutsaufwallungen“; Vertiefung des Misstrauens durch dienstliche Äußerung; Unverzüglichkeit des Ablehnungsgesuchs; ohne schuldhaftes Zögern; durch die Sachlage begründet Verzögerungen; Zeit zum Überlegen und zum Abfassen des Gesuchs).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 25 Abs. 2 StPO; § 31 Abs. 1 StPO

1. Unterbricht ein Schöffe die Einlassung des Angeklagten und bezeichnet diese als „Quatsch“, kann dadurch die Besorgnis der Befangenheit (§§ 24 Abs. 2, 31 Abs. 1 StPO) begründet werden. Zwar kann es unter Umständen aus der Sicht eines vernünftigen Angeklagten hinnehmbar sein, wenn ein Richter ihm in nachdrücklicher Form Vorhalte macht, sich in nach Sachlage noch verständlichen Unmutsäußerungen ergeht („Unmutsaufwallungen“).

2. Indes sind solchen Unmutsäußerungen von Mitgliedern des erkennenden Gerichts als Reaktion auf das Verhalten anderer Verfahrensbeteiligter Grenzen gesetzt, die – je nach den Umständen des Einzelfalls – dann überschritten sind, wenn sie in der Form überzogen sind oder in der Sache auch bei einem vernünftigen Angeklagten die Befürchtung von Voreingenommenheit aufkommen lassen können.

3. Nach §§ 25 Abs. 2 S. 1, 31 Abs. 1 StPO muss die Ablehnung eines Schöffen aufgrund von Umständen, die erst nach der ersten Vernehmung des Angeklagten eingetreten oder dem zur Ablehnung Berechtigten erst später bekannt geworden sind unverzüglich geltend gemacht werden. An die Auslegung des Begriffs „unverzüglich“ ist dabei im Interesse einer zügigen Durchführung des Verfahrens ein strenger Maßstab anzulegen. Die Ablehnung muss zwar nicht „sofort“, aber „ohne schuldhaftes Zögern“, d.h. ohne unnötige, nicht durch die Sachlage begründete Verzögerungen geltend gemacht werden.

4. Durch die Sachlage begründet kann eine Verzögerung sein, die dadurch entsteht, dass der Antragsteller, nachdem er Kenntnis vom Ablehnungsgrund erlangt hat, eine gewisse Zeit zum Überlegen und zum Abfassen des Gesuchs benötigt. Welche Zeitspanne dafür zuzubilligen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Ein unverzügliches Gesuch kann auch dann noch anzunehmen sein, wenn es erst circa drei Stunden nach dem Ende der Sitzung eingeht.

**596. BGH 5 StR 65/18 – Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Berlin)**

Umfang der richterlichen Hinweispflicht bei Veränderung der Sachlage (Neuregelung; Kodifizierung der Rechtsprechungsgrundsätze; vergleichbare Gewicht wie Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes; Erforderlichkeit für genügende Verteidigung; faires Verfahren; wesentliche Veränderung des Tatbildes; keine Pflicht zur Offenlegung der Beweiswürdigung; unwesentliche Umstände; Randgeschehen; Anforderungen an den Revisionsvortrag); Einziehung von für die Aufnahme und Speicherung kinderpornographischen Materials verwendeter Hardware (Verhältnismäßigkeit; milderes Mittel).

§ 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 74 StGB; § 74f StGB; § 184b StGB

1. Der Gesetzgeber wollte in § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO die ständige Rechtsprechung kodifizieren, wonach eine Veränderung der Sachlage eine Hinweispflicht auslöst, wenn sie in ihrem Gewicht einer Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes gleichsteht (vgl. hierzu BGH HRRS 2015 Nr. 48). Weitergehende Hinweispflichten sollten durch die Neuregelung hingegen nicht eingeführt werden.

2. Danach bestehen Hinweispflichten auf eine geänderte Sachlage bei einer wesentlichen Veränderung des Tatbildes beispielsweise betreffend die Tatzeit, den Tatort, das Tatobjekt, das Tatopfer, die Tatrichtung, eine Person des Beteiligten oder bei der Konkretisierung einer im Tatsächlichen ungenauen Fassung des Anklagesatzes. Hingegen sind Hinweise etwa hinsichtlich der Bewertung von Indiztatsachen auch künftig nicht erforderlich. Ebenso wenig muss das Gericht unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens vor der Urteilsberatung seine Beweiswürdigung offenlegen oder sich zum Inhalt und Ergebnis einzelner Beweiserhebungen erklären.

3. Ein Hinweis gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO muss ferner nur gegeben werden, wenn er zur genügenden Verteidigung des Angeklagten erforderlich ist. Er ist dementsprechend entbehrlich, wenn die Änderung der Sachlage durch den Gang der Hauptverhandlung für die Verfahrensbeteiligten ohne weiteres ersichtlich ist. Veränderungen der Sachlage hinsichtlich unwesentlicher Umstände, etwa solcher aus dem Randgeschehen, lösen die Hinweispflicht ebenfalls nicht aus.

4. Um dem Revisionsgericht die Prüfung eines Verstoßes gegen § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO zu ermöglichen, muss der Revisionsführer gemäß § 344 Abs. 2 S. 2 StPO zu allen genannten Voraussetzungen vollständig vortragen. Für die Prüfung der Erforderlichkeit des Hinweises ist namentlich darzulegen, ob der Revident durch den Gang der Hauptverhandlung über die Veränderung der Sachlage bereits zuverlässig unterrichtet war und ein ausdrücklicher Hinweis deshalb unterbleiben konnte. Schließlich

muss – wenn sich dies nicht von selbst versteht – ausgeführt werden, inwieweit der Hinweis für die genügende Verteidigung des Angeklagten erforderlich war.

**570. BGH 4 StR 27/18 – Beschluss vom 13. März 2018 (LG Paderborn)**

Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage (Behandlung neu hervorgetretener Umstände; Anwendbarkeit auf erstmalige Einlassung eines Mitangeklagten).

§ 265 Abs. 3 StPO n.F.

1. Die Hauptverhandlung ist auf den entsprechenden Antrag eines Angeklagten auszusetzen, wenn neue Umstände hervorgetreten sind, die die Anwendung eines schwereren Strafgesetzes als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten zulassen oder die zu den in § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO bezeichneten (vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen) gehören und diese Umstände von dem Angeklagten unter der Behauptung, auf die Verteidigung nicht genügend vorbereitet zu sein, bestritten werden. Als neu hervorgetretene Umstände kommen dabei nur Tatsachen oder tatsächliche Verhältnisse in Betracht, die erst in der Hauptverhandlung zum Vorschein kommen.

2. Werden aus dem unverändert gebliebenen Tatsachenmaterial vom Tatrichter lediglich andere Schlussfolgerungen gezogen, handelt es sich nicht um neue Umstände im Sinne von § 265 Abs. 3 StPO. Dies gilt selbst dann, wenn das Gericht dadurch zu anderen Feststellungen gelangt. Auch neue Beweismittel sind für sich genommen noch keine neuen Umstände im Sinne dieser Vorschrift.

3. Für die erstmalige Einlassung eines Mitangeklagten kann grundsätzlich nichts anderes gelten. Eine Bedeutung im Sinne des § 265 Abs. 3 StPO kommt einer solchen Einlassung – wie auch neuen Beweismitteln – erst dann zu, wenn durch sie neue, bisher unbekannte Tatsachen in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Dabei ist es Sache des Antragstellers, die angeblich neu hervorgetretenen Tatsachen bestimmt zu bezeichnen und deren Richtigkeit unter der Behauptung, auf die Verteidigung insoweit nicht genügend vorbereitet zu sein, zu bestreiten.

**583. BGH 3 StR 149/18 – Beschluss vom 7. Juni 2018 (OLG Stuttgart)**

Schwere körperliche oder seelische Schäden als Voraussetzung der Gewährung eines kostenlosen Opferanwalts (Beeinträchtigung durch unmittelbar gegen das Opfer gerichtete Aggressionsdelikte; mittelbar verursachte posttraumatische Belastungsstörung); Fähigkeit zur Interessenwahrnehmung in der Revisionshauptverhandlung bei einem nicht der deutschen Sprache mächtigen Nebenkläger.

§ 395 Abs. 3 StPO; § 397 StPO; § 397a StPO

1. Zur Gewährung eines kostenlosen Opferanwalts nach § 397a Abs. 1 Nr. 3 StPO ist es – über die in § 395 Abs. 3 StPO genannten „schweren Folgen der Tat“ hinausgehend – erforderlich, dass schwere körperliche oder seelische

Schäden eingetreten oder zu erwarten sind. Die Regelung orientiert sich vor allem am Schweregrad der in den §§ 226 und 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB genannten Folgen der Tat und hat somit primär Opfer im Blick, die sich – im Zwei-Personen-Verhältnis – gegen sie gerichteten Aggressionsdelikten ausgesetzt sahen. Eine posttraumatische Belastungsstörung, die als mittelbare Folge eines gegen eine andere Person gerichteten Aggressionsdelikts auftritt, erfüllt diese Voraussetzungen daher regelmäßig nicht.

2. Aus § 397 Abs. 3 StPO ergibt sich, dass das Nichtbeherrschen der deutschen Sprache grundsätzlich keine Unfähigkeit zur Interessenswahrnehmung begründet. Insofern gilt für die Revisionshauptverhandlung prinzipiell nichts Anderes.

**589. BGH 3 StR 508/17 – Urteil vom 17. Mai 2018 (KG Berlin)**

Allgemeinkundigkeit bzw. Gerichtskundigkeit der Feststellungen zum „IS“ als terroristischer Organisation (Inbegriff der Hauptverhandlung; Aufklärungspflicht; kein schriftliches Verfahren; Möglichkeit der Kenntnisausnahme aus zuverlässigen Quellen; inhaltliche Richtigkeit; geschichtliche und politische Geschehnisse; besondere Überprüfung bei Ereignissen der jüngsten Zeitgeschichte); Anforderungen an die Zulässigkeit der Revision bei Behauptung nicht ordnungsgemäßer Erörterung von als allgemeinkundig behandelten Tatsachen. § 244 StPO; § 261 StPO; § 344 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

1. Durch die Annahme einer Tatsache als offenkundig darf der Grundsatz, dass der Inbegriff der Hauptverhandlung die Grundlage der Feststellungen zu bilden hat, in seinem wesentlichen Inhalt nicht angetastet werden; an seine Stelle darf kein mit den Vorschriften der StPO unvereinbares schriftliches Verfahren treten.

2. Tatsachen sind allgemein bekannt, wenn es sich um Vorgänge handelt, von denen verständige Menschen regelmäßig Kenntnis haben oder über die sie sich aus zuverlässigen Quellen ohne besondere Fachkunde sicher unterrichten können. Das Merkmal der Allgemeinkundigkeit setzt sich mithin aus zwei Elementen zusammen, demjenigen der allgemein vorhandenen Kenntnis bzw. der allgemein zugänglichen Erkenntnisquelle einerseits und der inhaltlichen Richtigkeit der in Betracht kommenden Tatsache. Dabei stellt der Umstand, dass die Kenntnis von der Tatsache von einer grundsätzlich unbeschränkten Allgemeinheit geteilt wird, zugleich ein gewichtiges Indiz für deren Richtigkeit dar.

3. Zu den genannten Vorgängen gehören neben Gegebenheiten der Außenwelt auch geschichtliche und politische Geschehnisse, sofern sie auf sicher feststellbaren Fakten beruhen, die sich aus allgemein zugänglichen Quellen, Nachschlagewerken, Büchern, Zeitungen oder sonstigen Nachrichtenmitteln wie etwa auch Internetseiten ergeben. In diesen Fällen ist indes nicht selten nur der Kern der Tatsachen oder Ereignisse allgemeinkundig, nicht aber die ihm zugrundeliegenden Einzelheiten der Geschehnisse.

4. Jedenfalls unbeschränkt allgemeinkundige Tatsachen können nach der Rspr. auch zur Ausfüllung von Tatbe-

standsmerkmalen oder anderen unmittelbar für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch erheblichen Umständen herangezogen werden. Ob dies auch für solche Tatsachen gilt, die zur Ausfüllung der komplexen Merkmale einer terroristischen Vereinigung herangezogen werden würden, muss der Senat nicht entscheiden. Als nicht unproblematisch könnte sich insoweit erweisen, dass bei zeitgeschichtlichen Vorgängen jüngerer Zeit regelmäßig besondere Anforderungen an die kritische Überprüfung ihrer Allgemeinkundigkeit und Richtigkeit zu stellen sind, ohne dass dadurch freilich ausgeschlossen ist, auch Tatsachen der jüngsten Geschichte für allgemeinkundig zu halten.

5. Gegen die Behandlung der Tatsachen, die die Merkmale einer terroristischen Vereinigung ausfüllen können, als gerichtskundig darüber hinaus, dass allein gerichtskundigen Tatsachen die für die Bestimmung des Wahrheitsgehalts bedeutsame Indizwirkung der von einer unbestimmten Vielzahl von Menschen geteilten Allgemeinkundigkeit fehlt; dies legt bei der Behandlung einer unmittelbar beweisbarer Tatsache unter Verzicht auf eine förmliche Beweiserhebung als gerichtskundig eine Verletzung der Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO nahe.

**579. BGH 3 StR 23/18 – Beschluss vom 19. April 2018**

Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig unter Mitwirkung der abgelehnten Richter (völlig ungeeignete Begründung; Abgrenzung zum offensichtlich unbegründeten Gesuch; konkrete Umstände des Einzelfalles; Erfordernis einer inhaltlichen Prüfung; Willkür; Richter „in eigener Sache“).  
§ 26a StPO; § 27 StPO

1. Nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StPO verwirft das Gericht ein Ablehnungsgesuch als unzulässig, wenn ein Grund zur Ablehnung nicht angegeben wird. Dem Fehlen einer Begründung wird der Fall gleichgestellt, dass die Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist. Bei der Prüfung, ob die für eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit vorgebrachte Begründung in dem genannten Sinne völlig ungeeignet ist, muss wegen des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) ein strenger Maßstab angelegt werden.

2. Entscheidend für die Abgrenzung zu „offensichtlich unbegründeten“ Ablehnungsgesuchen, die von § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht erfasst und damit nach § 27 StPO zu behandeln sind, ist die Frage, ob das Ablehnungsgesuch ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist. Ist hingegen ein – wenn auch nur geringfügiges – Eingehen auf den Verfahrensgegenstand erforderlich, scheidet die Ablehnung als unzulässig aus.

3. Die Vorbefassung eines Richters als solche kann die Besorgnis der Befangenheit grundsätzlich nicht begründen, so dass die nur auf diese Tatsache und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen gestützte Ablehnung ohne inhaltliche Prüfung als unzulässig

sig verworfen werden kann. Auch eine vermeintlich oder tatsächlich rechtsfehlerhafte Vorentscheidung rechtfertigt für sich genommen die Besorgnis der Befangenheit nicht. Es müssen vielmehr konkrete Umstände des Einzelfalls hinzutreten, welche die Besorgnis der Befangenheit zu begründen vermögen. Diese ü muss der Antragsteller in seinem Gesuch vortragen und glaubhaft machen.

4. Die Besorgnis der Befangenheit kann sich auch daraus ergeben, dass die in der Vorentscheidung vertretene Auffassung eines Richters als willkürlich erscheint oder sich aus der Art und Weise der Begründung der früheren Entscheidung seine Voreingenommenheit ergibt. Dies bedeutet aber nicht, dass allein wegen der pauschalen Behauptung des Ablehnenden, eine an sich prozessordnungsgemäße Vorentscheidung sei willkürlich oder mit einer abwegigen Rechtsauffassung begründet, die Zurückweisung eines Befangenheitsgesuchs als unzulässig versagt wäre. Auch bei behaupteter Willkür kommt der Anschein einer Voreingenommenheit nur in Betracht, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorgetragen werden, dass in der behaupteten willkürlichen Rechtsauffassung eine Befangenheit gegenüber dem Antragsteller zum Ausdruck kommt.

**552. BGH 1 StR 88/18 – Beschluss vom 6. April 2018 (LG Stuttgart)**

Beweisantrag (kein förmlicher Beweisantrag bei Beweisbehauptung ins Blaue hinein: Beurteilung aus der Sichtweise eines verständigen Antragsstellers).  
§ 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO

Zwar muss einem in die Form eines Beweisantrags gekleideten Beweisbegehren ausnahmsweise nicht oder allenfalls nach Maßgabe der Aufklärungspflicht nachgegangen werden, wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne jede begründete Vermutung aufs Geratewohl ins Blaue hinein aufgestellt wurde, so dass es sich nur um einen nicht ernstlich gemeinten, zum Schein gestellten Beweisantrag handelt. Für die Beurteilung, ob ein aufs Geratewohl gestellter Antrag vorliegt, ist aber die Sichtweise eines verständigen Antragstellers entscheidend. Es kommt nicht darauf an, ob das Tatgericht eine beantragte Beweiserhebung für erforderlich hält (vgl. BGH NStZ 2013, 536, 537).

**559. BGH 2 StR 317/17 – Beschluss vom 2. Mai 2018 (LG Köln)**

Entbindung eines Schöffen (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).  
§ 54 Abs. 1 GVG; § 54 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 336 Satz 2 Alt. 1 StPO; § 77 Abs. 1 GVG

1. Ob ein Schöffe auf seinen Antrag hin von der Dienstleistung aus beruflichen Gründen oder wegen Urlaubs entbunden werden kann, weil die Dienstleistung unzumutbar ist, hat der zur Entscheidung berufene Richter unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Schöffen, des Verfahrensstands und der voraussichtlichen Dauer des Verfahrens nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

2. Die auf der Grundlage des § 77 Abs. 1 GVG in Verbindung mit § 54 Abs. 1 GVG erfolgte Entscheidung über

die Entbindung von Schöffen ist angesichts der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des § 54 Abs. 3 Satz 1 GVG, § 336 Satz 2 Alt. 1 StPO vom Revisionsgericht nicht auf ihre Richtigkeit, sondern allein darauf hin zu überprüfen, ob sie sich unter Berücksichtigung des Grundgedankens des § 54 GVG als unvertretbar und damit als objektiv willkürlich erweist.

**587. BGH 3 StR 274/17 – Urteil vom 8. Februar 2018 (LG Düsseldorf)**

Beginn der Revisionsbegründungsfrist durch Zustellung des Urteils (Voraussetzungen der Zustellung; bloße formlose Übersendung einer Urteilsabschrift an die Staatsanwaltschaft); Voraussetzungen der Unzulässigkeit einer mit der allgemeinen Sachrüge begründeten Revision (fehlende Erkennbarkeit des konkreten Anfechtungsumfangs); sachlich-rechtlicher Mangel durch Nichterörterung einer Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.

§ 36 StPO; § 37 StPO; § 41 StPO; § 344 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; § 66 StGB

1. Die Revisionsbegründungsfrist gemäß § 345 Abs. 1 StPO beginnt in Fällen, in denen bei Ablauf der Revisionseinlegungsfrist das Urteil noch nicht zugestellt ist, nach § 345 Abs. 1 S. 2 StPO mit der Zustellung des Urteils. Zustellungen an die Staatsanwaltschaft bedürfen dabei – wie jede Zustellung – einer Anordnung des Vorsitzenden (§ 36 Abs. 1 S. 1 StPO) und werden von der Geschäftsstelle (§ 36 Abs. 1 S. 2 StPO) entweder nach § 37 Abs. 1 StPO in Verbindung mit den entsprechenden Regelungen der ZPO oder nach § 41 StPO bewirkt. Das formlose Übersenden einer Urteilsabschrift ohne Akten genügt nicht.

2. Eine Revision der Staatsanwaltschaft, die innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nur mit der allgemeinen Sachrüge begründet wird, kann unzulässig sein, wenn

sich daraus der konkrete Umfang der Anfechtung nicht zweifelsfrei ergibt; das kommt etwa in Betracht, wenn das Urteil mehrere Angeklagte und/oder mehrere Taten betrifft, wenn ein teilweise verurteilendes, teilweise freisprechendes Erkenntnis sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten der Angeklagten angefochten sein kann, oder wenn aus anderen Gründen der Anfechtungsumfang unklar bleibt.

3. Auch wenn die Staatsanwaltschaft die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung in der Hauptverhandlung nicht beantragt, stellt es einen sachlich-rechtlichen Mangel dar, wenn das Tatgericht die Sicherungsverwahrung nicht prüft, obwohl deren formelle Voraussetzungen gegeben sind und die Feststellungen die Annahme nahelegen, dass der Täter infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist.

**556. BGH 2 StR 11/18 – Beschluss vom 11. April 2018 (LG Meiningen)**

Verbot der Doppelbestrafung (Beachtung von Amts wegen); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.  
Art. 103 Abs. 3 GG; § 55 StGB

1. Eine unzulässige Doppelbestrafung ist in der Revision von Amts wegen zu beachten.

2. Die Rechtskraft eines Urteils, das unter Missachtung der Zäsurwirkung eines Strafbefehls fehlerhaft eine Gesamtgeldstrafe gebildet hat, steht deren Auflösung und der Bildung einer neuen Gesamtstrafe nicht entgegen. Denn für die vorzunehmende Gesamtstrafenbildung ist nicht die prozessuale Sachlage, sondern die materielle Rechtslage maßgeblich. Dies gilt auch dann, wenn die falsche Gesamtstrafenbildung des früheren Urteils auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung beruht.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**564. BGH 2 StR 416/16 – Urteil vom 14. März 2018 (LG Köln)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von Organisationsmängeln in Unternehmen; Darlegung der für die Strafe bestimmenden Gründe in den schriftlichen Urteilsgründen; keine Anwendung der Grundsätze bezüglich der Bedeutung des Hinterziehungsbetrages bei der Steuerhinterziehung auf die Untreue); Auskünfte und Prüfungen nach dem Kreditwesengesetz (Schutzrichtung des staatlichen Auskunftsrechts).

§ 46 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 266 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 44 Abs. 1 Satz 1 KWG

1. Die Grundsätze, die der Bundesgerichtshof in Fällen der Steuerhinterziehung bezüglich der Bedeutung des

Hinterziehungsbetrages entwickelt hat, sind auf Fälle der Untreue nicht in gleicher Weise anzuwenden.

2. Zwar ist nicht zu verkennen, dass bei der Untreue und sonstigen Straftaten, die sich gegen fremdes Vermögen richten, die Höhe des verursachten Schadens regelmäßig den Unrechtsgehalt der Tat wesentlich prägt und als bestimmender Grund in die Strafzumessungserwägungen des Tatgerichts einzustellen. Jedoch verlieren hierdurch gesetzlich geregelten allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung nicht ihre Bedeutung. Danach ist die individuelle Schuld des Täters Grundlage der Zumessung der Strafe, bei der nach der gesetzgeberischen Wertung die für und gegen den Täter sprechenden Umstände gegeneinander abgewogen werden sollen. Mit diesen auf eine

Gesamtbewertung aller für die Strafzumessung wesentlichen Umstände durch das Tatgericht abstellenden, für das System des Strafzumessungsrechts essentiellen Grundsätzen ist eine Bewertung nicht vereinbar, die sich so stark an einem durch das Revisionsgericht vorgegebenen Schadensbetrag und damit an einem einzelnen Strafzumessungsgesichtspunkt orientiert, dass sie im Wesentlichen allein von diesem die Wahl der Straftat oder eine bestimmte Höhe einer festzusetzenden Freiheitsstrafe abhängig macht.

3. Organisationsmängel in einem Unternehmen oder einer Gesellschaft können strafmildernd wirken, wenn dadurch ein Täter in die Lage versetzt wird, sein Vorhaben ohne die an sich vorgesehene und gebotene Kontrolle umzusetzen. Fehlt es insoweit an der verkehrsüblichen Aufsicht, ist dies ein für den Täter sprechender Umstand.

4. Eine sorgfältige Planung und vor der eigentlichen Tat unternommene Verschleierungshandlungen können grundsätzlich bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten gewertet werden, denn sie können Ausdruck des bei der Tat aufgewendeten Willens sein.

5. Auch das Verhalten des Täters nach der Tat ist grundsätzlich ein Umstand, der bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden kann. Insoweit können Verschleierungshandlungen, sofern in ihnen nicht nur der Versuch zum Ausdruck kommt, sich der Strafverfolgung zu entziehen, sondern sich darin eine rechtsfeindliche Gesinnung des Täters dokumentiert oder neues Unrecht geschaffen wird, geeignet sein, eine Strafschärfung zu begründen.

6. Schutzrichtung des staatlichen Auskunftsrechts aus § 44 Abs. 1 Satz 1 KWG ist nicht das Vermögensinteresse der Bank. Vielmehr sollen Auskunft und dadurch ermöglichte Aufsicht das Entstehen von Schäden im Kreditwesen und von Verlusten der Institutsgläubiger verhindern, mithin vorwiegend gefahrenabwehrend zugunsten der Gesamtwirtschaft wirken. Der gesetzlich geregelte Mechanismus schützt somit lediglich als Reflex auch das Vermögen der geschädigten Bank selbst. Vor diesem Hintergrund stellt auch seine nach der Tat durch die unzureichenden Auskünfte bewirkte Umgehung jedenfalls keinen bestimmenden Strafzumessungsgrund dar.

### 566. BGH 2 StR 529/16 – Urteil vom 18. Oktober 2017 (LG Meiningen)

Beschränkung von Rechtsmitteln (Widerspruch zwischen Revisionsantrag und Revisionsbegründung); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Grundsätze revisionsgerichtlicher Überprüfbarkeit); Vorteilsgewährung (Voraussetzungen einer Unrechtsvereinbarung).

Nr. 156 Abs. 2 RiStBV; § 261 StPO; § 333 Abs. 1 StGB

1. Die für eine Vorteilsgewährung erforderliche Unrechtsvereinbarung setzt voraus, dass der Vorteilsgeber mit dem Ziel handelt, auf eine künftige Dienstaussübung des Amtsträgers Einfluss zu nehmen und/oder seine vergangene Dienstaussübung zu honorieren. Dies setzt naturgemäß voraus, dass er eine hinreichende Vorstellung von der Amtsträgereigenschaft des Vorteilsnehmers hat.

2. Ob in diesem Sinne eine Unrechtsvereinbarung vorliegt, ist Tatfrage und unterliegt der wertenden Beurteilung des Tatgerichts, die regelmäßig im Wege einer Gesamtschau aller in Betracht kommenden Indizien zu erfolgen hat. Als mögliche Indizien für oder gegen das Ziel, mit dem Vorteil auf die künftige Dienstaussübung Einfluss zu nehmen oder die vergangene Dienstaussübung zu honorieren, fließen neben der Plausibilität einer anderen – behaupteten oder sonst in Betracht kommenden – Zielsetzung in die wertende Beurteilung namentlich ein: die Stellung des Amtsträgers und die Beziehung des Vorteilsgebers zu dessen dienstlichen Aufgaben, die Vorgehensweise bei dem Angebot, dem Versprechen oder dem Gewähren von Vorteilen sowie die Art, der Wert und die Zahl solcher Vorteile. So können dienstliche Berührungspunkte zwischen Vorteilsgeber und Amtsträger ebenso in ausschlaggebender Weise für eine Unrechtsvereinbarung sprechen, wie die Heimlichkeit des Vorgehens. Dies ist in einer Gesamtschau aller Indizien zu würdigen.

3. Widersprechen sich der Revisionsantrag und der Inhalt der Revisionsbegründung, ist unter Berücksichtigung von Nr. 156 Abs. 2 RiStBV das Angriffsziel durch Auslegung zu ermitteln.

# Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG bei normbezogenen Tatbeständen

Zugleich Besprechung zu BGH HRRS 2017 Nr. 749 und BGH HRRS 2017 Nr. 968

Von Dr. Christoph Henckel, LL.B. (Bucerius Law School), Hamburg\*

## I. Einleitung

„Nulla poena sine lege“ ist der zentrale Grundsatz des deutschen Strafrechts. Gleichzeitig ist seine Bedeutung in zahlreichen Fragen umstritten. Eine davon ist die Frage nach der Reichweite des Art. 103 Abs. 2 GG bei normbezogenen Tatbeständen. Darunter sollen im Folgenden Straftatbestände zu verstehen sein, die sich zur Umschreibung des strafbaren Unrechts weiterer Rechtsnormen bedienen; Rechtsnormen die nicht in erster Linie dem Strafrecht zugeordnet sind. Solche Normen werden im Folgenden als Bezugsnormen bezeichnet.

Welche Vorgaben ergeben sich aus Art. 103 Abs. 2 GG für die Inbezugnahme solcher Normen? Gelten die strengen Gesetzlichkeits- und Bestimmtheitsmaßstäbe des Strafrechts auch für sie? Zwei Urteile des BGH aus letzter Zeit geben hier den Anlass zu einer erneuten Betrachtung.

Im Folgenden sollen zunächst diese Urteile und ihr Bezug zu Art. 103 Abs. 2 GG dargestellt werden (I.). Danach wird herausgearbeitet, ob Art. 103 Abs. 2 GG auf Bezugsnormen Anwendung finden kann und dargestellt, inwiefern seine Vorgaben nicht zumindest bei der Auslegung des normbezogenen Tatbestandes besondere Beachtung finden müssen (II.). Zuletzt gilt es, die Ausführungen des BGH an diesen Vorgaben zu messen (III.).

## II. Die Entscheidungen des BGH

Das erste Urteil betrifft den sogenannten Göttinger Organvergabeskandal.<sup>1</sup> Ein Arzt hatte das Vergabeverfahren für Spenderlebern manipuliert, um seinen Patienten schneller ein Organ verschaffen zu können. Unter anderem hat er gegenüber der Vergabestelle wahrheitswidrig

angegeben, dass Patienten mit einer alkoholbedingten Leberzirrhose seit über 6 Monaten alkoholabstinent waren. Die einschlägige Richtlinie der Bundesärztekammer sah aber vor, dass Patienten erst nach einer solchen sechsmonatigen Karenzzeit am Vergabeverfahren teilnehmen dürfen.<sup>2</sup> Die BÄK-Richtlinie konkretisierte dabei die Vorgabe des Transplantationsgesetzes, dass Organe nach dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft vergeben werden sollen (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG).

Das LG Göttingen hat den Arzt vom Vorwurf des Totschlags freigesprochen,<sup>3</sup> der 5. Strafsenat des BGH hat diesen Freispruch bestätigt. Er hat dabei unter anderem darauf abgestellt, dass eine Verurteilung wegen des Verstoßes gegen die Alkoholkarenzklausel der BÄK-Richtlinie gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen würde.<sup>4</sup> Bei den Richtlinien der Bundesärztekammer handele es sich um exekutive Rechtsnormen, während den parlamentsgesetzlichen Vorgaben des Transplantationsgesetzes die Vorgabe einer Karenzklausel nicht hinreichend bestimmt zu entnehmen sei. Ein Blankettstrafatbestand, der auf die Regelung der BÄK-Richtlinie Bezug nähme, wäre deshalb mit dem Gesetzlichkeitsprinzip nicht zu vereinbaren.

Der Alkoholkarenzklausel liege kein medizinisch-naturwissenschaftlicher Erfahrungssatz zugrunde, wonach eine Lebertransplantation vor Ablauf einer sechsmonatigen Alkoholabstinenz nicht sinnvoll sei. Eine Strafbarkeit wegen Totschlags ließe sich deshalb nur mit einer formalen Verletzung der Richtlinie begründen. Wollte man bei der Auslegung des § 212 StGB alleine auf diesen Formalverstoß abstellen, gestalte man die Norm gleichsam als Blankett aus. Wie ein solcher Blanketttatbestand sei eine derartige Auslegung dann aber nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.

\* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag im Rahmen der mündlichen Promotionsprüfung des Autors vom 19. Januar 2018 an der Bucerius Law School. Der Autor dankt Herrn Matthias Münder, LL.B. für Rat zu den arbeitsrechtlichen Grundlagen.

<sup>1</sup> Zum Sachverhalt siehe im Folgenden LG Göttingen, Urt. v. 06.05.2015 – 6 Ks 4/13.

<sup>2</sup> Ziffer III 2.1 Satz 1 der BÄK-Richtlinie 2009.

<sup>3</sup> LG Göttingen, Urt. v. 06.05.2015 – 6 Ks 4/13.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 28.06.2017 – 5 StR 20/16, Rn. 33 ff., BGHSt 62, 223 = HRRS 2017 Nr. 968.

Beim Totschlag handelt es sich aber gerade nicht um einen Blanketttatbestand. Soweit außerstrafrechtliche Normen bei geschlossenen Tatbeständen zur Auslegung eines Tatbestandsmerkmals herangezogen werden, ist Art. 103 Abs. 2 GG nach ständiger Rechtsprechung von BGH<sup>5</sup> und Bundesverfassungsgericht<sup>6</sup> auf diese Bezugsnormen nicht anwendbar. Es befremdet deshalb, dass der BGH in der Organvergabe-Entscheidung auf den ersten Blick genau das getan hat, ohne es zumindest genauer zu begründen.

Diese Argumentation mit dem Gesetzlichkeitsprinzip ist kein Einzelfall. Im zweiten Urteil hat der 1. Strafsenat bereits wenige Wochen zuvor eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen mit einer grundsätzlich ähnlichen Begründung abgelehnt.<sup>7</sup> Einem Bauunternehmer war vorgeworfen worden, über bei ihm scheinselfständig Beschäftigte Meldungen bei der Zusatzversorgungskasse für das Baugewerbe unterlassen zu haben. Dazu wäre er nach einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag grundsätzlich verpflichtet gewesen. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung war jedoch nach der Verurteilung in erster Instanz durch das Bundesarbeitsgericht für unwirksam erklärt worden,<sup>8</sup> woraufhin der Gesetzgeber den Tarifvertrag rückwirkend durch Gesetz für allgemeinverbindlich erklärt hat.<sup>9</sup>

Auf diese rückwirkende Wiederherstellung der Meldungspflichten könne eine Garantenstellung des Bauunternehmers und damit eine Strafbarkeit wegen Unterlassens laut BGH nicht gestützt werden. Als „strafrechtlich bedeutsame“ Pflichten könnten sie nicht rückwirkend begründet werden. Die Garantenpflicht müsse vielmehr zum Zeitpunkt der geforderten Handlung rechtlich wirksam bestanden haben.

Auch bei der Erfolgsabwendungspflicht in § 13 StGB handelt es sich jedenfalls nach herrschender Meinung um ein normatives Tatbestandsmerkmal.<sup>10</sup> Art. 103 Abs. 2 GG wäre deshalb eigentlich auf die Normen, die eine Garantenpflicht begründen, nicht anwendbar. Der Widerspruch wird hier besonders deutlich, weil eine Garantenpflicht regelmäßig mit faktischen, privatrechtlichen oder gewohnheitsrechtlichen Pflichten wie der Ingerenz begründet wird.<sup>11</sup> Weite Teile der herrschenden Dogmatik zur Garantenstellung ließen sich nicht mehr mit der Verfassung vereinbaren. Dass auch der BGH das so nicht sieht, wird deutlich, wenn er in der gleichen Entscheidung eine Garantenpflicht aus einem Tarifvertrag für möglich hält.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 13.04.2010 – 5 StR 428/09, Rn. 20 ff. = HRRS 2010 Nr. 493.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, Rn. 28, BVerfGE 78, 205; Beschl. v. 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 73, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 08.06.2017 – 1 StR 614/16, Rn. 6 ff. = HRRS 2017 Nr. 749.

<sup>8</sup> BAG, Beschl. v. 21.09.2016 – 10 ABR 33/15, BAGE 156, 213 und Beschl. v. 25.01.2017 – 10 ABR 34/15.

<sup>9</sup> Gesetz zur Sicherung der Sozialkassen im Baugewerbe vom 16.05.2017 (BGBl. I S. 1210).

<sup>10</sup> NK-StGB/Gaede, § 13 Rn. 20; S/S/W/Kudlich, § 13 Rn. 40; Jakobs, Strafrecht AT (1991), § 29 Rn. 90.

<sup>11</sup> Vgl. nur den Überblick bei Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 13 Rn. 36 ff. mwN. zur Rechtsprechung.

### III. Reichweite und Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG

#### 1. Anwendungsbereich des Gesetzlichkeitsprinzips bei normbezogenen Tatbestandsmerkmalen

Herrschend wird zur Reichweite des Gesetzlichkeitsprinzips auf den Unterschied zwischen Blanketttatbeständen und normativen Tatbestandsmerkmalen abgestellt. Bei Ersteren seien die Bezugsnormen Teil des gesetzlichen Tatbestands und auch die Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG seien auf sie zu erstrecken. Bei Letzteren hingegen übernehme das Strafgesetz nur Wertungen aus den in Bezug genommenen Normen, ohne sie in den Tatbestand zu inkorporieren. Deshalb fände auf sie das Gesetzlichkeitsprinzip keine Anwendung.

Für die dafür nötige Differenzierung sind in der Literatur verschiedene Lösungsansätze entwickelt worden, die in unterschiedlichen Ausformungen darauf abstellen, ob die verweisende Norm den strafbaren Tatbestand vollständig beschreibt.<sup>12</sup> Diesen Ansätzen gelingt es jedoch nicht in jedem Fall, für die Unterscheidung zwischen Blankett und normativen Tatbestandsmerkmalen eine belastbare Grundlage zu schaffen.<sup>13</sup> Unter anderem deshalb wird die Abgrenzung von Blankett und normativem Tatbestandsmerkmal im Kontext des Art. 103 Abs. 2 GG immer wieder gänzlich verworfen: Jedenfalls bei komplexen Bezugsmaterialien sei der Übergang vom Blankett zum normativen Tatbestandsmerkmal fließend, eine Unterscheidung willkürlich. Der Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG könne nicht von Zufälligkeiten abhängig sein. Er müsse deshalb in jedem Fall auch auf die Bezugsnormen anwendbar sein, unabhängig davon, ob es sich um ein Blankett oder ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt.<sup>14</sup>

Die Differenzierung von Blankett und normativem Tatbestandsmerkmal und damit eine Begrenzung des Art. 103 Abs. 2 GG ist nicht aufzugeben. Eine pauschale Anwendung auf sämtliche Bezugsnormen würde das Problem nur verlagern, da diese regelmäßig selbst unbestimmte Rechtsbegriffe und normative Tatbestandsmerkmale enthalten. Wollte man das Problem vermeintlich mangelnder Vorhersehbarkeit konsequent angehen, müsste man im Endeffekt das ganze Recht unter den strengen Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG stellen.<sup>15</sup> Die vermeintliche Lösung einer gespaltenen Auslegung hingegen würde die Vorhersehbarkeit von Strafe nicht erhöhen, sondern eher zu Verwirrung führen. Dass bereits im rechtlichen Sprachgebrauch zwei unterschiedliche Bedeutungen eines Begriffs existieren, macht dessen Auslegung für den Laien nur unvorhersehbarer.

<sup>12</sup> Vgl. Überblick bei Enderle, Blankettstrafgesetze (2000), S. 90 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Enderle, Blankettstrafgesetze (2000), S. 110 f.

<sup>14</sup> So etwa Lüderssen, FS Schroeder (2006), S. 569, 576; Rönnau ZStW 119 (2007), 887, 905; Rönnau NStZ 2011, 558, 558; Bülte BB 2010, 1759, 1766.

<sup>15</sup> Dagegen zu Recht Tiedemann, FS Schaffstein (1975), S. 195, 197 f.

Entscheidend ist aber, dass die Antwort auf die verfassungsrechtliche Frage nach der Reichweite des Gesetzlichkeitsprinzips auch *verfassungsrechtlich* anhand der Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG beantwortet werden muss. Auch danach ergibt sich, dass Art. 103 Abs. 2 GG nicht unfänglich auf alle Bezugsnormen anzuwenden ist: Art. 103 Abs. 2 GG gilt nur für das Strafgesetz.<sup>16</sup> Ob Bezugsnormen Teil des Strafgesetzes sein müssen, ist danach zu bestimmen, welche Anforderungen der Gesetzgeber erfüllen muss, um nach Art. 103 Abs. 2 GG verfassungskonformes Strafrecht zu schaffen.

Grundsätzlich soll der Normadressat bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.<sup>17</sup> Der Gesetzgeber muss die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich die Strafbarkeit im Einzelfall durch Auslegung ermitteln lässt.<sup>18</sup>

Die Komplexität und Vielzahl der strafrechtlich geregelten Lebenssachverhalte bedingen aber eine notwendige Abstraktion der Strafnormen. Das gilt gerade für Normen im Allgemeinen Teil des StGB, die bereits wegen ihrer Funktion zwingend abstrakt bleiben müssen.<sup>19</sup> Eine unmittelbare Entscheidung für den Einzelfall durch das Gesetz kann und muss der Gesetzgeber nicht treffen. Vorgabe ist die Entwicklung eines Normprogramms, mit dem die Entscheidung des Einzelfalls vorhersehbar gesteuert wird.<sup>20</sup> Nur insoweit ist vom Gesetzgeber bei der Formulierung von Strafgesetzen eine „bestmögliche Präzision“<sup>21</sup> zu verlangen.

Ob der Gesetzgeber dieser Verpflichtung nachgekommen ist, kann nur für jede Norm gesondert, mit Blick auf Rechtsgut, Adressat und Umstände der gesetzlichen Regelung bestimmt werden.<sup>22</sup> Zur Maßstabbildung lassen sich hier die Literaturansätze zur Abgrenzung von Blankett und normativem Tatbestandsmerkmal heranziehen.

Diese Anforderungen an den Gesetzgeber schließen unbestimmte und ausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale nicht grundsätzlich aus. Eine Konkretisierungsbedürftigkeit im Einzelfall hindert die Vollständigkeit des Normprogramms nicht. Da nahezu alle Lebenssachverhalte in der ein oder anderen Weise durch Recht geprägt sind, muss es dem Gesetzgeber insbesondere möglich sein, Tatbestandsmerkmale für die Auslegung mithilfe ebendieses Rechts zu öffnen.<sup>23</sup> Solche Normen dienen dann dazu, eine Wertung des hinreichend bestimmten Normprogramms für den Einzelfall zu operationalisieren. Sie sind aber selbst kein Bestandteil des Normprogramms. Als ein wohl unumstrittenes Beispiel<sup>24</sup> sei hier der Diebstahl genannt: Mit dem Tatbestandsmerkmal „fremd“ hat der Gesetzgeber das geschützte Rechtsgut des § 242 StGB hinreichend konkret bezeichnet. Für die Bestimmung, ob eine Sache fremd ist, kann deshalb im Einzelfall unproblematisch auch auf zivilrechtliche Analogien zurückgegriffen werden.

Nach dem Gesagten sind Bezugsnormen Teil des Strafgesetzes, wenn der Gesetzgeber erst durch die Bezugsnorm das Normprogramm der Strafbarkeit schafft, das die Verfassung von ihm verlangt; die geforderte Grundentscheidung über die Strafbarkeit sich also nur aus dem Zusammenwirken von verweisender Norm und Bezugsnorm ergibt. Dann ist auch Art. 103 Abs. 2 GG auf Bezugsnormen anwendbar. Als Teil des Tatbestandes müssen sie dessen Anforderungen hinsichtlich demokratischer Legitimation und Vorhersehbarkeit erfüllen.<sup>25</sup> Für die Bezugsnormen gelten dann etwa das Analogieverbot oder das Rückwirkungsverbot.

Hat der Gesetzgeber hingegen seinen Programmauftrag mit der verweisenden Norm bereits erfüllt, sind weitere in Bezug genommenen Normen nicht Teil des Strafgesetzes. Wenn die Bezugsnormen nur dazu beitragen, einen aus gesetzgeberischer Sicht hinreichend bestimmten Begriff weiter zu konkretisieren, ist Art. 103 Abs. 2 GG auf sie nicht anwendbar.<sup>26</sup> Insbesondere ist dann auch ein Rückgriff auf untergesetzliche Normen, Gewohnheitsrecht oder Analogieschlüsse möglich.

## 2. Vorgaben für die Auslegung normbezogener Tatbestandsmerkmale

Soweit das Gesetzlichkeitsprinzip damit nicht unmittelbar auf Bezugsnormen Anwendung findet, stellt sich aber die Frage, ob sich aus ihm nicht zumindest besondere Anforderungen für die Auslegung normbezogener Tatbestandsmerkmale und Tatbestände ergeben. Mit dieser

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, Rn. 28, BVerfGE 78, 205; *Gaede*, Der Steuerbetrug (2016), S. 482; *Bülte JuS* 2015, 769, 775.

<sup>17</sup> BVerfG, Urt. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, Rn. 63, BVerfGE 73, 206; Beschl. v. 06.05.1987 – 2 BvL 11/85, Rn. 35, BVerfGE 75, 329; Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 74, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656; Maunz/Dürig/*Remmert*, 81. EL (September 2017), Art. 103 Abs. 2 Rn. 92.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.02.1969 – 2 BvL 15/68, Rn. 75, BVerfGE 25, 269; Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 74, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656; LK-StGB/*Dannecker*, 12. Aufl. (2009), § 1 Rn. 179.

<sup>19</sup> Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 5 Rn. 78.

<sup>20</sup> NK-StGB/*Hassemer/Kargl*, 5. Aufl. (2017), § 1 Rn. 20; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, Rn. 38, BVerfGE 47, 109; *Enderle*, Blankettstrafgesetze (2000), S. 129 ff.

<sup>21</sup> MüKo-StGB/*Schmitz*, 3. Aufl. (2017), § 1 Rn. 45.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.04.1970 – 2 BvR 396/69, Rn. 27, BVerfGE 28, 175; Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 74, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656; Münch/Kunig/*Kunig*, 6. Aufl. (2012), Art. 103 Rn. 30; Mangoldt/Starck/Klein/*Nolte*, 6. Aufl. (2010), Art. 103 Abs. 2 Rn. 143.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 73, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 15.03.1978 – 2 BvR 927/76, Rn. 31, BVerfGE 48, 48; NK-StGB/*Hassemer/Kargl*, 5. Aufl. (2017), § 1 Rn. 33.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, Rn. 28, BVerfGE 78, 205; MüKo-StGB/*Schmitz*, 3. Aufl. (2017), § 242 Rn. 33.

<sup>25</sup> *Gaede*, Der Steuerbetrug (2016), S. 462 f.; *Bülte JuS* 2015, 769, 775; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 15.05.1988 – 2 BvR 579/84, Rn. 28, BVerfGE 78, 205; *Enderle*, Blankettstrafgesetze (2000), S. 127.

<sup>26</sup> Vgl. *Gaede*, Der Steuerbetrug (2016), S. 462 f.

Auslegung wird darüber entschieden, inwieweit die Bezugsnormen auf die Strafbarkeitsentscheidung im Einzelfall durchschlagen. Insofern stellen sich Vorhersehbarkeitsprobleme, die einem Blanketttatbestand nicht unähnlich sind. Die Bezugnahme auf komplexe Rechtsmaterien kann sich erheblich nachteilig für die Vorhersehbarkeit von Strafe auswirken. Gleichzeitig besteht besonders die Gefahr, dass die vom Gesetzgeber vorgesehenen Strafbarkeitsgrenzen überschritten werden, wenn das Gericht auf ein flexibles und unbegrenztes Bezugsrecht zugreift.

Vorgaben für eine vorhersehbarkeitsorientierte Auslegung des Strafrechts lassen sich dem Untreue-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts entnehmen. Danach ergeben sich gerade bei normativen Tatbestandsmerkmalen besondere Auslegungsschranken, die über eine Begrenzung durch den möglichen Wortsinn der Strafnorm hinausgehen. Bei weit gefassten Tatbeständen dürfen die Gerichte nicht durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass die vom Gesetzgeber bezweckte Eingrenzung verloren geht.<sup>27</sup> Nach dem sogenannten Präzisierungsgesetz hat die Rechtsprechung verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Konkretisierung und Präzisierung im Wege der Auslegung möglichst auszuräumen. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Gesetzgeber Tatbestände im Rahmen des Zulässigen weit und unscharf gefasst hat.<sup>28</sup>

Den Begrenzungsschwierigkeiten, die sich bei normbezogenen Tatbeständen ergeben, müssen die Gerichte nach diesen Vorgaben begegnen.<sup>29</sup> Eine Eingrenzung und Präzisierung muss deutlich machen, welche Regelungseffekte der Bezugsnormen in das Strafrecht übernommen werden und damit strafbarkeitsbegündend wirken. Das Bundesverfassungsgericht hat als geeignete Mechanismen etwa eine Obersatzbildung in Form von Fallgruppen sowie die Orientierung an Schutzzweck- und Evidenzkriterien genannt.<sup>30</sup> Eine solche scharfe Konturierung der Strafbarkeitsvoraussetzungen führt dazu, dass der Bezug auf die zunächst unüberschaubare Menge außerstrafrechtlicher Rechtsnormen für den Bürger voraussehbar wird. Gleichzeitig können so die Ziele besser herausgearbeitet werden, die der Gesetzgeber mit der Inbezugnahme verfolgt hat.

Das Gebot einer vorhersehbarkeitsorientierten Auslegung, welche die gesetzgeberische Entscheidung respektiert, ist dabei nicht nur Ausdruck des vom Bundesver-

fassungsgericht in erster Linie in Bezug genommene Bestimmtheitsgebots. Vielmehr sind auch alle anderen Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb zu Recht im Untreue-Beschluss erneut ein weites Verständnis des Analogieverbots betont, dass jede Rechtsanwendung ausschließt, die über den möglichen Wortlaut einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht.<sup>31</sup> Eine vorhersehbarkeitsorientierte Auslegung muss auch den Aspekt des Rückwirkungsverbots berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies für Rechtsprechungsänderungen bereits angedeutet.<sup>32</sup> Aber auch generell muss eine Auslegung vermieden werden, die einer Rückwirkung der Strafvorschrift gleichkäme.

## IV. Anwendung auf die Urteile des BGH

Was bedeutet dies nun für die beiden BGH-Urteile? In einem ersten Schritt ist jeweils zu untersuchen, ob Art. 103 Abs. 2 GG auf die Bezugsnormen unmittelbar anzuwenden ist. In einem zweiten Schritt wird dann zu überprüfen sein, ob sich die Ergebnisse des Gerichtshofs nicht jedenfalls mit der gebotenen restriktiven Auslegung der verweisenden Norm begründen lassen können.

### 1. BGH HRRS 2017 Nr. 74 – Mitteilungspflicht gegenüber der Zusatzversorgungskasse

Die Erfolgsabwendungspflicht des § 13 StGB stellt nach herrschender Meinung kein Blankett dar. Als normatives Tatbestandsmerkmal wird ihr jedoch von Stimmen in der Literatur die erforderliche Bestimmtheit abgesprochen, insbesondere wegen des Bezugs auf ungeschriebene Rechtsgrundlagen.<sup>33</sup> Die komplexe Frage, wann jemand zur Erfolgsabwendung verpflichtet ist, lässt sich jedoch wohl kaum präziser beantworten, ohne die notwendige Abstraktion von Strafnormen, gerade des Allgemeinen Teils, aufzugeben.<sup>34</sup> Zudem wird der Gegenstand der Erfolgsabwendungspflicht durch die Verbindung mit dem Straftatbestand des Besonderen Teils weiter konkretisiert. Insgesamt hat der Gesetzgeber seinen Programmauftrag damit ausreichend erfüllt.<sup>35</sup>

Auf die rückwirkend aufgestellte Meldepflicht sind Art. 103 Abs. 2 GG und das Rückwirkungsverbot deshalb nicht unmittelbar anwendbar. Bei einem derart unbestimmten Tatbestand wie § 13 StGB müssen die genann-

<sup>27</sup> Sog. Entgrenzungs- und Verschleifungsverbot; BVerfG, Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 78, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656; Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, Rn. 62 = HRRS 2015 Nr. 828. Vgl. auch bereits BVerfG, Beschl. v. 20.10.1992 – 1 BvR 698/89, BVerfGE 87, 209.

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 80, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656; Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, Rn. 64 = HRRS 2015 Nr. 828.

<sup>29</sup> AnwK-StGB/Gaede, 2. Aufl. (2015), § 1 Rn. 9.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 108 f., 130, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 77, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656. So bereits BVerfG, Beschl. v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, Rn. 16, BVerfGE 71, 108 und Beschl. v. 10.01.1995 – 1 BvR 718/89, Rn. 46, BVerfGE 92, 1.

<sup>32</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 80, BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>33</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 12. Aufl. (2016), § 15 Rn. 40 f.; Köhler, Strafrecht AT (1997), 213 f.; Seebode, FS Spindel (1992), S. 317 ff.

<sup>34</sup> LK-StGB/Weigend, 12. Aufl. (2009), § 13 Rn. 18 f.; Jakobs, Strafrecht AT (1991), § 29 Rn. 5; Roxin, Strafrecht AT II (2003), § 31 Rn. 33.

<sup>35</sup> BVerfG, Urt. v. 10.06.1997 – 2 BvR 1516/96, Rn. 85, BVerfGE 96, 68; Schönke/Schröder/Stree/Bosch, 29. Aufl. (2014), § 13 Rn. 5/6; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 13 Rn. 2; Roxin, Strafrecht AT II (2003), § 31 Rn. 33.

ten Begrenzungs- und Präzisierungspflichten aber im besonderen Maße gelten. Bereits das Bundesverfassungsgericht hat dessen Verfassungsmäßigkeit nur damit gerechtfertigt, dass der Begriff der Erfolgsabwendungspflicht durch eine langjährige Rechtsprechung weiter konkretisiert worden war und damit frühzeitig den Gedanken einer Präzisierung durch die Gerichte aufgegriffen.<sup>36</sup>

Im vorliegenden Fall liegt hinsichtlich der Bezugsnorm, der nachträglich durch Gesetz für allgemeinverbindlich erklärten Meldepflicht, eine echte, nachteilige Rückwirkung vor. Diese ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig.<sup>37</sup> Vorliegend wird sie aber ausnahmsweise für zulässig gehalten. Das Verbot der echten Rückwirkung fände seine Grenze im Vertrauensschutz. Ein schutzwürdiges Vertrauen in die Nichtigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung habe aber zu keinem Zeitpunkt bestanden.<sup>38</sup>

Es fragt sich, ob diese Bewertung auch bei der Auslegung des *strafrechtlichen* Begriffs der Erfolgsabwendungspflicht übernommen werden kann. Eine strafbegründende Handlungspflicht, deren Voraussetzungen erst nach der Tat geschaffen werden, ist für den Normadressaten eben nicht vorhersehbar. Hintergrund des Rückwirkungsverbots ist zudem, dass das nachträgliche Aufstellen eines Verhaltensgebots nicht mit dem Schuldprinzip vereinbar ist, da sich der Normadressat in seinem Handeln nicht an dem Gebot orientieren kann.<sup>39</sup> Für das nachträgliche Aufstellen normativer Tatumstände kann nichts anderes gelten. Es können deshalb nur solche Normen zur Begründung einer Erfolgsabwendungspflicht nach § 13 StGB herangezogen werden, die im Zeitpunkt der Tat auch tatsächlich bestanden.

Anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil der Angeklagte zum Tatzeitpunkt selbst davon ausging, einer Meldepflicht zu unterliegen und damit die Voraussetzungen einer Strafbarkeit annahm. Für die Begründung von *Strafe* kann das Argument nicht genügen, der Täter habe nicht schutzwürdig in die tatsächliche Rechtslage und damit seine *Straflosigkeit* vertraut. Die irriige Annahme, ein Sachverhalt unterfalle einer Strafnorm, macht die Strafbarkeit noch nicht vorhersehbar.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> BVerfG, Urt. v. 10.06.1997 – 2 BvR 1516/96, Rn. 85, BVerfGE 96, 68. Eine Präzisierungspflicht der Gerichte betont zu Recht NK-StGB/Gaede, 5. Aufl. (2017), § 13 Rn. 3; vgl. auch LK-StGB/Weigend, 12. Aufl. (2009), § 13 Rn. 19. Eine Präzisierung der Erfolgsabwendungspflicht findet sich etwa anhand des Tatbestandsmerkmals „rechtlich“ bei Seebode, FS Spindel (1992), S. 317, 340 ff.

<sup>37</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, 81. EL (September 2017), Art. 20 Rn. 80, 83 ff.; Stern, Staatsrecht Bd. I, 2. Aufl. (1984), S. 831 ff.

<sup>38</sup> LAG Hessen, Urt. v. 2.6.2017 – 10 Sa 907/16, NZA-RR 2017, 485; Engels NZA 2017, 680, 684 f.; Ulber NZA 2017, 1104, 1107; Berndt DStR 2017, 1166, 1169.

<sup>39</sup> NK-StGB/Hassemer/Kargl, 5. Aufl. (2017), § 1 Rn. 44; MüKo-StGB/Schmitz, 3. Aufl. (2017), § 1 Rn. 32; SK-StGB/Rudolphi/Jäger, 9. Aufl. (2017), § 1 Rn. 7.

<sup>40</sup> Eine Strafbarkeit (wegen Versuchs) kann sich aber wegen des Irrtums über die Wirksamkeit der ursprünglichen Allgemeinverbindlichkeitserklärung ergeben. Anders als vom BGH (Urt. v. 08.06.2017 – 1 StR 614/16, Rn. 12 = HRRS

Im Ergebnis ist dem BGH deshalb zuzustimmen, wenn er eine Strafbarkeit aufgrund der rückwirkenden Allgemeinverbindlichkeitserklärung mit dem Verweis auf Art. 103 Abs. 2 GG verwirft.

## 2. BGH HRRS 2017 Nr. 968 – Göttinger Organverteilungsskandal

Hinsichtlich einer Strafbarkeit wegen Totschlags stellt sich zunächst die Frage, ob dieser Tatbestand überhaupt einen Normbezug aufweist. Auf den ersten Blick enthält der Totschlag allein deskriptive Tatbestandsmerkmale. Wiederholt ist zurecht darauf hingewiesen worden, dass § 212 StGB keine bestimmte Begehungsform kennt.<sup>41</sup> Eine Strafbarkeit ist nicht von einer Zuwiderhandlung gegen weitere, in Bezug genommene Handlungsgebote abhängig, sie setzt lediglich die zurechenbare Verursachung des Todes eines anderen Menschen voraus.<sup>42</sup> Ein Totschlag wäre danach zu bejahen, ohne dass die Vorschriften des TPG oder die BÄK-Richtlinie überhaupt eine Rolle spielen würden.

Nicht jede Handlung, die für den Tod eines leberkranken Patienten kausal im Sinne der Äquivalenztheorie ist, kann aber einen Totschlag darstellen.<sup>43</sup> Anderenfalls müsste jede Vergabe eines Spenderorgans als Totschlag strafbar sein. Jeweils bestünde ein hypothetischer rettender Kausalverlauf, nach dem ein anderer Patient das Organ erhält und nach Abbruch dieses alternativen Kausalverlaufs nun verstirbt.

Wenn jedes Handeln oder Unterlassen zu einer Rechtsgutsbeeinträchtigung führen würde, kann die Beeinträchtigung des Rechtsguts nicht ausreichen, um den Tatbestand eines Erfolgsdelikts zu erfüllen. Vielmehr bedarf es einer normativen Entscheidung, die diesen Konflikt auflöst und zulässiges von unzulässigem Handeln scheidet. Erst wegen der Verteilungsregeln des TPG und der BÄK-Richtlinie lässt sich der Tod eines Patienten der Manipulationshandlung des Arztes zuordnen und kann deshalb von einer Verursachung des Todes durch diese Handlung gesprochen werden.<sup>44</sup> Zugegebenermaßen muss dabei im Folgenden vorausgesetzt werden, dass TPG und BÄK-Richtlinie einen solchen Bezug zum Tod eines individuellen Patienten tatsächlich herstellen können. Teile der Literatur und das Landgericht Göttingen verneinen einen solchen Zusammenhang, da es sich bei dem Recht des Einzelnen auf die Versorgung mit einer gesunden Leber nur um ein derivatives Teilhaberecht handele und kein

2017 Nr. 749) angenommen, liegt insofern ein untauglicher Versuch und kein Wahndelikt vor. Der Angeklagte ging nicht nur fälschlicherweise davon aus, ein Strafgesetz zu verletzen; mit dem Irrtum über das Bestehen der Meldepflicht irrte er über die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Strafbarkeit. Vgl. NK-StGB/Puppe, § 13 Rn. 148.

<sup>41</sup> *Rissing-van Saan* NStZ 2014, 233, 239; *Bülte* StV 2013, 749, 753; so auch BGH, Urt. v. 28.06.2017 – 5 StR 20/16, Rn. 35, BGHSt 62, 223 = HRRS 2017 Nr. 968.

<sup>42</sup> Vgl. *Kudlich* NJW 2017, 3256.

<sup>43</sup> *Haas* HRRS 2016, 384, 388 sowie allgemein NK-StGB/Puppe, 5. Aufl. (2017), vor §§ 13 ff. Rn. 153.

<sup>44</sup> *Bülte* StV 2013, 749, 754. Vgl. auch *Streng-Baunemann*, FS Streng (2017), S. 767, 776 f.; *Schroth* NStZ 2013, 437, 444.

individueller Anspruch auf ein Organ bestehe.<sup>45</sup> Der BGH hat diese Frage offen gelassen.<sup>46</sup>

Der Ort, eine solche Normativierung der Erfolgszurechnung im Tatbestand des Totschlags zu berücksichtigen, ist die objektive Zurechnung, genauer gesagt die Frage nach der Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr.<sup>47</sup> Erst die Ausgestaltung des Organverteilungsverfahrens durch TPG und BÄK-Richtlinie entscheidet darüber, welche Handlungen der beteiligten Ärzte als relevante, da rechtlich missbilligte Risikozurechnung zu bewerten sind.

Macht diese Öffnung des Zurechnungsbegriffs für normative Wertungen den Totschlag zum Blankett? Dass dem Gesetzgeber gerade im Allgemeinen Teil des Strafrechts besonders abstrakte Formulierungen erlaubt sind, ist bereits dargestellt worden. Der entscheidende Unrechtsvorwurf, das Verursachen des Todes eines Menschen, ergibt sich zudem klar aus der Norm. In der überwiegenden Zahl der Fälle ist der Begriff der Verursachung dabei unmittelbar und ohne dass es einer weiteren Konkretisierung bedürfte einleuchtend.

Gleichzeitig zeigt die seit Inkrafttreten des StGB anhaltende Diskussion um den richtigen Verursachungsbegriff,<sup>48</sup> die auch nicht auf das Strafrecht beschränkt ist,<sup>49</sup> dass ein verfestigtes Verständnis von Verursachung nicht existiert. Der Gesetzgeber könnte sich gar nicht auf eine genauere Beschreibung des für das Strafrecht grundlegenden Konzepts Verursachung festlegen, solange er dieses zukunftsfest gestalten will. Auf eine genauere Definition des Verursachungsbegriffs durfte er deshalb auch verzichten, um dessen Weiterentwicklung anhand naturwissenschaftlicher und philosophischer Neuerungen zu ermöglichen.

Die gebotene Offenheit des gesetzlichen Verursachungsbegriffs verlangt nach dem zuvor Ausgeführten nach einer umso stärkeren Präzisierung durch die Gerichte. Die Rechtsprechung, die bis jetzt offen gelassen hat, ob es bei Vorsatzdelikten über die Kausalität hinaus weiterer Zurechnungskriterien bedarf,<sup>50</sup> wäre deshalb gut damit beraten, Kriterien und Fallgruppen der in der Lehre erheblich ausdifferenzierten Figur der objektiven Zurechnung<sup>51</sup> zu übernehmen, um den unbestimmten Rechtsbegriff der Erfolgszurechnung zu begrenzen und vorhersehbar zu machen.

Die untergesetzlichen Normen der BÄK-Richtlinie können damit grundsätzlich unproblematisch zur Auslegung des § 212 StGB herangezogen werden. Es stellt sich damit allein die Frage, ob der BGH die Auslegungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts und damit Art. 103 Abs. 2 GG verletzt hätte, wenn er eine Zurechnung und damit eine Strafbarkeit angenommen hätte.

In Hinblick auf eine ansonsten fehlende Vorhersehbarkeit der Strafe ist das zu verneinen. Dass die Vergabe von knappen Ressourcen wie Spenderorganen notwendigerweise nach rechtlichen Regeln erfolgen muss und deshalb auch eine Strafbarkeit in diesem Kontext von der Einhaltung der Regeln abhängt, ist nicht nur dann ersichtlich, wenn man wie ein Arzt über ein berufsbedingtes Expertenwissen verfügt.<sup>52</sup> Zwar wäre es denkbar, die rechtliche Missbilligung eines Verhaltens davon abhängig zu machen, dass sie sich für jeden erkennbar aus geschriebenen Normen ergibt. Unabhängig davon, dass dies etwa gewohnheitsrechtliche Risikoverbote verhindern würde, wären die normativen Grundlagen des Organvergabeverfahrens aber jedenfalls hinreichend verschriftlicht.

Der BGH stützt sich darauf, dass es für die Alkoholkarenzklausel keine medizinische Rechtfertigung gäbe, eine Strafbarkeit aber nicht auf einen reinen „Formalverstoß“ ohne Rechtsgutsbezug gestützt werden könne.<sup>53</sup> Nun genügt für den Totschlag die zurechenbare Verursachung des Todes. Das ist der Vorwurf an den Arzt, nicht der Verstoß gegen die BÄK-Richtlinie. Die Strafbarkeit wird nicht von einem Rechtsgutsbezug befreit, nur weil die Richtlinie herangezogen wird, um die Verursachung zu begründen. Es ließe sich jedoch überlegen, ob es eine unzulässige Entgrenzung des Tatbestandes entgegen dem gesetzgeberischen Willen darstellt, wenn zur Auslegung des Verursachungsbegriffs die BÄK-Richtlinie herangezogen wird. Zwar ist es nicht erforderlich, dass eine Festlegung des rechtlich missbilligten Risikos abschließend durch den Gesetzgeber erfolgt. Man könnte den BGH aber derart verstehen, dass der Zusammenhang zwischen Manipulationshandlung und Patiententod nicht mit dem Verstoß gegen Vorschriften begründet werden könne, die in keinem Zusammenhang mit dem vom Gesetzgeber bezweckten Rechtsgüterschutz stehen. Ganz in diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht angeregt, die Inbezugnahme von Normen anhand des Schutzzwecks des Strafgesetzes zu begrenzen,<sup>54</sup> wie es etwa bei der Untreue zur Vermögensbetreuungspflicht diskutiert wird.<sup>55</sup>

<sup>45</sup> LG Göttingen, Urt. v. 06.05.2015 – 6 Ks 4/13, Rn. 44 f.; 2051 ff.; *Bülte StV* 2013, 753, 756; *Schroth NSTz* 2013, 437, 443. A.A. *Rissing-van Saan/Verrel NSTz* 2018, 57, 62 f. Einen Anspruch bejahend *Rissing-van Saan NSTz* 2014, 233; *Haas, HRRS* 2016, 384, 389.

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 28.06.2017 – 5 StR 20/16, Rn. 27 ff., *BGHSt* 62, 223 = *HRRS* 2017 Nr. 968.

<sup>47</sup> So auch *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JZ* 2018, 32, 33.

<sup>48</sup> Siehe nur Zusammenfassung bei *Roxin, Strafrecht AT I*, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 3 ff., 35 ff.

<sup>49</sup> Zum Zivilrecht siehe nur *Staudinger/Schiemann* (2005), § 249 Rn. 8 ff., zum Verwaltungsrecht vgl. *Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht*, 9. Aufl. (2016), Rn. 241 ff.

<sup>50</sup> Vgl. *Fischer, StGB*, 65. Aufl. (2018), vor § 13 Rn. 31 mwN.

<sup>51</sup> Vgl. dazu nur die Darstellung bei *Kühl, Strafrecht AT*, 8. Aufl. (2017), § 4 Rn. 43 ff.

<sup>52</sup> Solches Expertenwissen soll nach dem BVerfG die Bestimmtheitsmaßstäbe sogar weiter reduzieren, vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.06.1969 – 2 BvR 518/66, Rn. 51, BVerfGE 26, 186; Beschl. v. 15.03.1978 – 2 BvR 927/76, Rn. 32, BVerfGE 48, 48, zuletzt offen gelassen von BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, Rn. 52, BVerfGE 143, 38 = *HRRS* 2016 Nr. 1112. Kritisch zu dieser Rechtsprechung *Seebode JZ* 2004, 305.

<sup>53</sup> *BGH, Urt. v. 28.06.2017 – 5 StR 20/16, Rn. 35, BGHSt* 62, 223 = *HRRS* 2017 Nr. 968.

<sup>54</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 133, BVerfGE 126, 170 = *HRRS* 2016 Nr. 1112.

<sup>55</sup> Vgl. *BGH, Beschl. v. 13.09.2010 – 1 StR 220/09, Rn. 36, BGHSt* 55, 288 = *HRRS* 2010 Nr. 945; *MüKo-StGB/Dierlamm*, 2. Aufl. (2014), § 266 Rn. 47; *Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier*, 4. Aufl. (2015), Rn. 212 ff.;

Im vorliegenden Fall ist aber Folgendes zu beachten: Zwar mag es keine wissenschaftlichen Anhaltspunkte dafür geben, dass die Alkoholkarenzklausel medizinisch sinnvoll ist.<sup>56</sup> Gleichzeitig soll sie aber nach der Vorstellung des Richtliniengebers eine verfassungskonforme Organverteilung sicherstellen und damit dem Lebensschutz dienen.<sup>57</sup> Dass sie dazu nicht geeignet ist, kann zwar zu ihrer Verfassungswidrigkeit führen, lässt ihre Schutzrichtung aber unbeschadet. Bei der *normativen* Entscheidung über den Verursachungszusammenhang spielt die Frage der *faktischen* Wirksamkeit der Norm keine Rolle. Es kommt nicht darauf an, was die Norm tatsächlich leistet, sondern was sie leisten soll.

Für die hier allein gestellte Frage nach einer mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbaren Entgrenzung des Tatbestandes kommt es hingegen nicht darauf an, ob der Lebensschutz durch TPG und BÄK-Richtlinie abstrakt oder individuell ausgestaltet ist. Vorhersehbarkeit und das Wahren des gesetzgeberischen Willens gebieten eine solch feine Differenzierung nicht.<sup>58</sup> Ohne eine individualschützende Wirkung der Normen könnte es zwar an einem hinreichenden Schutzzweckzusammenhang fehlen. Das ist aber zunächst eine Auslegungsfrage des einfachen Rechts. Auch wenn die Auslegung von Strafgesetzen im Rahmen des Entgrenzungsverbots einer intensiveren verfassungsrechtlichen Kontrolle unterliegt,<sup>59</sup> ergibt sich aus Art. 103 Abs. 2 GG keine vollständige verfassungsrechtliche Determination eines einfachrechtlichen Zurechnungskriteriums.

Im Ergebnis kann dem BGH damit nicht darin gefolgt werden, dass eine strafrechtliche Bezugnahme auf TPG und die BÄK-Richtlinie nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar wäre. Es erscheint jedoch naheliegend, dass diese Regelungen nicht strafbarkeitsbegründend wirken können, weil sie aus anderen Gründen verfassungswidrig sein dürften.<sup>60</sup> Verfassungsrechtliche Grenzen ergeben

sich für normbezogene Tatbestände und ihre Bezugsnormen wie bei allen Strafnormen eben nicht nur aus Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>61</sup>

#### IV. Fazit

Art. 103 Abs. 2 GG ist nicht auf Bezugsnormen anwendbar, wenn diese nicht Teil des strafgesetzlichen Tatbestandes sind. Das bestimmt sich wiederum danach, ob die Strafnorm auch ohne Bezugsnorm die Gesetzmäßigkeitsanforderungen an den Gesetzgeber zur Schaffung eines „Normprogramms“ erfüllt. Darüber hinausgehende Vorhersehbarkeitsprobleme muss die Rechtsprechung lösen, und zwar durch präzisierende Auslegung. Diese muss klarstellen, welche außerstrafrechtlichen Rechtsentscheidungen in strafrechtliche Begriffe übernommen werden können. Dies gilt auch im Allgemeinen Teil des StGB und dort insbesondere, weil die Anforderungen an die gesetzgeberische Regelungstiefe hier besonders niedrig sind.

Die den besprochenen Urteilen zugrunde liegenden Sachverhalte dürften zunächst wohl jeweils einzigartig bleiben. Es bleibt deshalb abzuwarten, ob der BGH die Entscheidungen zum Anlass nimmt, bei normbezogenen Tatbeständen Art. 103 Abs. 2 GG generell verstärkt heranzuziehen.<sup>62</sup> Der Ansatz, auch bei der Auslegung normativer Tatbestandsmerkmale den Vorgaben des Gesetzmäßigkeitsprinzips ein höheres Gewicht zuzumessen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Inhaltlich kann er aber nur hinsichtlich des Urteils zur Meldepflicht überzeugen. Vor dem Hintergrund des Rückwirkungsverbots ist dem BGH darin beizupflichten, dass rückwirkend angeordnete Handlungspflichten nicht Grundlage einer Garantienpflicht sein können. Nicht überzeugen kann allerdings die Begründung des BGH im Organspende-Fall. Weder aus Vorhersehbarkeitsgesichtspunkten noch zur Wahrung eines gesetzgeberischen Willens ist es erforderlich, bei der objektiven Zurechnung des Todeserfolgs zur Manipulationshandlung des Arztes die BÄK-Richtlinie nicht heranzuziehen.

Rönnau StV 2011, 753, 754 f. Kritisch dazu unter Verweis auf den bereits zwingenden Fremdvermögensbezug der untreuerelevanten Pflichten S/S/W/Saliger, 3. Aufl. (2017), § 266 Rn. 103 sowie LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. (2012), § 266 Rn. 185.

<sup>56</sup> Kritisch zu dieser Aussage des BGH aber Rissing-van Saan/Verrel NStZ 2018, 57, 60.

<sup>57</sup> Vgl. LG Göttingen, Urt. v. 06.05.2015 – 6 Ks 4/13, Rn. 52 sowie Kudlich NJW 2017, 3256.

<sup>58</sup> Anders möglicherweise LG Göttingen, Urt. v. 06.05.2015 – 6 Ks 4/13, Rn. 2046.

<sup>59</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, Rn. 81 ff., BVerfGE 126, 170 = HRRS 2016 Nr. 1112.

<sup>60</sup> Diese Differenzierung der Gründe der Verfassungswidrigkeit betonen zu Recht auch Rissing-van Saan/Verrel NStZ 2018, 57, 59. Vgl. zu den unterschiedlichen Begründungen einer Verfassungswidrigkeit etwa LG Göttingen Urt. v. 06.05.2015 – 6 Ks 4/13, Rn. 57: Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz; Dannecker/Streng-Baunemann NStZ 2014, 673, 675 f.; Schroth/Hofmann medstra 2018, 3, 7 f.: Regelung durch Richtlinie unvereinbar mit Wesentlichkeits-

grundsatz; Schroth/Hofmann, Jahrbuch für Recht und Ethik 24 (2016), S. 309, 318: Richtlinie überschreite die gesetzliche Ermächtigung; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JZ 2018, 32: Verstoß gegen das Prinzip der Lebenswertindifferenz. Zu einer fehlenden strafbarkeitsbegründenden Wirkung der Richtlinie mangels Verbindlichkeit für den einzelnen Arzt vgl. Schroth/Hofmann, Jahrbuch für Recht und Ethik 24 (2016), S. 309, 318.

<sup>61</sup> Vgl. etwa Gaede, Der Steuerbetrug (2016), S. 475 ff. zu spezifisch steuerrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen im Rahmen von § 370 AO sowie grundsätzlich S. 326 ff., 338 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Hoven NStZ 2017, 707, 708 dazu, ob die Ausführungen des 5. Senats zum Vorsatz eine dauerhafte Änderung der Rechtsprechung begründen.

# Zur Erstreckung des bedingten Strafantragerfordernisses aus § 183 Abs. 2 StGB auf § 183a StGB

Von Richter am Landgericht Jan Dehne-Niemann, Mannheim

## I. Einleitung

Auch wegen ihrer vergleichsweise geringen praktischen Bedeutung<sup>1</sup> stellt die Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB) nur einen kleinen Zweig am Baum der Sexualstrafrechtsdogmatik dar. Allgemein wird § 183a StGB eher unter dem Gesichtspunkt verfassungsrechtlicher Legitimität thematisiert als dass man sich um eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit seinen Anwendungsvoraussetzungen bemühen würde. Dabei zählt die Vorschrift zu den in puncto Geltungsgrund, Rechtsgutsbezug und Regelungsgehalt am wenigsten geklärten Normen des Sexualstrafrechts. Die nachfolgenden Zeilen beleuchten das Verhältnis der Subsidiaritätsklausel (§ 183a a.E. StGB) zum Strafantragsvorbehalt (§ 183 Abs. 2 StGB), unter dem die Schwestervorschrift § 183 Abs. 1 StGB steht, und versucht damit, der defizitären Durchdringung des § 183a StGB für einen der Hauptstreitpunkte abzuwehren.

## II. Die Bedeutung der Subsidiaritätsklausel für die Anwendung des § 183a StGB

### 1. Formelle Subsidiarität des § 183a StGB gegenüber § 183 Abs. 1 StGB

a) Die in der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis verhältnismäßig geringe Bedeutung des § 183a StGB mag zumindest auch auf seine Subsidiarität gegenüber der „Schwestervorschrift“ § 183 StGB zurückzuführen sein: Eine Bestrafung des Ärgerniserregenden nach § 183a StGB erfolgt nur, „wenn die Tat nicht in § 183 mit Strafe bedroht ist“ (§ 183a StGB a.E.). Stellt die ärgerniserregende öffentliche sexuelle Handlung also zugleich eine exhibitionistische Handlung i.S. des § 183 Abs. 1 StGB dar, so tritt § 183a StGB gegenüber § 183 StGB –

<sup>1</sup> Die Polizeiliche Kriminalstatistik weist für die Jahre 2015 und 2016 720 bzw. 902 Fälle des § 183a StGB auf (bei 7.558 bzw. 8.001 Fällen der exhibitionistischen Handlung nach § 183 Abs. 1 StGB).

nach h.M. als formell subsidiär<sup>2</sup> – zurück. Folglich ist § 183a StGB nur dort von eigenständiger Bedeutung, wo eine ärgerniserregende sexuelle Handlung nicht auch die Voraussetzungen einer exhibitionistischen Handlung nach § 183 Abs. 1 StGB erfüllt.

Soweit zum Teil angenommen wird, § 183 Abs. 1 StGB stelle gegenüber § 183a StGB die speziellere Vorschrift dar,<sup>3</sup> kann dem nicht gefolgt werden: Gegen Spezialität im herkömmlichen Sinne eines Subordinationsverhältnisses spricht, dass (insb. wegen des Öffentlichkeitserfordernisses des § 183a<sup>4</sup>) Handlungen denkbar sind, die exhibitionistisch, nicht aber zugleich ärgerniserregend sexuell sind und damit nur unter § 183 Abs. 1 StGB, nicht aber zugleich unter § 183a StGB fallen. § 183a StGB ist somit nur rechtstatsächlich regelmäßig, nicht aber denknotwendig tatbestandlich miterfüllt. Davon, dass „in § 183 eine Sonderregelung (scil. des § 183a StGB, J.D.-N.) für Exhibitionisten“ getroffen worden wäre<sup>5</sup>, kann also nicht die Rede sein.

b) In puncto taugliche Tatsubjekte unterscheidet sich § 183a von § 183 Abs. 1 StGB: Während § 183a StGB von Männern wie von Frauen begangen werden kann, ist der Täterkreis des § 183 Abs. 1 StGB – trotz verschiedentlich erhobener Forderungen nach geschlechtsneutraler Formulierung<sup>6</sup> und trotz der in § 183 Abs. 4 StGB zum Aus-

<sup>2</sup> Für formelle Subsidiarität *Bottke* FS Szwarc, 2009, S. 297, 316; *Gössel* Das neue Sexualstrafrecht, 2005, S. 209; *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 183a Rn. 5; *Laubenthal* Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 758; *Laufhütte/Roggenbuck* in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183a Rn. 10; *Eisele* in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 183a Rn. 8; *Wolters* in SK-StGB, 2010, § 183a Rn. 8.

<sup>3</sup> Für Spezialität des § 183 StGB *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 183a Rn. 7; *Hörnle* in MK-StGB, 3. Aufl. 2017, § 183a Rn. 11; *Ziegler* in BeckOK-StGB, 38. Ed. Mai 2018, § 183 Rn. 8, § 183a Rn. 9.

<sup>4</sup> Vgl. *Bottke* FS Szwarc, 2009, S. 297, 316.

<sup>5</sup> Wovon die Gesetzesbegründung ausgeht, vgl. BT-Drs. VI/1552, S. 32.

<sup>6</sup> Vgl. etwa die Meldung des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages vom 25.01.2017 (**hib 43/2017**), wonach der Petitionsausschuss die Forderung, § 183 StGB geschlechtsneutral zu formulieren, unterstützt (unter [https://www.bundestag.de/presse/hib/2017\\_01/-/490402](https://www.bundestag.de/presse/hib/2017_01/-/490402), letztmals abgerufen am 14.01.2018); krit. zur Begehbarkeit

druck kommenden gesetzgeberischen Vorstellung, dass auch Frauen eine exhibitionistische Handlung vornehmen können – nach wie auf Männer beschränkt. Damit findet § 183a StGB auch auf solche ärgerniserregende sexuelle Handlungen von Frauen Anwendung, die zugleich exhibitionistische Handlungen darstellen; einen Vorrang des § 183 Abs. 1 StGB kann es insofern nicht geben. Denn da exhibitionistische Handlungen von Frauen nicht den Tatbestand des § 183 Abs. 1 StGB erfüllen, fehlt der Anknüpfungspunkt für die Subsidiaritätsklausel des § 183a a.E. StGB; es ist dann gerade nicht der Fall, dass die Tat in § 183 StGB mit Strafe bedroht ist. Somit kann jede nach § 183a StGB tatbestandsmäßige ärgerniserregende sexuelle Handlung von Frauen, mag sie auch zugleich eine exhibitionistische sein, mangels Eingreifens der Subsidiaritätsklausel aus § 183a StGB bestraft werden. Dies führt zu der eigenartigen, aber *de lege lata* zwingenden und hinzunehmenden Konsequenz, dass männliche exhibitionistisch-ärgerniserregende Handlungen nach § 183 Abs. 1 StGB, ebensolche von Frauen hingegen nach § 183a StGB bestraft werden.

## 2. Tatbestandliche Bereichsausnahme von § 183a StGB bei Tatbegehung durch eine Frau?

Der naheliegenden radikalen Idee, zur Vermeidung dieses Ergebnisses jegliche exhibitionistische Handlungen – also insbesondere auch solche von Frauen – aus dem Anwendungsbereich des § 183a StGB herauszunehmen – etwa mit der Begründung, § 183a a.E. StGB enthalte eine grundsätzliche und nicht auf das Handeln von Männer beschränkte Privilegierung exhibitionistischer Handlungen –, steht *de lege lata* § 183 Abs. 4 Nr. 1 StGB entgegen, wo die Strafbarkeit auch von Frauen wegen exhibitionistischer Handlungen nach einem anderen als § 183 StGB, im Höchstmaß mit einem Jahr Freiheitsstrafe bedrohten Straftatbestand – worunter § 183a StGB fällt – explizit vorausgesetzt wird. Die dort geregelte Erstreckung der Möglichkeit erweiterter Strafaussetzung zur Bewährung aus § 183 Abs. 3 StGB auch auf exhibitionistisches Handeln von Frauen wäre weitgehend ohne Anwendungsbereich, wollte man solches Handeln von vornherein dem Anwendungsbereich des § 183a StGB entziehen. Zudem müsste eine Herausnahme exhibitio-

---

des § 183 Abs. 1 StGB nur durch Männer zuletzt auch *Wolters GA* 2014, 556, 559 ff. sowie *Weigend ZStW* 129 (2017), 513, 520 f., der zu Recht darauf hinweist, dass entgegen *Hörnle* in *MK-StGB*, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 5 die *faktische* Seltenheit des weiblichen Exhibitionismus (dazu *Nedopil/Müller Forensische Psychiatrie*, 4. Aufl. 2012, S. 246; *Eisele* in *Schönke/Schröder, StGB*, 29. Aufl. 2014, § 183 Rn. 2) keinen *normativ* relevanten Grund für eine Beschränkung für eine geschlechtsdiskriminierende Regelung des Tatobjekts bietet; eingehend zur Problematik *Sick ZStW* 103 (1991), 46, 83 ff. – Sub specie Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG ist die Beschränkung der Begehbarkeit des § 183 Abs. 1 StGB durch Männer nach Ansicht des *BVerfG* (BeckRS 1999, 30052472) verfassungsrechtlich unbedenklich; abl. *Langenfeld* in *Maunz/Dürig, Grundgesetz*, 74. Lfg. Mai 2015, Art. 3 Abs. 2 Rn. 133; krit. *Sander* Zur Beurteilung exhibitionistischer Handlungen, 1996, S. 121 ff.; *ders.* ZRP 1997, 447, der für eine Herabstufung des § 183 Abs. 1 StGB zur Ordnungswidrigkeit eintritt; vgl. ferner *Hörnle MSchrKrim* 2001, 212; *dies.* Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 462.

nistischer Handlungen von Frauen aus dem Anwendungsbereich des § 183a StGB auf eine andersgeartete dogmatische Grundlage gestellt werden: Während es sich bei der für Männer geltenden Wendung „wenn die Tat nicht in § 183 mit Strafe bedroht ist“ unstrittig um eine Konkurrenzregelung handelt, die ein tatbestandsmäßig-normwidriges Handeln nach § 183a StGB voraussetzt, müsste, um exhibitionistische Handlungen von Frauen dem Anwendungsbereich (auch) des § 183a StGB zu entziehen, eine ungeschriebene tatbestandliche Bereichsausnahme geschaffen werden, deren Etablierung – schon mit Blick auf die grundsätzliche Bedeutung der sich ergebenden Strafflosigkeit weiblichen exhibitionistisch-ärgerniserregenden Verhaltens – dem Gesetzgeber zu überlassen wäre.

## III. Die Auswirkung des Fehlens der Verfolgungsvoraussetzungen nach § 183 Abs. 2 StGB auf die Verfolgung wegen Erregung öffentlichen Ärgernisses gemäß § 183a StGB

Die Bemühungen um die Konturierung eines gegenüber § 183 Abs. 1 StGB eigenständigen Anwendungsbereichs des § 183a StGB werden dadurch erschwert, dass gemäß § 183 Abs. 2 StGB die Verfolgung einer exhibitionistischen Handlung unter einen bedingten Strafantragsvorbehalt steht, also von der (fristgemäßen) Stellung eines Strafantrages oder alternativ von der staatsanwaltschaftlichen Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung abhängt, wohingegen die Erregung öffentlichen Ärgernisses ein solches bedingtes Antragserfordernis nicht vorsieht und somit als *Offizialdelikt* ausgestaltet ist. Beim Zusammentreffen beider Tatbestände können sich aus dem Zusammenspiel des bedingten Antragserfordernisses und der Subsidiaritätsklausel komplizierte Anwendungsprobleme ergeben, wenn eine Handlung als exhibitionistische sowohl unter § 183 Abs. 1 StGB als auch als sexuell-ärgerniserregende unter § 183a StGB zu subsumieren ist, aber der für eine Verfolgung der Straftat nach § 183 Abs. 1 erforderliche Strafantrag (§ 183 Abs. 2 StGB) nicht gestellt ist und die Staatsanwaltschaft – was angesichts der im Vergleich zum Fallaufkommen geringen Verurteilungszahlen<sup>7</sup> und der örtlichen Unterschiede bei der Handhabung des besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung einer exhibitionistischen Handlung durchaus kein realitätsfernes Szenario ist – das Fehlen des Strafantrags nicht durch Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung substituiert hat.<sup>8</sup> Eindeutig ist

<sup>7</sup> Ca. 40 % aller jungen Frauen geben an, bereits einmal von einer exhibitionistischen Handlung betroffen gewesen zu sein, vgl. *Kury/Yoshida/Würger KrimJ* 2005, 109, 116. Dem stehen für das Jahr 2011 lediglich 662, für 2012 nur 681 und für 2013 ganze 740 Verurteilungen nach § 183 StGB gegenüber, vgl. *Hörnle* in *MK-StGB*, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 3.

<sup>8</sup> Nach *Hörnle* in *MK-StGB*, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 28 soll nicht schon dann ein öffentliches Interesse anzunehmen sein, wenn man sich von der Verurteilung einen positiven Effekt auf die Therapiebereitschaft erhofft, sondern erst dann, wenn der Tatunwert erheblich über dem bei exhibitionistischen Handlungen Üblichen liegt (etwa bei besonders

noch, dass in einem solchen Fall die exhibitionistische und öffentlich-ärgerniserregende Tat nicht aus § 183 Abs. 1 StGB strafbar ist, weil die Verfolgungsvoraussetzungen des § 183 Abs. 2 StGB nicht gegeben sind.

## 1. Problematik und Meinungsfeld

Unklar ist aber, ob aus § 183a StGB bestraft werden kann. Dafür kommt es auf das Eingreifen und die Reichweite der Subsidiaritätsklausel an. Ob, wie § 183a a.E. StGB verlangt, „die Tat nicht in § 183 mit Strafe bedroht ist“, hängt davon ab, ob man verlangt, dass der Täter im konkreten Fall aus § 183 Abs. 1 StGB bestraft wird oder ob man die grundsätzliche – d.h. von der konkreten Verfolgbarkeit unabhängige – Erfüllung des § 183 Abs. 1 StGB ausreichen lässt.

a) Ganz überwiegend versteht man die Subsidiaritätsklausel in letzterem Sinne und erteilt damit einem Rückgriff auf § 183a StGB für den Fall der Nichtverfolgbarkeit des § 183 Abs. 1 StGB eine Absage.<sup>9</sup> Begründet wird dies damit, dass ein Rückgriff auf den identischen Straffrahmen des § 183a StGB bei Fehlen der Verfolgungsvoraussetzungen die Privilegierungsfunktion des § 183 Abs. 2 StGB unterlaufe; als Auffangtatbestand sei § 183a StGB nicht gedacht.<sup>10</sup> Damit ist ein Täter einer exhibitionistischen Handlung, die zugleich als sexuelle Handlung ein öffentliches Ärgernis erregt, nicht einmal dann gemäß

drastischem Vorgehen oder zahlreichen Taten); ähnlich *Benz Sexuell anstößiges Verhalten*, 1982, S. 67 f.; *Wolters* in SK-StGB, 135. Lfg. 2012, § 183 Rn. 9 (mit zusätzlicher Bezugnahme auf Nr. 234 Abs. 1 RiStBV); anders, nämlich für eine Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses schon bei anzunehmender Hervorrufung oder Steigerung der Therapiemotivation die h.M., vgl. etwa *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 183 Rn. 9; *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 183 Rn. 6; *Eisele* in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 183 Rn. 8; *Laue* in Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht Handkommentar, 4. Aufl. 2017, § 183 Rn. 5; *Ziegler* in BeckOK-StGB, 38. Ed. Mai 2018, § 183 Rn. 15; *Weigend* ZStW 129 (2017), 513, 519 f. sieht unter Bezugnahme auf § 183 Abs. 3 StGB den „wahren Grund für die Beibehaltung der Inkriminierung darin, dass man dem ohnehin häufig bestehenden Leidensdruck des Exhibitionisten den Zwang der Strafe hinzufügen und so den Weg zur Therapie anstoßen möchte“; vgl. ferner *Börner* in *Leipold/Tsambikakis/Zöllner* (Hrsg.), *Anwaltkommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 183 Rn. 18; *Laufhütte/Roggenbuck* in *LK-StGB*, 12. Aufl. 2010, § 183 Rn. 7, die auch in der Rückfallgefahr ein weiteres Kriterium des zu bejahenden öffentlichen Interesses erblicken. – Nach der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. VI/1552, S. 31 f.) besteht der Geltungsgrund des § 183 StGB gerade darin, dass mit der „Strafdrohung bei dem Täter ein hinreichend starkes Motiv dafür gesetzt werden kann, dass er sich in ärztliche Behandlung begibt“; es werde „(d)as öffentliche Interesse (...) vor allem dann zu bejahen sein, wenn anzunehmen ist, dass sich der Verurteilte nur unter dem Druck des Strafverfahrens einer Behandlung unterziehen wird“ (Rechtschreibung angepasst).

<sup>9</sup> *Hörnle* in *MK-StGB*, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 28, § 183a Rn. 11; *Laubenthal* *Handbuch Sexualstraftaten*, 2012, Rn. 758; *Laufhütte/Roggenbuck* in *LK-StGB*, § 183a Rn. 10; *Wolters* in *SK-StGB*, 135. Lfg. 2012, § 138 Rn. 8, § 183a Rn. 8; *ders.* in *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, *StGB*, 3. Aufl. 2016, § 183a Rn. 7, § 183 Rn. 7.

<sup>10</sup> *Hörnle* in *MK-StGB*, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 28, § 183 Rn. 11.

§ 183a StGB strafbar, wenn die Tat nicht als exhibitionistische Handlung verfolgt werden kann. Sachlich wirkt sich dieser Rechtsstandpunkt in einer Erstreckung oder Ausdehnung des Verfolgungshindernisses aus § 183 Abs. 2 StGB auf § 183a StGB aus.

b) Diese Ausdehnung des § 183 Abs. 2 StGB, die zu einer extensiven Handhabung der Subsidiaritätsklausel führt, zieht aber die eigenartige Konsequenz nach sich, dass ein Täter, der rechtswidrig und schuldhaft sowohl den Tatbestand des § 183 Abs. 1 StGB als auch den des § 183a StGB verwirklicht, bei Fehlen des Strafantrags besser – nämlich straflos – davonkommt als ein Täter, dessen Handeln allein nach § 183a StGB tatbestandsmäßig ist (und für den das Vorliegen des Verfolgungsvoraussetzungen des § 183 Abs. 2 StGB voraussetzungsgemäß keine Rolle spielt). Umgekehrt ginge damit eine Schlechterbehandlung eines nur ärgerniserregenden gegenüber einem zusätzlich auch exhibitionistisch handelnden Täter einher. Diesen doppelten Wertungswiderspruch vermeidet die minderheitlich vertretene Gegenauffassung, die eine Ausdehnung des § 183 Abs. 2 StGB ablehnt und den Rückgriff auf § 183a StGB zulassen möchte, wenn bei tatbestandsmäßiger, rechtswidriger und schuldhafter Erfüllung des § 183 Abs. 1 StGB die Bestrafung aus dieser Vorschrift nur am Fehlen der Verfolgungsvoraussetzungen nach § 183 Abs. 2 StGB scheitert. Hiernach erfährt der Täter einer nicht verfolgbar exhibitionistischen Handlung, der wegen einer – mangels Vorliegens der Verfolgungsvoraussetzungen des § 183 Abs. 2 StGB nicht verdrängten – Erregung öffentlichen Ärgernisses zu bestrafen sei, durch § 183 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 StGB ausreichenden Schutz.<sup>11</sup> Auf diese Weise lässt sich das als „kriminalpolitisch ... untragbar (...)“<sup>12</sup> empfundene Ergebnis verhindern, dass der Täter einer öffentlichen Ärgerniserregung nach Ablauf der Strafantragsfrist mit der Schutzbehauptung Gehör finden kann, er habe sich zugleich i.S. des § 183 Abs. 1 StGB exhibiert, um in den Genuss der sich nach der herrschenden Gegenauffassung auf § 183a StGB zu erstreckenden Wirkung des Verfolgungshindernis aus § 183 Abs. 2 StGB zu gelangen.

## 2. Unergiebigkeit des Wortlauts

Für eine Stellungnahme ist zunächst zu konstatieren, dass der Wortlaut des § 183a StGB – der, weil das Subsidiaritätsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) auch für die Subsidiaritätsklausel gilt, Ausgangspunkt der Auslegung sein muss – unergiebig ist. Der Kern des Problems besteht darin, dass § 183a a.E. StGB die Strafbarkeits- und Schuldpruchsrelevanz der Erregung öffentlichen Ärgernisses gleichsam ex negativo nach der Strafbarkeit des sich zugleich Exhibierenden aus § 183 Abs. 1 StGB bestimmt, hierbei aber allzu vage bleibt. Dass die Subsidiaritätsklausel des § 183a StGB zu lesen wäre als „wenn

<sup>11</sup> *Eisele* in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 183a Rn. 8; skeptisch gegenüber der h.M. auch *Börner* in *Leipold/Tsambikakis/Zöllner* (Hrsg.), *Anwaltkommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 183 Rn. 27, der eine Privilegierung männlicher Täter (dazu unten im Text IV.) befürchtet.

<sup>12</sup> So *Händel* NJW 1964, 1733 (zum Verhältnis von § 236 a.F. zu § 240 StGB).

der Täter nicht Strafe nach § 183 verwirkt hat“<sup>13</sup> und damit auf die – bei Fehlen der Verfolgungsvoraussetzungen im konkreten Fall gerade nicht gegebene – Strafbarkeit aus § 183 Abs. 1 StGB verweist, lässt sich nicht hinreichend klar und eindeutig sagen. Wortlautmäßig offen ist deshalb, ob mit der die Wendung „wenn die Tat nicht in § 183 mit Strafe bedroht ist“ die Strafbarkeit inklusive des Fehlens der nach h.M. dem Verfahrensrecht zuzuordnenden Verfolgungsvoraussetzung des Strafantrags bzw. des besonderen öffentlichen Interesses (§ 183 Abs. 2 StGB) gemeint ist (und damit die konkrete Verfolgbarkeit und Ahndbarkeit im jeweiligen Einzelfall bezeichnet sein soll) oder ob es allein darauf ankommt, dass sich das Verhalten als tatbestandsmäßig-normwidrige und damit lediglich grundsätzlich ahndbare Tat darstellt. Unter grammatischen Aspekten ist der bloße Verweis auf die angeordnete Subsidiarität zu wenig<sup>14</sup>; die Beantwortung der Frage, ob aus dem subsidiären Delikt des § 183a StGB auch dann nicht bestraft werden kann, wenn eine Bestrafung aus dem vorrangigen Straftatbestand des § 193 Abs. 1 StGB nur aus dem prozessualen Grund des Fehlens der Verfolgungsvoraussetzungen nach § 183 Abs. 2 StGB scheitert, setzt grundsätzlichere dogmatische Erwägungen voraus.

### 3. Systematik und Teleologie

In systematischer Hinsicht bezeichnet die hier im Kontext der §§ 183, 183a StGB aufgeworfene Frage des Rückgriffs auf den subsidiären Straftatbestand des § 183a StGB zwei miteinander korrespondierende und in einander verschränkte grundsätzliche Reichweiteproblematiken, nämlich zum einen die der Reichweite von Subsidiaritätsklauseln und zum anderen die der Reichweite von Verfolgungsvoraussetzungen. Ganz allgemein und unabhängig von der hier thematischen Spezialfrage steht im Streit, ob, wenn für das verwirklichte und im Sinne der Regeln über die Gesetzeseinheit vorrangige Delikt der erforderliche Strafantrag (oder eine sonstige Verfolgungsvoraussetzung) fehlt, dieses Verfahrenshindernis durch Rückgriff auf die verdrängte Vorschrift „umgangen“ werden darf. Keineswegs versteht sich das von der herrschendem Meinung zu §§ 183, 183a StGB vertretene „Umgehungsverbot“ von selbst, lässt sich doch systematisch schon die Existenz eines Konkurrenzverhältnisses, dass ggf. nach den Grundsätzen der Gesetzeseinheit aufzulösen wäre, bestreiten: *Stricto sensu* liegt für das hier interessierende Verhältnis der §§ 183, 183a StGB ja schon kein Konkurrieren der Tatbestände um die Anwendung auf an sich nachrangige exhibitionistisch-ärgerniserregende sexuelle Handlungen vor, wenn die an sich vorrangige Vorschrift des § 183 Abs. 1 StGB von vornherein nicht zur Anwendung gelangt.<sup>15</sup> Da sich so-

mit kein Grundsatz des Inhalts aufstellen lässt, dass eine grundsätzlich verdrängte Vorschrift auch dann nicht zur Anwendung gelangen kann, wenn aus der verdrängenden Bestimmung ausschließlich aus prozessualen Hinderungsgründen nicht bestraft werden kann,<sup>16</sup> wird man der zum hier interessierenden Verhältnis der §§ 183, 183a StGB herrschenden Auffassung die Begründungslast für ein „Rückgriffsverbot“ auferlegen müssen.

#### a) Privilegierung des Täters als ratio des § 183 Abs. 2 StGB?

Im Allgemeinen – d.h. unabhängig von der hier im Raum stehenden Spezialproblematik zu den §§ 183, 183a StGB – wird die Möglichkeit eines Rückgriffs auf den verdrängten Tatbestand teilweise grundsätzlich verneint,<sup>17</sup> wohingegen es nach dem Gegenstandspunkt auf den privilegierenden Zweck des Antragserfordernisses ankommen<sup>18</sup> und ein Rückgriff möglich sein soll, wenn das Antragserfordernis nur aus Gründen des fehlenden Interesses der Allgemeinheit geschaffen wurde<sup>19</sup> und bei bedingten Antragsdelikten auch durch Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ersetzt werden kann.<sup>20</sup> Wollte man nach letzteren Grundsätzen

re Strafvorschrift i.S. des § 52 Abs. 1 StGB „verletzt“ sei (so noch RGSt 18, 193, 200; anders RGSt 68, 204, 208), wird zur Erklärung der Gesetzeseinheit heute, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten; Anklänge hieran aber noch bei Laue in Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 55 Rn. 3, nach dem „(i)m Fall der Gesetzeseinheit gar nicht mehrere Gesetze verletzt“ seien, das Strafrecht aber „dasselbe Delikt mehrmals ausformuliert“ habe.

<sup>16</sup> Geerds Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 174 f.; a.M. etwa Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 7. Aufl. 1989, § 55 Rn. 48; Laue in Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 55 Rn. 6; differenzierend Blei Strafrecht Allgemeiner Teil, 1983, § 96 II 3 c; Vogler FS Bockelmann, 1979, S. 713, 730 f.; nach Dreher JZ 1971, 32, 33, handelt es sich um eine „prekäre Frage“, die genereller Beantwortbarkeit entbehre.

<sup>17</sup> Etwa BGHSt 19, 320, 321 (gegen RG JW 1934, 2919 Nr. 22) mit abl. Anm. Händel NJW 1964, 1733; OLG Düsseldorf JR 1981, 386, 387 mit zust. Anm. Bottke; implizit auch BGH, Urteil vom 19.06.1991 - 3 StR 172/91, BeckRS 1991, 31083400 = JurionRS 1991, 16714 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 20.06.1989 - 4 StR 82/89, BeckRS 1989, 31104400; wieder anders Puppe in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu § 52 Rn. 51, 54 f., die als einzige legitime Form der Gesetzeseinheit die Spezialität anerkennt und wegen des Ausschöpfungsgebots ein unbedingtes Wiederaufleben des subsidiären Delikts propagiert; gegen eine Erstreckung des Verfolgungshindernisses für den Fall Tateinheitlichen Konkurrierens auch BGH NStZ 1994, 80 f. m. zust. Anm. Bottke; krit. zur Differenzierung zwischen Tateinheit und Gesetzeseinheit Fahl GA 1996, 476, 484 ff.

<sup>18</sup> So die (aus den Gründen des nachfolgenden Textes ungenaue) Formulierung etwa bei v. Heintschel-Heinegg in MK-StGB, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkung zu § 52 Rn. 71; Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, § 33 Rn. 235.

<sup>19</sup> Geerds Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 175.

<sup>20</sup> Vgl. Eschelbach in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 30; im Ergebnis übereinstimmend, nämlich für grundsätzliches Wiederaufleben des verdrängten Tatbestandes Rissing-van Saan in LK-StGB, 12. Aufl. 2007, Vor §§ 52 ff. Rn. 96, die einen Rückgriff bei aus-

<sup>13</sup> So für den Regelfall das Verständnis formeller Subsidiaritätsklauseln (am Beispiel des § 265a StGB) bei Vogler in LK-StGB, 10. Aufl. 1985, Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff. Rn. 128.

<sup>14</sup> Zu oberflächlich daher Bottke FS Szwarc, 2009, S. 297, 317; Wolters in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 183a Rn. 7; Ziegler in BeckOK-StGB, 38. Ed. Mai 2018, § 183a Rn. 9.

<sup>15</sup> So Geerds Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 169, 174 f.; v. Heintschel-Heinegg in MK-StGB, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkung zu § 52 Rn. 18 f., 66 m. Fn. 328; Stree JR 1979, 253, 254. – Dass nur die letztlich anwendba-

die hier zu §§ 183, 183a StGB im Raum stehende Frage entscheiden, so käme es darauf an, ob das Antragserfordernis des § 183 Abs. 2 StGB einen täterprivilegierenden Zweck verfolgt oder lediglich das fehlende Interesse der Allgemeinheit zum Ausdruck bringen soll.

Freilich bedarf die unpräzise Rede vom Zweck des Antragserfordernisses zunächst einer inhaltlichen Präzisierung. Die hier thematische Frage nach der Rückgriffsfähigkeit und dem „Wiederaufleben“ des an sich formell subsidiären § 183a StGB kann nicht isoliert aus dem Zweck des Verfolgungshindernisses beantwortet werden. Denn ein solcher Zweck lässt sich nicht ermitteln, ohne dass schon von vornherein die Auswirkungen eines etwaigen Wiederauflebens des an sich subsidiären Delikts mit in den Blick genommen werden. Genau besehen kommt es bei der Frage nach dem Zweck des Antragserfordernisses auf zwei ineinander verschränkte Gesichtspunkte an, „nämlich ob von dem betreffenden Verfahrenshindernis und seinem Zweck her gesehen der Anwendung des zurücktretenden Gesetzes Bedenken entgegenstehen, und ferner, ob der Zusammenhang der miteinander konkurrierenden Bestimmungen etwa die Heranziehung der verdrängten Vorschrift ausschließt.“<sup>21</sup>

Dafür, dass es bei fehlendem Strafantrag und fehlender Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses die Strafverfolgung insgesamt – also auch sub specie § 183a StGB – gehindert und ein Rückgriff auf § 183a StGB ausscheiden soll, streiten auf den ersten Blick zwar die identischen Strafraumen der §§ 183, 183a StGB und die in § 183 Abs. 3, Abs. 4 StGB angeordneten tätergünstigen Rechtsfolgenregelungen<sup>22</sup>, die in § 183a StGB keine Entsprechung gefunden haben und unterlaufen würden, hielte man § 183a StGB trotz fehlender Verfolgungsvoraussetzungen nach § 183 Abs. 2 StGB für anwendbar. Doch spricht bei näherem Zusehen die Ersetzbarkeit des Strafantragserfordernisses dafür, dass von den in § 183 Abs. 2 StGB statuierten Verfolgungserfordernissen jedenfalls nicht zuvörderst der Täter profitieren soll. Denn das Gesetz bringt durch die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, das Fehlen des Strafantrages zu substituieren, zum Ausdruck, dass ein etwaiges Interesse des Täters an der Nichtverfolgung kein oder jedenfalls kein allein ausschlaggebender Gesichtspunkt ist, sondern im Konfliktfall hinter besonderen öffentlichen Belangen ohne Weiteres zurückstehen muss. Mit einer von § 183 Abs. 2 StGB etwa bezweckten Privilegierung des Täters lässt sich das

schließlich privilegierender Wirkung des Antragserfordernisses für unzulässig hält; dagegen unterscheidet *Jakobs* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 31/47, danach, ob die Privilegierung durch das Antragserfordernis der ganzen Tat gilt oder nur einem hinzukommenden Unrechtsteil. So *BGH NJW* 1964, 559 zum Verfahrenshindernis der auslieferungsrechtlichen Spezialität (Interpunktion berichtigt).

<sup>21</sup> So *BGH NJW* 1964, 559 zum Verfahrenshindernis der auslieferungsrechtlichen Spezialität (Interpunktion berichtigt).

<sup>22</sup> Auf diese wie auch auf das Antragserfordernis stützen *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1, 10. Aufl. 2009, § 22 Rn. 2, 5 den Privilegierungscharakter des § 183 StGB gegenüber § 183a StGB, was aber mit Blick auf die gerade in Frage stehende Reichweite der Vorschriften (und die auch von der Gegenauffassung befürwortete analoge Anwendbarkeit des § 183 Abs. 3, Abs. 4 StGB, vgl. *Eisele* in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 183 Rn. 12, § 183a Rn. 8) zirkulär ist.

von der herrschenden Meinung propagierte Verbot eines Rückgriffs auf § 183a StGB folglich nicht begründen.

### b) Wahrung der Interessen des Geschädigten als ratio des § 183 Abs. 2 StGB

Richtigerweise dient der Zweck des bedingten Strafantragserfordernisses aus § 183 Abs. 2 StGB dem Schutz des Geschädigten als des von der exhibitionistischen Handlung Betroffenen. Das Gesetz geht dabei davon aus, dass dem Geschädigten eine Involvierung in das Strafverfahren und damit eine erneute Konfrontation mit dem Täter und der Tatsituation erspart bleiben soll, wenn und solange der Geschädigte nicht durch Stellung eines Strafantrages zum Ausdruck bringt, an der Verfolgung des Täters mitwirken zu wollen. Solche Erwägungen des Geschädigtenschutzes spielen nach der Ausgestaltung des § 183 StGB als bedingtem Antragsdelikt erst dann – aber auch immer dann – keine Rolle mehr, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht und die Staatsanwaltschaft dieses bejaht. Erst in einem solchen gravierenden, ein *besonderes* öffentliches Interesse an der Strafverfolgung auf den Plan rufenden Fall ist es unerheblich, wie der Geschädigte zu der Verfolgung der Tat steht. Beruht danach das bedingte Antragserfordernis des § 183 Abs. 2 StGB auf typisierten Erwägungen des Geschädigtenschutzes, so ist das Kriterium, nach dem über die Möglichkeit eines Rückgriffs auf § 183a StGB entscheiden werden soll, mit der intendierten Täterprivilegierung falsch gewählt. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Zweck des *Geschädigtenschutzes* und der Zusammenhang der miteinander konkurrierenden Vorschriften (§§ 183 Abs. 1, § 183a StGB) die Heranziehung des § 183a StGB zulässt.

Das bedingte Antragserfordernis des § 183 Abs. 2 StGB trägt sozusagen der Dispositionshoheit des von der exhibitionistischen ärgerniserregenden sexuellen Handlung betroffenen Rechtsgutsträgers Rechnung, indem es ihm nachträglich ermöglicht – von den eklatanten Fällen eines *besonderen* öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung abgesehen – über die Verfolgbarkeit der zu seinem Nachteil vorgenommenen Tat zu entscheiden. Da der Gesetzgeber – ausweislich der Materialien ohne jedes Bewusstsein für die durch das Zusammenspiel der Straftatbestände entstehenden Probleme – § 183a StGB als Offizialdelikt ausgestaltet hat, kommt es zwar nach dem Wortlaut des § 183a StGB für diesen Straftatbestand nicht auf die Stellung eines eigenständigen, d.h. auf die Verfolgung aus diesem Delikt bezogenen Strafantrags an. Doch weisen – unabhängig von Detailfragen – §§ 183, 183a StGB hinsichtlich der jeweils geschützten Rechtsgüter<sup>23</sup> eine

<sup>23</sup> Zu § 183 StGB wird überwiegend als geschütztes Rechtsgut zum Teil die sexuelle Selbstbestimmung genannt, vgl. *Bottke* FS *Szwarc*, 2009, S. 297, 300; *Eisele* in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 183 Rn. 1; *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 183 Rn. 2; *ders.* GA 1989, 445, 458; *Sick/Renzikowski* FS *Schroeder*, 2006, S. 603, 613 („Recht, selbst zu entscheiden, ob man ... von einem anderen in ein sexualbezogenes Geschehen involviert werden will“); ähnlich *Hörnle* in *MK-StGB*, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 1 f.: neben sexueller Selbstbestimmung auch Privatsphäre; so auch *Wolters* in *SK-StGB*, 135. Lfg. 2010, § 183 Rn. 1; anders etwa *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 183 Rn. 1 („psychische und körperliche Integ-

solche Ähnlichkeit auf<sup>24</sup>, dass ein sachlicher Grund nicht zu erkennen ist, der eine differenzierende gesetzgeberische Ausgestaltung der verwandten Delikte als bedingtes Antragsdelikt (§ 183 StGB) einerseits und als Officialdelikt (§ 183a StGB) andererseits tragen würde. Da mit einem unter den Tatbestand des § 183 Abs. 1 StGB fallenden exhibitionistischen Verhalten regelmäßig – wenn auch nicht denkbildend – eine öffentlich-ärgerniserregende sexuelle Handlung nach § 183a StGB verbunden ist und dieser letzteren Tatbestandsverwirklichung mit Blick auf die Unrechtsähnlichkeit regelmäßig keine eigenständig unrechtershöhende Wirkung zukommt, beruht das in § 183a a.E. StGB *formell* als Subsidiarität ausgestaltete Verhältnis der Gesetzeseinheit *materiell* auf dem Aspekt der typischen Begleitart (Konsumtion).<sup>25</sup>

rität“); *Frommel* in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, §§ 183, 183a Rn. 1 („psychische und persönliche Integrität potenzieller Betrachter“); *Laue* in Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, 4. Aufl. 2017, § 183 Rn. 1; nach *Benz* Sexuell anstößiges Verhalten, 1982, S. 184 f. geht es bei § 183 StGB um die Gefährdung der öffentlichen Ordnung; mit der Akzentuierung „schwerwiegende(r) Belästigungen“ bei *Laufhütte/Roggenbuck* in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183 Rn. 1 wird allenfalls die Angriffsart umschrieben, nicht aber das Angriffsobjekt benannt. – Zu § 183a StGB hat die ältere Rechtsprechung den Schutz der Allgemeinheit als Rechtsgut angeführt, vgl. *BGHSt* 4, 303, 304; *BGHSt* 11, 282, 284; zust. *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 183a Rn. 1 („Allgemeininteresse an der Respektierung der verbreiteten sozial-moralischen Grundanschauung, dass sexuelle Handlungen nicht in die Öffentlichkeit gehören“); nahestehend *Benz* Sexuell anstößiges Verhalten, 1982, S. 51; mit Recht gegen den damit einhergehenden bloßen Schutz von Moralvorstellungen und für den Schutz der Privatsphäre als Individualrechtsgut *Esser* JA 2016, 561 f.; *Hörnle* in MK-StGB, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 1; *dies.* Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 458; *Marx* JZ 1972, 112 f.; *Sick/Renzikowski* FS Schroeder, 2006, S. 603, 613, die betonen, dass die sexuelle Selbstbestimmung mangels aufgedrängter Einbeziehung für die sexuelle Erregung oder Befriedigung des Täters nicht geschützt sei; dagegen für den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung auch durch § 183a StGB *Bottke* FS Szwarc, 2009, S. 297, 312; nach *Laufhütte/Roggenbuck* in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183a Rn. 1 wird der jedermann zukommende „Anspruch auf Achtung seiner Anschauungen“ geschützt und dessen „gravierende Verletzung ... (durch provozierende Vornahme sexueller Handlungen in der Öffentlichkeit) bestraft; ähnlich *Laue* in Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, 4. Aufl. 2017, § 183a Rn. 1; *Rathgeber/Krug* StraFo 2016, 309, 311: Individualinteresse des Einzelnen, solche Vorgänge nicht ungewollt wahrnehmen zu müssen; zutr. krit. zum Rechtsgutcharakter dieses Anspruchs bzw. Interesses *Sick/Renzikowski* FS Schroeder, 2006, S. 603, 613.

<sup>24</sup> Die man dahin formulieren kann, dass beide „Belästigungsdelikte“ (*Hörnle* in MK-StGB, 3. Aufl. 2017, Vor § 174 Rn. 41, 77) „dem Schutz vor unerwünschter Konfrontation mit sexualbezogenen Betätigungen“ dienen (*Laubenthal* Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 714).

<sup>25</sup> Zur vergleichbaren Frage, wie sich das Fehlen des Strafantrags nach § 303c StGB auf die formelle Subsidiarität des § 145 Abs. 2 StGB, die *materiell* auf Konsumtionserwägungen beruht, gegenüber § 303 StGB auswirkt, halten unter Bezugnahme auf die angebliche Wortlautuneindeutigkeit § 145 Abs. 2 für unanwendbar *Graf v. Schlieffen* in *Leipold/Tsambikakis/Zöllner*, *Anwaltkommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 145 Rn. 7; *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 145 Rn. 9 („kriminalpolitisch ... verfehlt, weil

Wenn der in § 183 Abs. 1 StGB vertypete Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung nach § 183 Abs. 2 StGB zu Disposition des Geschädigten gestellt ist und dieser keine Entscheidung für eine Strafverfolgung getroffen hat, so hat ein dem Rechtsgüterschutz verpflichtetes Strafrecht dies hinzunehmen und muss davon absehen, dem Geschädigten die Strafverfolgung unter einem rechtsgutmäßig (bei § 183a StGB) allenfalls ganz geringfügig abweichenden Gesichtspunkt aufzudrängen.<sup>26</sup> Dementsprechend hat die Staatsanwaltschaft ein etwaiges Interesse des Geschädigten, nicht mit dem Täter oder der Situation erneut konfrontiert zu werden, bei ihrer Entscheidung über die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses mitzuberücksichtigen. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass – Stichwort Sekundärviktimisierung – mit der aufgedrängten Einbeziehung des Geschädigten in ein Strafverfahren eine erneute Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung droht.

Diese Opferschutzbelange verdienen unter dem Aspekt des § 183a StGB keine geringere Berücksichtigung als nach § 183 StGB. Dass sie von geringerer Bedeutung wären, wenn § 183a StGB zusätzlich zu § 183 Abs. 1 StGB tatbestandlich einschlägig ist, eine Verfolgung nach ersterer Vorschrift aber mangels Vorliegens der Verfolgungsvoraussetzungen unmöglich ist, lässt sich schon vor dem Hintergrund der ansonsten gegenüber § 183 Abs. 1 StGB bestehenden Nachrangigkeit des § 183a StGB nicht sagen. Mit Blick auf die ansonsten bestehende Subsidiarität und damit Nachrangigkeit des § 183a StGB ist schließlich auch nicht plausibel zu machen, dass mit einer handlungseinheitlichen Verwirklichung des § 183a StGB eine signifikante Unrechtershöhung einherginge, die Anlass gäbe, Geschädigteninteressen zu übergehen und eine nicht verfolgbare exhibitionistische Handlung stets ex officio als öffentlich-ärgerniserregende zu verfolgen. All dies spricht dafür, die Frage, ob eine zugleich exhibitionistische und öffentlich-ärgerniserregende Handlung zu verfolgen ist, einheitlich an dem Maßstab des bedingten Antragserfordernisses nach § 183 Abs. 2 StGB zu messen.

Nicht zu verkennen ist nach alledem freilich, dass dem von der Minderheitsauffassung sachlich zu Recht geltend gemachten Wertungsargument (oben III. 1. b)) mit dieser teleologischen Auslegung des § 183 Abs. 2 StGB nicht seine Überzeugungskraft genommen ist. Der von ihr beklagte Wertungswiderspruch – die Schlechterstellung eines Täters, der nur nach § 183a StGB tatbestandsmäßig gehandelt hat – muss aber an anderer Stelle als bei der

§ 145 ein Allgemeininteresse schützt“); *Krehl* in LK-StGB, 12. Aufl. 2009, § 145 Rn. 30; *Herdegen* in LK-StGB, 10. Aufl., § 145 Rn. 13; *Schild/Kretschmer* in NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 145 Rn. 26; *Maurach/Schroeder/Maiwald* Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2, 10. Aufl. 2013, § 57 Rn. 39; *Zopfs* in MK-StGB, 3. Aufl. 2017, § 145 Rn. 19 m. Fn. 80; anders von *Bubnoff* in LK-StGB, 11. Aufl. 2005, § 145 Rn. 31; *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 145 Rn. 11; *Stree/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 145 Rn. 22; *Stree* JR 1979, 253, 254.

<sup>26</sup> So für den Schutz der Geschädigtenentscheidung bei der Frage des Rückgriffs auf das an sich verdrängte Delikt *BGHSt* 19, 320, 321 (im Verhältnis des § 236 Abs. 1 StGB a.F. zu § 239 StGB).

Subsidiaritätsklausel verortet und auf andere Weise – nämlich unter gleichzeitiger Berücksichtigung der bei exhibitionistischem Handeln von Frauen auftretenden weiteren Wertungswidersprüche – beseitigt werden (so gleich IV).

## IV. Weitere Wertungswidersprüche bei unter 183a StGB fallendem Exhibitionismus von Frauen

### 1. Die wertungswidersprüchliche Lage

a) Besondere Probleme und zusätzliche Wertungswidersprüche ergeben sich, wenn die in Rede stehende, zugleich exhibitionistisch-ärgerniserregende Handlung von einer Frau vorgenommen wird. Dass auch Frauen sich begrifflich – wenngleich nicht nach § 183 Abs. 1 tatbestandsmäßig – exhibieren können, wird in § 183 Abs. 4 StGB vorausgesetzt. In einem solchen Fall steht für die Täterin von vornherein nur Strafbarkeit aus § 183a StGB im Raum. Mangels Einschlägigkeit der auf die Tatbegehung durch einen Mann zugeschnittenen Strafantragsklausel des § 183 Abs. 2 StGB kann sich nach den Buchstaben des Gesetzes die oben dargestellte Frage, wie sich das Fehlen der Verfolgungsvoraussetzungen des § 183 Abs. 2 StGB auswirkt, bei Vornahme einer ärgerniserregenden sexuellen Handlung durch eine Frau nicht stellen. Damit kommen weibliche Täterinnen von vornherein nicht in den Genuss der nach § 183 Abs. 2 StGB erhöhten Verfolgungsvoraussetzung. Zugleich tritt ein Wertungswiderspruch nun auch im Verhältnis der Tatbegehung durch einen Mann zu derjenigen durch eine Frau auf: Während Männer wegen § 183 Abs. 2 StGB nicht aus § 183 Abs. 1 StGB und (nach den Ausführungen oben III.) wegen der Erstreckung des Verfolgungshindernisses auch nicht aus § 183a StGB bestraft werden können, griffe zugunsten weiblicher Täter § 183 Abs. 2 StGB nicht ein, so dass eine von einer Frau vorgenommene ärgerniserregende sexuelle Handlung aus § 183a StGB bestraft werden müsste. Damit würden weibliche Exhibitionisten, die zugleich durch eine sexuelle Handlung ein öffentliches Ärgernis erregen, schlechter – nämlich aus § 183a StGB strafbar – gestellt als männliche et vice versa.<sup>27</sup>

Nach einem sachlichen Grund, der diese Ungleichbehandlung männlicher und weiblicher Tatbegehung rechtfertigen könnte, hält man vergeblich Ausschau. Soweit in diesem Kontext angemerkt wird, § 183 StGB stelle eine für Männer geltende Privilegierung dar<sup>28</sup>, so liegt hierin keine rechtfertigende Erklärung, sondern lediglich eine

Umschreibung der widersprüchlichen Wertungslage. Schon gar nicht lässt sich der Widerspruch erklären mit einer gesetzgeberischen „umgekehrten Diskriminierung“ in Form einer „Kompensation“ für höhere Straftat anfälligkeit von Männern im Bereich der §§ 183, 183a StGB.<sup>29</sup> Eine solche Privilegierung männlichen exhibitionistisch-ärgerniserregenden sexuellen Handelns, für die sich in der Gesetzesbegründung auch nicht der mindeste Anhaltspunkt findet, wäre mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren und auch ansonsten dysfunktional. Denn abgesehen davon, dass es vielfach auf ein frauendiskriminierendes und wenig zeitgemäßes Rollenbild zurückzuführen ist, dass das Vorzeigen von Geschlechtsteilen nur bei Männern als soziale Störung empfunden wird,<sup>30</sup> sind Männer ganz generell – also auch außerhalb der §§ 183, 183a StGB – in erheblich höherem Maße straftat anfälliger als Frauen, so dass sich allein hieraus kein plausibles Diskriminierungsmerkmal ergibt. Zudem wäre auch nicht plausibel, dass sich ein dem Rechtsgüterschutz verpflichtetes Strafrecht gerade bei erhöhter Exhibitionsanfälligkeit (Handlungen von Männern) und dadurch erhöhter Gefahr der Rechtsgutsbeeinträchtigung zurückziehen, dort aber greifen soll, wo die Anfälligkeit wesentlich geringer ist (Handlungen von Frauen). Schließlich müsste, träfe die These von der „Kompensation für erhöhte Exhibitionsanfälligkeit“ zu, ihr schon im Bereich des § 183 Abs. 1 StGB Rechnung getragen werden; dort wird aber genau umgekehrt exhibitionistisches Handeln von Frauen für tatbestandslos erklärt. Der wertungswidersprüchliche, weil das Handeln von Frauen schlechter stellende Effekt, der ex hypothesi mit der „Kompensation“ für „erhöhte Straftat anfälligkeit“ erklärt werden soll, besteht im hier interessierenden Zusammenhang ja nur dann, wenn die Subsidiaritätsklausel des § 183a StGB genau deshalb unanwendbar ist, weil das bedingte Antragserfordernis § 183 Abs. 2 StGB nicht einschlägig ist. Dass aber eine Privilegierung männlicher Handlungen ausschließlich dann mit der oben beschriebenen Kompensation zu erklären sein soll, wenn §§ 183 Abs. 1, 183a StGB tatbestandlich zusammentreffen, ist unerklärlich; nähme man den Privilegierungsgedanken ernst, so müsste schon der Anwendungsbereich des § 183 Abs. 1 StGB – der sedes materiae des Exhibitionismus ist – allein weiblichem exhibitionistischem Handeln vorbehalten sein. Die voraussetzungsgemäße Annahme, das Zusammenspiel von Strafverfolgungshindernis (§ 183 Abs. 2 StGB) und Subsidiaritätsklausel (§ 183a StGB) verfolge gerade und nur dann einen im vorgenannten Sinne kompensatorischen Zweck, wenn die fraglich Handlung nicht nur exhibitionistisch, sondern darüber hinaus auch öffentlich-ärgerniserregend sexuell ist, lässt sich also auch mit der Tatbestandsrelevanz nur männlicher exhibitionistischer Handlungen gemäß § 183 Abs. 1 StGB nicht vereinbaren.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Wegen dieses Ergebnisses zweifelt Börner in Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *Anwaltkommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 183 Rn. 27 das Verbot eines Rückgriffs auf § 183a StGB für die oben im Text unter II. beleuchteten Fällen an, in denen die Verfolgung nach § 183 Abs. 1 StGB wegen Fehlen der Voraussetzungen des § 183 Abs. 2 StGB ausscheidet.

<sup>28</sup> So *Bottke* FS Szwarc, 2009, S. 297, 310 m. Fn. 35 u. S. 316 f., demzufolge § 183 StGB „für männliche Exhibitionisten (mit penilrastischer Pornoperformanz im Vergleich zu weiblichen Exhibitionisten mit vaginaldrastischer Realpornoperformanz) begünstigend“ wirke.

<sup>29</sup> Erwogen und zutreffend verworfen von *Bottke* FS Szwarc, 2009, S. 297, 317 m. Fn. 62.

<sup>30</sup> Eingehend dazu *Sick* ZStW 103 (1991), 46, 83 ff.; *Weigend* ZStW 129 (2017), 513, 520 f.

<sup>31</sup> Dass eine „Schlechterstellung der Frau (...) der gesetzlichen Wertung des § 183 Abs. 1 StGB“ zuwiderliefe, befindet auch *Börner* in Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *Anwaltkommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 183a Rn. 2, der sich aber mit diesem Ergebnis abfindet und auf eine großzügige Anwendung der §§ 153, 153a StGB setzt; für Letzte-

Festzuhalten bleibt: Dass weibliches exhibitionistisches und ärgerniserregend-sexuelles Handeln auch dort bestraft werden kann, wo *ceteris paribus* die Bestrafung männlichen Handelns aus § 183 Abs. 1 StGB an dem bedingten Antragserfordernis und aus § 183a StGB an der Subsidiaritätsklausel scheitern würde, stellt eine nicht zu erklärende Folgeunrichtigkeit des Gesetzes dar,<sup>32</sup> die mit der grundsätzlichen Wertungsentscheidung des Gesetzgebers, dass in einem exhibitionistischen Handeln von Frauen kein (hinreichend gewichtiger) Angriff auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung liege, nicht zu vereinbaren ist. Da bei einem solchen Wertungswiderspruch eine der tragenden Säulen der Rechtsidee – nämlich das Gebot der Gleichbehandlung – ins Wanken gerät,<sup>33</sup> muss zur Beseitigung der wertungswidersprüchlichen Lage und zur Herstellung wertungsmäßiger Folgerichtigkeit das gesamte methodologische Arsenal aufgeföhren werden.

b) Kein Ausweg aus den aufgezeigten Wertungswidersprüchen besteht darin, § 183 Abs. 2 StGB nur dann – analog – anzuwenden, wenn sowohl § 183a StGB tatbestandlich erfüllt ist als auch eine exhibitionistische Handlung in Rede steht, die allein wegen der fehlenden Täter-eigenschaft nicht unter § 183 Abs. 2 StGB fällt. In einem solchen Sinne hat allerdings *Bottke* – entgegen manchen Stimmen, die § 183 Abs. 2 StGB von vornherein für nicht analogiefähig halten<sup>34</sup> – vorgeschlagen, auf exhibitionistisch-ärgerniserregende sexuelle Handlungen von Frauen § 183 Abs. 2 StGB analog anzuwenden; die Subsidiaritätsklausel des § 183a a.E. StGB solle „in Verfassungskonformität optimierender Interpretation auf weibliche Exhibitionisten ... so angewandt werden, dass auch sie in den Genuss des § 183 Abs. 2 bis Abs. 4 StGB kommen.“<sup>35</sup> Frauen, die sich exhibieren und dabei zugleich durch eine sexuelle Handlung ein öffentliches Ärgernis erregen, können nach *Bottke* folglich nur dann bestraft werden, wenn derjenige, dem die sexuelle Handlung ein Ärgernis war, Strafantrag gestellt hat, oder wenn die Staatsanwaltschaft ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht hat.

Doch bleibt dieser Vorschlag auf halbem Wege stehen. Damit würde zwar die Schlechterstellung von Frauen insoweit beseitigt, als die Unanwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel auf Exhibitionistinnen deren Strafbarkeit nach § 183a StGB begründet. Aber da die analoge Anwendung des § 183 Abs. 2 StGB nach *Bottkes* Vorschlag eine – von der fehlenden Täterqualifikation abgesehen – an sich nach § 183 Abs. 1 StGB tatbestandmäßige exhibitionistische Handlung voraussetzt, tritt auch hier die wertungsmäßige Ungereimtheit auf, dass bei einer nur

ärgerniserregenden (und nicht exhibitionistischen) Handlung (von Männern wie von Frauen) geringeres Unrecht leichter verfolgbar wäre (et vice versa). Damit bliebe die oben unter III. thematisierte, sich aus dem Offizialdeliktcharakter des § 183a StGB ergebende grundsätzliche Problematik bestehen.

## 2. Die Lösung: Analoge Anwendung des bedingten Antragserfordernisses aus § 183 Abs. 2 StGB auf § 183a StGB

### a) Analoge Anwendung des § 183 Abs. 2 StGB auf § 183a StGB und die Konsequenzen

Ein Vorschlag zur Bewältigung der wertungsmäßig unbefriedigenden Lage muss nach den obigen Erkenntnissen grundsätzlicher ansetzen, um sowohl die Schlechterstellung von weiblichen Tätern als auch die Schlechterstellung von Tätern zu vermeiden, die nur § 183a StGB (und nicht auch § 183 Abs. 1 StGB) tatbestandlich verwirklichen. Die Überlegung, dass die dargestellten Schwierigkeiten mit der Bewältigung einer exhibitionistisch-ärgerniserregenden Handlung bei Fehlen der Verfolgungsvoraussetzungen ein Produkt der gesetzlichen Folgeunrichtigkeit sind, dass § 183a StGB nicht ebenfalls mit einem bedingten Strafantragvorbehalt versehen ist, führt zu der Erkenntnis, dass die aufgezeigten Wertungswidersprüche sich sämtlich überwinden lassen, wenn man das Übel an der Wurzel packt und dem gesetzgeberischen Versäumnis durch eine analoge Anwendung des § 183 Abs. 2 StGB auf § 183a StGB abhilft. § 183 Abs. 2 StGB müsste dafür wie ein eigenständiger Abs. 2 auch des § 183a StGB gelesen werden, wodurch § 183a StGB in ein bedingtes Antragsdelikt (relatives Offizialdelikt) verwandelt würde. Von einer Privilegierungswirkung des Antragserfordernisses, die es durch das Verbot eines Rückgriffs auf § 183a StGB zu erhalten gelte, könnte nicht mehr die Rede sein, wenn auch § 183a StGB ein Verfolgungshindernis gleichen Zuschnitts enthielte. Für die Verfolgbarkeit einer nach § 183a StGB tatbestandmäßigen Handlung käme es dann nicht mehr darauf an, ob nach § 183 Abs. 2 StGB ein Strafantrag gestellt oder sein Fehlen durch die staatsanwaltschaftliche Bejahung des besonderen öffentlichen Strafverfolgungsinteresses substituiert wurde; ebenso wenig wäre die Vorfrage maßgeblich, ob eine exhibitionistische Handlung vorliegt und die Tat damit überhaupt im Anwendungsbereich des bedingten Antragserfordernisses § 183 Abs. 2 StGB liegt. Die Verfolgbarkeit einer jeden nach § 183a StGB tatbestandmäßigen Handlung hinge bei einer analogen Anwendung des § 183 Abs. 2 StGB allein von dessen Voraussetzungen ab. Über die Verfolgbarkeit einer Tat nach § 183a StGB entschiede allein, ob der Geschädigte eine Verfolgung der öffentlich-ärgerniserregenden sexuellen Handlung unter dem Gesichtspunkt des § 183a StGB wünscht oder ob – bei fehlender Antragstellung – die Staatsanwaltschaft sie für erforderlich hält. Interferenzen des § 183 StGB im Sinne einer Erstreckung des Verfolgungshindernisses auf § 183a StGB wäre solchenfalls die Grundlage entzogen, und die Funktion der Subsidiaritätsklausel des § 183a a.E. StGB würde auf ihre eigentliche Funktion zurückgeführt, nämlich festzulegen, aus welchem jeweils ein-

res auch *Laufhütte/Roggenbuck* in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183a Rn. 9.

<sup>32</sup> *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 183a Rn. 2a; *Graalman-Scheerer* GA 1995, 349, 354; *Hörnle* in MK-StGB, 3. Aufl. 2017, § 183a Rn. 13; *Laufhütte/Roggenbuck* in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183a Rn. 9.

<sup>33</sup> Zu dieser Rückbindung des Postulats einer möglichst wertungswiderspruchsfreien Rechtsordnung s. *Renzikowski* GA 1992, 171 f.

<sup>34</sup> *Laufhütte/Roggenbuck* in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183a Rn. 9; *Wolters* in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 183a Rn. 7.

<sup>35</sup> *Bottke* FS Szwarc, 2009, S. 297, 318.

schlägigen Straftatbestand unter der Voraussetzung jeweils gegebener Verfolgbarkeit schuldig zu sprechen ist.

**b) Für und Wider einer analogen Anwendung des § 183 Abs. 2 StGB auf § 183a StGB**

aa) Gegen die hier vorgeschlagene analoge Anwendung des § 183 Abs. 2 StGB auf § 183a StGB ist eingewandt worden, „die Nichtanwendung des § 183 Abs. 2 in solchen Fällen (beruhe) auf einem Fehler des Gesetzgebers, der nicht im Wege der Auslegung beseitigt werden kann.“<sup>36</sup>

Zum Ausgleich des als solchen durchaus erkannten Wertungswiderspruchs wird den Strafverfolgungsbehörden empfohlen, „bei fehlender Strafanzeige eines Betroffenen (...) von den §§ 153, 153a StPO großzügig Gebrauch“ zu machen.<sup>37</sup> Aber wenn ein Strafantrag fehlt, kann eine Einstellung nach §§ 153, 153a StPO nur dann erfolgen, wenn nicht zusätzlich zu § 183a StGB auch § 183 Abs. 1 StGB verwirklicht ist; bei tatbestandlicher Verwirklichung beider Strafvorschriften ergibt sich die aus dem fehlenden öffentlichen Interesse resultierende Nichtverfolgbarkeit der Tat – mit der Konsequenz einer Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO – ja schon daraus, dass ein Rückgriff auf § 183a StGB nicht möglich ist (oben III.) und damit kein hinreichender Tatverdacht bzgl. einer verfolgbareren Straftat gegeben ist. Eine Einstellung nach Opportunitätsgesichtspunkten gemäß §§ 153, 153a StPO kann deshalb bei fehlendem Strafantrag nur dann erfolgen, wenn nicht zugleich § 183 Abs. 1 StGB erfüllt ist; andernfalls ergäbe sich die Einstellung – nach § 170 Abs. 2 StPO – wegen fehlender Verfolgbarkeit ja schon aus der Erstreckung des bedingten Antragserfordernisses, also etwa bei nichtexhibitionistischen, nur ärgerniserregenden sexuellen Handlungen oder bei sowohl ärgerniserregenden als auch exhibitionistischen Handlungen von Frauen.

Jenseits dieser prozessualen Feinheiten trifft es aber auch nicht zu, dass der „Fehler des Gesetzgebers“ – der ausweislich der Materialien insoweit ohne jedes Problembewusstsein war (planwidrige Regelungslücke), so dass ein entgegenstehender Wille nicht erkennbar ist – nicht mit der Analogie zu § 183 Abs. 2 StGB als einem gängigen Mittel der Methodentheorie beseitigt werden könnte. Treffen die §§ 183, 183a StGB tatbestandlich zusammen, so produziert die herrschende Meinung mit der Ausdehnung der Wirkung des § 183 Abs. 2 StGB ja längst eine (auch hier gutgeheißene, s.o. III.) extrem extensive Auslegung, deren Wirkung der einer Analogie gleichsteht oder zumindest nahekommt; die Ausdehnung eines sich ausdrücklich nur auf § 183 Abs. 1 StGB beziehenden Verfolgungshindernisses mithilfe der Subsidiaritätsklausel auch auf § 183a StGB erfolgt, ohne dass dafür eine

gesetzliche Grundlage existiert. Die hier vertretene analoge Anwendung des bedingten Strafantragserfordernis auch auf (nur) nach § 183a StGB tatbestandsmäßigen Handlungen ist demgegenüber methodenehrlicher, indem es offen einräumt, konsequent fortentwickelt und wertungswiderspruchsfrei ausgestaltet, was ohnehin akzeptiert ist, nämlich dass das Antragserfordernis über seinen eigentlichen gesetzlich vorgesehen Bereich hinaus zu erstrecken ist.<sup>38</sup> Sie ist zudem auch sachlich gerechtfertigt (vergleichbare Interessenlage): Der dem bedingten Antragserfordernis zugrundeliegende Gedanke des Geschädigtenschutzes gilt für Taten nach § 183a StGB in gleicher Weise wie für exhibitionistische Handlungen (s.o. III. 3. b)).

bb) Hinzu kommt, dass das Gesetz eine analoge Anwendung von Teilen des § 183 StGB sogar ausdrücklich vorsieht: § 183 Abs. 4 StGB erklärt die nach § 183 Abs. 3 StGB bestehende erleichterte Aussetzungsmöglichkeit auch auf bestimmte andere, mit exhibitionistischem Handeln verbundene Straftaten – zu denen nach Nr. 1 auch § 183a StGB zählen kann – für anwendbar. Dies gilt ausdrücklich gemäß § 183 Abs. 4 Nr. 1 StGB auch für eine nur nach anderen Tatbeständen zu beurteilende exhibitionistische Handlung von Frauen, die § 183 Abs. 1 StGB nicht unterfällt und in den hier interessierenden Fällen allein nach § 183a StGB zu beurteilen ist. Damit ist bei der Frage der Ausgestaltung (des „Wie“) der Strafe eine entsprechende Anwendung der maßgeblichen Vorschriften § 183 Abs. 3, Abs. 4 StGB auf § 183a StGB expressis verbis angeordnet. Es ist kein Sachgrund dafür zu erkennen, dass das die vorgelagerte Frage nach dem „Ob“ der Bestrafung betreffende bedingte Strafantragserfordernis aus § 183 Abs. 2 StGB von der in § 183 Abs. 4 StGB angeordneten Gesetzesanalogie ausgenommen bleiben soll.

cc) Die hier befürwortete analoge Anwendung eines Teilbereichs des § 183 StGB auf isoliert nach § 183a StGB tatbestandsmäßige Handlungen ist auch in der Judikatur nicht ohne Vorbild. Über die in § 183 Abs. 4 Nr. 1 StGB angeordnete Gesetzesanalogie hinaus hat die Rechtsprechung<sup>39</sup> mehrfach unter Billigung des Schrifttums<sup>40</sup> die

<sup>36</sup> Laufhütte/Roggenbuck in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183a Rn. 9; ebenso Wolters in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 183a Rn. 7 („unzulässige Gesetzeskorrektur“); ders. in SK-StGB, 135. Lfg. 2012, § 183 Rn. 8, § 183a Rn. 8; auch Esser JA 2016, 561, 566 hält einen Strafantragsvorbehalt nur für de lege ferenda für etablierbar.

<sup>37</sup> Laufhütte/Roggenbuck in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183a Rn. 9; zust. Börner in Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 183a Rn. 2.

<sup>38</sup> Auch wer mit der Gegenauffassung – wie etwa Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 183a Rn. 8 – den zugleich exhibitionistisch wie auch sexuell-ärgerniserregend Handelnden durch eine analoge Anwendung des § 183 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 StGB als ausreichend geschützt ansieht, müsste begründen, warum zwar diese Vorschriften (selbst auf nicht nach § 183 Abs. 1 StGB nicht tatbestandsmäßige Handlungen, vgl. Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 183 Rn. 12 für kriminologisch vergleichbare ärgerniserregende Taten) analog angewendet werden sollen, aber ein weiterer anwendungs-restringierender Aspekt der Exhibitionismusstrafbarkeit, nämlich die Verschärfung der Verfolgungsvoraussetzungen nach § 183 Abs. 2 StGB, von der Anwendung auf § 183a StGB ausgenommen bleiben soll.

<sup>39</sup> LG Koblenz NStZ-RR 1997, 104, 105; vgl. auch LG Köln als Vorinstanz zu OLG Köln NZV 2004, 423, 424.

<sup>40</sup> Börner in Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 183 Rn. 22; Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 183 Rn. 12; Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 183 Rn. 15, § 183a Rn. 7; Hörnle in MK-StGB, 3. Aufl. 2017, § 183a Rn. 10; Laufhütte/Roggenbuck in LK-StGB, 12.

erleichterte Aussetzungsmöglichkeit nach § 183 Abs. 3 StGB auch auf solche ärgerniserregende sexuelle Handlungen angewandt, die nicht zugleich exhibitionistisch i.S. des § 183 Abs. 1 StGB waren.

So hat das *LG Koblenz* in einem Fall, in dem ein mehrfach wegen exhibitionistischer Handlungen vorbestrafter Täter sich einen Kunstpenis in seinen Hosenlatz einsetzt, an diesem vor einer jugendlichen Zeugin onanie-rende Bewegungen vollführt und hierdurch, wie er beabsichtigte, beim Opfer Abscheu und Entsetzen hervorzurufen hatte, eine Strafbarkeit nach § 183 Abs. 1 StGB verneint, weil ein für § 183 Abs. 1 StGB erforderliches „Entblößen des eigenen Gliedes, das Zur-Schau-Stellen des eigenen Genitales“ nicht vorlag und es „zur Annahme einer exhibitionistischen Handlung nicht aus(reiche), wenn der Täter nicht sein eigenes Glied, sondern einen Kunstpenis (Plastikglied) vorzeigt“.<sup>41</sup> Wohl aber liege eine öffentliche sexuelle Handlung i.S. des § 183a StGB vor. Die erstinstanzlich verhängte Freiheitsstrafe von sechs Monaten bestätigte das *LG Koblenz*, setzte aber ungeachtet der mehrfachen einschlägigen Vorstrafen die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung aus, „und zwar in Anwendung des § 183 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 StGB.“<sup>42</sup> Zwar könne weder § 183 Abs. 3 StGB „unmittelbare Anwendung finden, weil der Angekl. nicht wegen exhibitionistischer Handlungen, sondern wegen Erregung öffentlichen Ärgernisses verurteilt wurde“, noch § 183 Abs. 4 StGB „unmittelbar angewandt werden, weil der Angekl. keine exhibitionistische Handlung, sondern eine Ersatzhandlung begangen hat.“ Jedoch griff das *LG* zur Schließung der bei „wortlautgebundene(r) Auslegung des § 183 Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 1 StGB“ entstehenden „planwidrige(n) Lücke“ mittels einer Analogie auf ein argumentum a maiore ad minus zurück: „Hätte der Angekl. eine exhibitionistische Handlung per definitionem begangen, wäre er durch § 183 Abs. 3 StGB privilegiert. Es würde dem Gerechtigkeitsempfinden widersprechen, würde man ihm das Privileg nun deshalb versagen, weil er weniger getan hat, als zur Erfüllung des Tatbestandes des § 183 Abs. 1 StGB erforderlich ist. Die StrK wendet deshalb auf den vorliegenden Fall § 183 Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 1 StGB entsprechend an.“<sup>43</sup>

Indem die *Kammer* eine Anwendung des § 183 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 StGB auch dann für möglich und geboten hielt, wenn die tatbestandliche Anknüpfung der erleichterten Aussetzungsmöglichkeit an das Vorliegen einer exhibitionistischen Handlung fehlt, hat sie jeden Bezug zum Tatbestand des § 183 Abs. 1 StGB preisgegeben, der eine Einordnung dieses Vorgehens als extensive Auslegung rechtfertigen könnte; in der Sache handelt es sich,

Aufl. 2010, § 183a Rn. 9; Ziegler in BeckOK-StGB, 38. Ed. Mai 2018, § 183a Rn. 10.

<sup>41</sup> *LG Koblenz* NStZ-RR 1997, 104 unter Bezugnahme auf einen bei *Laufhütte* in LK-StGB, 11. Aufl. 1994, § 183 Rn. 2 zitierten unveröffentlichten Beschluss des BGH vom 9. Februar 1993 - 5 StR 28/93.

<sup>42</sup> *LG Koblenz* NStZ-RR 1997, 104, 105.

<sup>43</sup> *LG Koblenz* NStZ-RR 1997, 104, 105; so auch *LG Köln* als Vorinstanz zu *OLG Köln* NZV 2004, 423, 424; offengelassen für das eine analoge Anwendung des § 183 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2 StGB betreffende Verhältnis des § 183a zu § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB von *OLG Saarbrücken*, Beschluss vom 25. Mai 2016 - Ss 29/16 (22/16), Rn. 15 [juris].

wie das *LG Koblenz* zutreffend hervorgehoben hat, um eine analoge Anwendung des § 183 Abs. 3, Abs. 4 S. 1 StGB auf § 183a StGB. Diese ist ebenso zu begrüßen ist wie die hier für das bedingte Strafantragserfordernis verfochtenen Analogie; wie die (ggf. analoge) Anwendung der erweiterten Aussetzungsmöglichkeit nach § 183 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 StGB auf § 183a StGB nicht davon abhängt, dass die ärgerniserregend-sexuellen Handlung zugleich eine exhibitionistische ist, kann auch die Anwendung des bedingten Strafantragserfordernisses auf eine ärgerniserregend-sexuelle Handlung nicht davon abhängen, dass die Handlung zugleich als exhibitionistisch zu subsumieren ist. Die hier vorgeschlagene analoge Anwendung des bedingten Strafantragserfordernisses auf § 183a StGB und die damit verbundene, im Wege der Rechtsfortbildung stattfindende Umgestaltung des § 183a StGB in ein bedingtes Antragsdelikt kann für sich in gleicher Weise in Anspruch nehmen, was für die entsprechende Anwendung des § 183 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 StGB nach der gesetzgeberischen Vorstellung gilt: Anwendung finde muss § 183 Abs. 3 StGB „auch dann, wenn nur einer der in Absatz 4 genannten Tatbestände erfüllt ist; denn es wäre sinnwidrig, einem Täter die Vergünstigung des Absatzes 3 nur deshalb zu versagen, weil er nicht alle in § 183 Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt.“ Ebenso wie es „ungereimt (wäre), wenn für eine derartige Straftat nur Männern, nicht aber behandlungsbedürftigen Frauen die erweiterte Aussetzungsmöglichkeit eingeräumt würde“<sup>44</sup>, wäre es unplausibel, nicht auch die entsprechende Anwendung des Verfolgungshindernisses aus § 183 Abs. 2 StGB auf Fälle des § 183a StGB anzuwenden, in denen § 183 Abs. 1 StGB nicht zugleich tatbestandlich einschlägig ist.

dd) Der hier vorgeschlagenen Auflösung der Wertungswidersprüche im Analogiewege steht schließlich auch nicht etwa entgegen, dass eine solche Übertragung nur für die in § 183 Abs. 3 StGB geregelten Rechtsfolgen vorgesehen ist und daraus zu schließen wäre, dass eine analoge Anwendung des § 183 Abs. 2 StGB an der abschließenden Anordnung des Abs. 4 scheitern müsste. Auch bei der Anwendung der Abs. 3 und Abs. 4 auf Handlungen, die – etwa mangels exhibitionistischer Qualität – nicht nach § 183 Abs. 1 tatbestandsmäßig sind, handelt es sich ja um eine über den Wortlaut hinausgehende Anwendung und damit um eine Analogie. Eine noch weitergehende „gesamtanaloge“ Anwendung der § 183 Abs. 2 bis Abs. 4 StGB auf nur ärgerniserregende sexuelle Handlungen kann deshalb nicht mit der Behauptung einer angeblich abschließenden gesetzgeberischen Anordnung zurückgewiesen werden.

## IV. Fazit und Ausblick

Die sich aus dem Zusammenspiel des bedingten Strafantragserfordernisses aus § 183 Abs. 2 StGB mit der Subsidiaritätsklausel nach § 183a a.E. StGB ergebenden Wertungswidersprüche lassen sich sämtlich beseitigen, indem man § 183 Abs. 2 StGB analog auf § 183a StGB anwendet und damit die Erregung öffentlichen Ärgernisses ebenfalls als bedingtes Antragsdelikt interpretiert.

<sup>44</sup> So die Stellungnahme des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, vgl. BT-Drs. VI/3521, S. 56.

Die damit verbundenen methodologischen Anstrengungen würden allerdings gegenstandslos, wenn sich der Gesetzgeber dazu verstehen könnte, die Strafbewehrung öffentlich-ärgerniserregenden sexuellen Handelns zu streichen. Wäre die Vornahme einer öffentlich-ärgerniserregenden Handlung nicht mehr strafbar, so entfielen das mit der Subsidiarität des § 183a StGB verbundene Reichweitenproblem zu § 183 Abs. 2 StGB ebenso wie die Wertungswidersprüche bei der Anwendbarkeit des § 183a StGB auf Exhibitionistinnen. Für einen solchen Rückzug des Strafrechts aus dem Randbereich der „hands-off“-Delikte spräche zudem der höchst diffuse Rechtsgutsbezug der Vorschrift, der sie als ein bloßes Überbleibsel des § 183 StGB a.F. letztlich zu einem reinen Sittlichkeitsdelikt<sup>45</sup> degradiert, dessen Existenzberechtigung schon während der Ausschussberatungen zum 4. StraFRG<sup>46</sup> umstritten war und das im Alternativentwurf ersatzlos wegfallen sollte.<sup>47</sup>

Im Zuge einer solchen Bereinigung der Belästigungstatbestände sollte zugleich erwogen werden, auch exhibitionistisches Handeln zu entkriminalisieren. § 183 Abs. 3 StGB zeigt, dass selbst bei einer an sich die Verhängung einer Freiheitsstrafe rechtfertigenden Tat der Gesetzgeber bereit ist, auch dann von der in aller Regel therapiezweckwidrigen<sup>48</sup> Vollstreckung der Freiheitsstrafe abzuweichen und die Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusetzen, wenn noch während der Bewährungszeit mit der Begehung weiterer exhibitionistischer Taten zu rechnen ist, solange nur am Behandlungsende ein Heilungserfolg zu

prognostizieren ist<sup>49</sup>. Damit geht der Gesetzgeber selbst von keinem hohen Handlungsunwert einer exhibitionistischen Handlung<sup>50</sup> aus. Da eine exhibitionistische Handlung zudem kaum je eine erhebliche Opferschädigung bewirkt und aus kriminologischer Sicht entgegen verbreiteter Fehleinschätzung regelmäßig nicht den Beginn einer gefährlichen Verlaufsentwicklung hin zu schweren Sexualstraftaten markiert,<sup>51</sup> erfordert auch der Aspekt des Geschädigtenschutzes keine Strafbewehrung des Exhibitionismus. Schließlich ließe sich der Zweck des nach der lex lata als Strafvorschrift ausgestalteten Exhibitionismustatbestandes, durch staatliche Intervention und Strafverfolgungsdruck einen devianten Täter zur Behandlungsaufnahme bzw. -fortsetzung zu motivieren, auch durch die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit nach §§ 118 Abs. 1, 119 Abs. 1 Nr. 1 OWiG erreichen.<sup>52</sup> Dass mit einer Streichung der §§ 183a, 183a StGB oder auch nur des § 183 StGB die vorstehenden Zeilen durch den berühmten „Federstrich des Gesetzgebers“ zur Makulatur würden, wäre ohne Weiteres hinzunehmen.

<sup>45</sup> Zutreffend rückt *Esser* JA 2016, 561, 567 die Vorschrift in die Nähe „einer übertriebenen Sexualmoral“, deren Schutz durch eine Ordnungswidrigkeit ausreichend bewirkt werden könne und müsse; ähnlich *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 183a Rn. 2a; *Rathgeber/Krug* StraFo 2016, 309, 312; *Sick/Renzikowski* FS Schroeder, 2006, S. 603, 613; *Weigend* ZStW 129 (2017), 513, 522 (Urgestein der „Sittlichkeitsdelikte“).

<sup>46</sup> 4. StrRG vom 23.11.1973, BGBl. I S. 1725.

<sup>47</sup> *Baumann* u.a., Alternativentwurf Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, 1970, S. 39; ebenso *Hannack* NJW 1974, 1, 9.

<sup>48</sup> *Horstkotte* JZ 1974, 84, 89 f.; *Laufhütte/Roggenbuck* in LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 183 Rn. 1.

<sup>49</sup> *BGHSt* 34, 150, 153; *OLG Düsseldorf* NStZ 1984, 263; *OLG Stuttgart* StV 2007, 189, 190.

<sup>50</sup> Vgl. dazu *BGH* NStZ-RR 2005, 11; *BGH* NStZ-RR 2006, 203; *BGH* NStZ 2008, 92; *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 183 Rn. 12 („schlechte[s] Gewissen des Gesetzgebers gegenüber der Kriminalisierung“); *Wolters* in SK-StGB, 135. Lfg. 2012, § 183 Rn. 8.

<sup>51</sup> *Elz* in *Elz/Jehle/Kröber*, Exhibitionisten – Täter, Taten, Rückfall, 2004, S. 93, 114 ff.; *Görgen* Rückfallgefährdung und Gewaltisiko bei exhibitionistischen Tätern, 2003, S. 28, 33; *Jehle/Hohmann-Fricke* in *Elz/Jehle/Kröber*, Exhibitionisten – Täter, Taten, Rückfall, 2004, S. 133, 156 ff.; dazu im normativen Kontext etwa *Hörnle* in MK-StGB, 3. Aufl. 2017, § 183 Rn. 23 ff., 27; *Laubenthal* Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 716; *Wolters* in SK-StGB, 135. Lfg. 2012, § 183 Rn. 8.

<sup>52</sup> Für eine Behandlung exhibitionistischen bzw. öffentlich-ärgerniserregenden Verhaltens als Ordnungswidrigkeit *Hörnle* Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 459 ff.; so auch *Lautmann* ZRP 1980, 46; *Sander* ZRP 1997, 447, 450 (zu § 183 StGB); *Weigend* ZStW 129 (2017), 513, 522 f.; *Wolters* GA 2014, 556, 562; zu § 183a StGB auch *Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 183a Rn. 2a; *Sick/Renzikowski* FS Schroeder, 2006, S. 603, 613.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

#### **544. EuGH C-612/15 – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 5. Juni 2018 (Kolev u.a.)**

Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 325 AEUV, wirksame Maßnahmen gegen Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union (hier Zollsachen) zu ergreifen (Verpflichtung nationaler Gerichte, nationale strafprozessuale Regelungen unangewendet zu lassen; Fortsetzung der Taricco-Rechtsprechung); Recht auf Akteneinsicht; Recht auf Zugang zu einem Verteidiger; Recht auf Verhandlung in angemessener Frist (Beurteilung nationaler Ermittlungshöchstfristen).

Art. 325 Abs. 1 AEUV; Art. 47 Abs. 2 GRC; Art. 48 Abs. 2 GRC; Art. 51 GRC; Art. 52 Abs. 3 GRC; Art. 6 EMRK; Art. 1 RL 2012/13/EU; Art. 6 RL 2012/13/EU; Art. 7 RL 2012/13/EU; Art. 1 RL 2013/48/EU; Art. 3 RL 2013/48/EU; Art. 21 VO (EG) Nr. 450/2008; Art. 42 VO (EU) Nr. 952/2013; Beschluss 2007/436/EG, Euratom; § 332 StGB; § 334 StGB

#### **545. BGH 1 StR 116/18 – Beschluss vom 4. April 2018 (LG Aschaffenburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: fehlende bzw. eingeschränkte Schuldfähigkeit; Darstellung im Urteil); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (regelmäßig fehlende Aussicht auf Therapieerfolg bei schizophrener Psychose des Unterzubringenden).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 6 StPO; § 64 StGB

#### **546. BGH 1 StR 129/18 – Beschluss vom 25. April 2018 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

#### **547. BGH 1 StR 144/18 – Beschluss vom 16. Mai 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Gesamtstrafenbildung (erforderliche vorherige Bemessung von Einzelstrafen).

§ 54 StGB

#### **548. BGH 1 StR 181/18 – Beschluss vom 30. Mai 2018 (LG München II)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

#### **549. BGH 1 StR 219/18 – Beschluss vom 17. Mai 2018 (LG Passau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

#### **550. BGH 1 StR 467/17 – Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Mannheim)**

Erpressung (Begriff der Drohung: konkludente Drohung durch Ausnutzung eines bereits zugefügten Übels; Vermögensnachteil durch Abgabe eines Schuldscheins); Hehlerei (Hehlerei durch Betrug gegenüber dem Vortäter: Konkurrenzverhältnis zum Betrug).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 780 BGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

#### **551. BGH 1 StR 75/18 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Tübingen)**

Strafzumessung (Berücksichtigung der Schwere der konkreten Tat bei mehreren Taten).

§ 46 StGB

**552. BGH 1 StR 88/18 – Beschluss vom 6. April 2018 (LG Stuttgart)**

Beweisantrag (kein förmlicher Beweisantrag bei Beweisbehauptung ins Blaue hinein; Beurteilung aus der Sichtweise eines verständigen Antragsstellers).

§ 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO

**553. BGH 1 StR 633/17 – Beschluss vom 16. Mai 2018 (LG Weiden i. d. Oberpfalz)**

Einziehung von Taterträgen (Anwendbarkeit neuen Rechts: Entscheidung über die Anordnung des Verfalls auch bei nicht begründetem Unterbleiben einer Anordnung).

§ 73 StGB; Art. 316h Satz 2 EGStGB

**554. BGH 1 StR 641/17 – Beschluss vom 22. März 2018 (LG Ravensburg)**

Besondere Schwere der Schuld (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 211 StGB

**555. BGH 1 StR 654/17 – Urteil vom 5. April 2018 (LG Hof)**

Bemessung einer nachträglichen Gesamtstrafe (Darstellung im Urteil: keine erforderliche Darstellung des Lebenssachverhalts und der Strafzumessungserwägung der einbezogenen Tat); Strafaussetzung zur Bewährung (erforderliche Gesamtbetrachtung aller Lebensumstände; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 56 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**556. BGH 2 StR 11/18 – Beschluss vom 11. April 2018 (LG Meiningen)**

Verbot der Doppelbestrafung (Beachtung von Amts wegen); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

Art. 103 Abs. 3 GG; § 55 StGB

**557. BGH 2 StR 140/18 – Beschluss vom 30. Mai 2018 (LG Gießen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**558. BGH 2 StR 24/18 – Beschluss vom 10. April 2018 (LG Erfurt)**

Anstiftung (Grundsatz der Akzessorität: Berücksichtigung bei der Strafzumessung).

§ 26 StGB

**559. BGH 2 StR 317/17 – Beschluss vom 2. Mai 2018 (LG Köln)**

Entbindung eines Schöffen (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

§ 54 Abs. 1 GVG; § 54 Abs. 3 Satz 1 GVG; § 336 Satz 2 Alt. 1 StPO; § 77 Abs. 1 GVG

**560. BGH 2 StR 373/17 – Beschluss vom 2. Mai 2018 (LG Gera)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**561. BGH 2 StR 409/17 – Urteil vom 28. Februar 2018 (LG Kassel)**

Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten (Wesentlichkeit des Aufklärungsbeitrages).

§ 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

**562. BGH 2 StR 409/17 – Beschluss vom 2. Mai 2018**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**563. BGH 2 StR 71/18 – Beschluss vom 11. April 2018 (LG Bonn)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Persönlichkeitsstörung als schwere andere seelische Abartigkeit).

§ 20 StGB

**564. BGH 2 StR 416/16 – Urteil vom 14. März 2018 (LG Köln)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von Organisationsmängeln in Unternehmen; Darlegung der für die Strafe bestimmenden Gründe in den schriftlichen Urteilsgründen; keine Anwendung der Grundsätze bezüglich der Bedeutung des Hinterziehungsbetrages bei der Steuerhinterziehung auf die Untreue); Auskünfte und Prüfungen nach dem Kreditwesengesetz (Schutzrichtung des staatlichen Auskunftsrechts).

§ 46 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 266 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 44 Abs. 1 Satz 1 KWG

**565. BGH 2 StR 428/17 – Urteil vom 25. April 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Vorsatz (Maßstab des bedingten Tötungsvorsatzes; richterliche Würdigung äußerst gefährlicher Gewalthandlungen; richterliche Würdigung ambivalenter Beweisanzeichen).

§ 15 StGB

**566. BGH 2 StR 529/16 – Urteil vom 18. Oktober 2017 (LG Meiningen)**

Beschränkung von Rechtsmitteln (Widerspruch zwischen Revisionsantrag und Revisionsbegründung); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Grundsätze revisionsgerichtlicher Überprüfbarkeit); Vorteilsgewährung (Voraussetzungen einer Unrechtsvereinbarung).

Nr. 156 Abs. 2 RiStBV; § 261 StPO; § 333 Abs. 1 StGB

**567. BGH 2 StR 548/17 – Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**568. BGH 2 StR 559/17 – Beschluss vom 7. März 2018 (LG Erfurt)**

Täterschaft (Mittäterschaft: Maßstab); Anrechnung (Anrechnungsmaßstab für eine in der Sache erlittene Freiheitsentziehung).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

**569. BGH 2 ARs 63/18 (2 AR 55/18) – Beschluss vom 3. Mai 2018**

Ablehnung des Antrages auf Bestimmung des zuständigen Gerichts.

§ 13a StPO; § 14 StPO; § 12 Abs. 2 StPO

**570. BGH 4 StR 27/18 – Beschluss vom 13. März 2018 (LG Paderborn)**

Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage (Behandlung neu hervorgetretener Umstände; Anwendbarkeit auf erstmalige Einlassung eines Mitangeklagten).

§ 265 Abs. 3 StPO n.F.

**571. BGH 4 StR 29/18 – Beschluss vom 9. Mai 2018 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**572. BGH 4 StR 43/18 – Beschluss vom 15. Mai 2018 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**573. BGH 4 StR 551/17 – Beschluss vom 9. Mai 2018 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**574. BGH 4 StR 624/17 – Beschluss vom 26. April 2018 (LG Essen)**

Brandstiftung (teilweise Zerstörung eines Gebäudes).

§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**575. BGH 3 StR 117/18 – Urteil vom 17. Mai 2018 (LG Oldenburg)**

Rechtsfehlerhafte Annahme einer Strafrahmengmilderung bei Verurteilung wegen Anstiftung.

§ 26 StGB; § 49 StGB

**576. BGH 3 StR 130/18 – Beschluss vom 15. Mai 2018 (LG Hannover)**

Beteiligung am Begehungsdelikt durch Unterlassen (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe; innere Haltung zur Tat; Interesse am Taterfolg; Unterordnung im Willen; Tatherrschaft; wertende Gesamtbetrachtung; Vergleichbarkeit mit Abgrenzung beim Begehungsdelikt); Garantenpflicht aus Ingerenz bei sog. Folgetaten (Beteiligung an vorausgehender Tat; Schaffung einer naheliegenden Gefahr des Erfolgeintritts; anders geartete Folgetaten; versuchte räuberische Erpressung nach mittäterschaftlich begangenen Betrug).

§ 13 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 263 StGB

**577. BGH 3 StR 148/18 – Beschluss vom 3. Mai 2018 (LG Stade)**

Aneignungskomponente bei der Absicht rechtswidriger Zueignung (Diebstahl; Raub; Sachsubstanz; Sachwert; körperlich oder wirtschaftliche; Einverleibung in das Vermögen; Verwendung als Druckmittel für die Durchsetzung von Schulden); Bereicherungsabsicht bei Erlangung einer als Pfand zur Durchsetzung nicht bestehender Forderungen verwendeten Sache (Erpressung; Betrug).

§ 242 StGB; § 249 StGB; § 253 StGB; § 263 StGB

**578. BGH 3 StR 148/18 – Beschluss vom 3. Mai 2018 (LG Stade)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Prüfung der Voraussetzungen einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

**579. BGH 3 StR 23/18 – Beschluss vom 19. April 2018**

Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig unter Mitwirkung der abgelehnten Richter (völlig ungeeignete Begründung; Abgrenzung zum offensichtlich unbegründeten Gesuch; konkrete Umstände des Einzelfalles; Erfordernis einer inhaltlichen Prüfung; Willkür; Richter „in eigener Sache“).

§ 26a StPO; § 27 StPO

**580. BGH 3 StR 39/18 – Beschluss vom 2. Mai 2018 (LG Koblenz)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung bei Verurteilung wegen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; Lückenhaftigkeit; fehlende Berücksichtigung maßgeblicher Umstände); Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot.

§ 261 StPO; § 29 BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

**581. BGH 3 StR 97/18 – Beschluss vom 30. Mai 2018 (LG Hildesheim)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung „in zweiter Linie“; Feststellungen zu Erledigung und Vollstreckungsstand).

§ 55 StGB

**582. BGH 3 StR 4/18 – Beschluss vom 28. Mai 2018 (LG Lüneburg)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung; Feststellungen zum Vollstreckungsstand; Härteausgleich).

§ 55 StGB

**583. BGH 3 StR 149/18 – Beschluss vom 7. Juni 2018 (OLG Stuttgart)**

Schwere körperliche oder seelische Schäden als Voraussetzung der Gewährung eines kostenlosen Opferanwalts (Beeinträchtigung durch unmittelbar gegen das Opfer gerichtete Aggressionsdelikte; mittelbar verursachte posttraumatische Belastungsstörung); Fähigkeit zur Interessenwahrnehmung in der Revisionshauptverhandlung bei einem nicht der deutschen Sprache mächtigen Nebenkläger.

§ 395 Abs. 3 StPO; § 397 StPO; § 397a StPO

**584. BGH 3 StR 153/18 – Beschluss vom 3. Mai 2018 (LG Oldenburg)**

Konkurrenzrechtliche Verdrängung der vollendeten Bedrohung durch die versuchte Nötigung.

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 52 StGB; § 240 StGB; § 241 StGB

**585. BGH 3 StR 166/18 – Beschluss vom 17. Mai 2018 (LG Duisburg)**

Hang zum Konsum berauschender Mittel (soziale Gefährdung oder Gefährlichkeit; Beeinträchtigungen der Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit; Fehlen ausgeprägter Entzugssymptome; Intervalle der Abstinenz; Konsum von Zeit zu Zeit oder bei passender Gelegenheit; Symptomwert der Anlasstat).

§ 64 StGB

**586. BGH 3 StR 169/18 – Beschluss vom 15. Mai 2018 (LG Aurich)**

Verjährung beim versuchten Betrug (Beendigungszeitpunkt; Erkennen des Fehlschlags; absolute Verfolgungsverjährungsfrist; Ruhen der Verjährung).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB; § 78b StGB; § 78c StGB; § 263 StGB

**587. BGH 3 StR 274/17 – Urteil vom 8. Februar 2018 (LG Düsseldorf)**

Beginn der Revisionsbegründungsfrist durch Zustellung des Urteils (Voraussetzungen der Zustellung; bloße formlose Übersendung einer Urteilsabschrift an die Staatsanwaltschaft); Voraussetzungen der Unzulässigkeit einer mit der allgemeinen Sachrüge begründeten Revision (fehlende Erkennbarkeit des konkreten Anfechtungsumfangs); sachlich-rechtlicher Mangel durch Nichterörterung einer Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.

§ 36 StPO; § 37 StPO; § 41 StPO; § 344 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; § 66 StGB

**588. BGH 3 StR 493/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Osnabrück)**

Fehlende Feststellung der Voraussetzungen gewerbsmäßigen Handelns bei der Verurteilung wegen Betruges in einem besonders schweren Fall.

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB

**589. BGH 3 StR 508/17 – Urteil vom 17. Mai 2018 (KG Berlin)**

Allgemeinkundigkeit bzw. Gerichtskundigkeit der Feststellungen zum „IS“ als terroristischer Organisation (Inbegriff der Hauptverhandlung; Aufklärungspflicht; kein schriftliches Verfahren; Möglichkeit der Kenntnisaufnahme aus zuverlässigen Quellen; inhaltliche Richtigkeit; geschichtliche und politische Geschehnisse; besondere Überprüfung bei Ereignissen der jüngsten Zeitgeschichte); Anforderungen an die Zulässigkeit der Revision bei Behauptung nicht ordnungsgemäßer Erörterung von als allgemeinkundig behandelten Tatsachen.

§ 244 StPO; § 261 StPO; § 344 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

**590. BGH 3 StR 559/17 – Beschluss vom 6. März 2018 (LG Potsdam)**

Ablehnung eines Schöffen wegen Besorgnis der Befangenheit (Sicht eines vernünftigen Angeklagten; Besorgnis der Voreingenommenheit; Bezeichnung der Einlassung des Angeklagten als Quatsch; „Unmutsaufwallungen“; Vertiefung des Misstrauens durch dienstliche Äußerung; Unverzüglichkeit des Ablehnungsgesuchs; ohne schuldhaftes Zögern; durch die Sachlage begründet Verzögerungen; Zeit zum Überlegen und zum Abfassen des Gesuchs).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 25 Abs. 2 StPO; § 31 Abs. 1 StPO

**591. BGH 3 StR 625/17 – Beschluss vom 22. März 2018 (LG Hannover)**

Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypem Milderungsgrund.

§ 49 StGB

**592. BGH 3 StR 625/17 – Beschluss vom 22. März 2018 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung eines minder schweren Falles beim schweren Raub (Strafrahmenwahl beim Zusammentreffen von minder schwerem Fall und vertypem Milderungsgrund; Gesamtabwägung).

§ 49 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

**593. BGH 3 StR 639/17 – Beschluss vom 28. Mai 2018 (LG Krefeld)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegungserfordernisse; Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Auswirkung der psychischen Störung auf Handlungsmöglichkeiten; wesentliche Gesichtspunkte; Ermöglichung der revisionsgerichtlichen Überprüfung).

§ 63 StGB

**594. BGH 3 StR 658/17 – Beschluss vom 3. Mai 2018 (LG Trier)**

Körperlich schwere Misshandlung bei der besonders schweren Vergewaltigung (hohe Anforderungen; Verhältnis zur schweren Körperverletzung und zur rohen Misshandlung; gravierende Beeinträchtigung der körperlichen Integrität und des körperlichen Wohlbefindens; erhebliche Schmerzen).

§ 177 Abs. 4 StGB aF; § 177 Abs. 8 StGB nF

**595. BGH 3 StR 664/17 – Beschluss vom 15. Mai 2018 (LG Oldenburg)**

Keine Einziehung des ausschließlich von einem Mittäter bei einer Körperverletzung genutzten Messers; Anwendbarkeit des neuen Rechts auf die Einziehung von Tatgegenständen.

§ 74 StGB; § 316h EGStGB

**596. BGH 5 StR 65/18 – Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Berlin)**

Umfang der richterlichen Hinweispflicht bei Veränderung der Sachlage (Neuregelung; Kodifizierung der Rechtsprechungsgrundsätze; vergleichbare Gewicht wie Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunktes; Erforderlichkeit für genügende Verteidigung; faires Verfahren; wesentliche Veränderung des Tatbildes; keine Pflicht zur Offenlegung der Beweiswürdigung; unwesentliche Umstände; Randgeschehen; Anforderungen an den Revisionsvortrag); Einziehung von für die Aufnahme und Speicherung kinderpornographischen Materials verwendeter Hardware (Verhältnismäßigkeit; milderes Mittel).

§ 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 74 StGB; § 74f StGB; § 184b StGB

**597. BGH 5 StR 108/18 – Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Berlin)**

Versuchsbeginn beim schweren Bandendiebstahl (unmittelbares Ansetzen durch Klingeln an der Wohnungstür des potenziellen Opfers; wesentliche Zwischenakte); Verabredung zum Verbrechen; Verhinderung eines Schöffen wegen Erholungsurlaub (Unzumutbarkeit der Dienstleistung; berufliche Gründe; Prüfungsumfang; Willkür).

§ 336 StPO; § 54 GVG; § 22 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 244a StGB

**598. BGH 5 StR 150/18 – Beschluss vom 9. Mai 2018 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Erörterung eines Rücktritts vom versuchten Diebstahl (fehlende Feststellungen zum Rücktrittshorizont; Freiwilligkeit).

§ 24 Abs. 1 StGB

**599. BGH 5 StR 170/18 – Beschluss vom 23. Mai 2018 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Prüfung der Voraussetzungen der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln).

§ 64 StGB

**600. BGH StB 12/18 – Beschluss vom 30. Mai 2018 (OLG Stuttgart)**

Fortdauer der Untersuchungshaft nach mehr als zwei Jahren und vier Monaten (dringender Tatverdacht wegen Beteiligung an Kriegsverbrechen und erpresserischem Menschenraub; Fluchtgefahr; Beurteilung des Fluchtanreizes; Nettostrafferwartung; Verhältnismäßigkeit; Berücksichtigung der Prognose einer etwaigen Aussetzung der Reststrafe zur Bewährung).

§ 112 StPO; § 10 Abs. 1 VStGB; § 57 Abs. 1 StGB; § 239a StGB

**601. BGH StB 5/18 – Beschluss vom 19. April 2018 (LG Stuttgart)**

Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen den vom Amtsgericht angeordneten Schutzgewahrsam; Ausschluss der Kostenerhebung wegen unrichtiger Sachbehandlung.

§ 415 FamFG; § 28 PolG BW; § 21 GKG

**602. BVerfG 2 BvR 287/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Mai 2018 (OLG Karlsruhe / LG Karlsruhe)**

Lebenslange Freiheitsstrafe und vollzugsöffnende Maßnahmen (Resozialisierungsgebot; Vollzugslockerungen; Ausführungen; Außenbeschäftigung; Versagung nur bei konkreter Flucht- oder Missbrauchsgefahr; Begleitung durch Justizvollzugsbedienstete; keine Koppelung von Vollzugslockerungen an ein Behandlungskonzept); Recht auf effektiven Rechtsschutz (Absehen von einer Entscheidungsbegründung durch das Rechtsbeschwerdegericht; Leerlaufen der Rechtsbeschwerde; offenkundiges Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 9 Abs. 2 JVollzGB BW III; § 119 Abs. 3 StVollzG

**603. BVerfG 2 BvR 375/17, 2 BvR 1785/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Juni 2018 (BGH / LG Hamburg)**

Keine „Ahndungslücke“ durch Verweisung einer Blankettstrafnorm des Wertpapierhandelsgesetzes auf eine

zunächst noch nicht anwendbare Vorschrift der unionsrechtlichen Marktmissbrauchsverordnung (leichtfertige Marktmanipulation; Bestimmtheitsgebot; Folgeentscheidung zu HRRS 2018 Nr. 463).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG; § 52 WpHG; § 2 Abs. 3 StGB; § 4 Abs. 3 OWiG; Art. 15 MAR

**604. BVerfG 2 BvR 819/18 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2018 (OLG Dresden)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Unschuldvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des Beschuldigten und den unabwiesbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung; Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Beginn der Hauptverhandlung regelmäßig spätestens drei Monate nach Eröffnungsreife; keine Rechtfertigung von dem Staat zurechenbaren Verfahrensverzögerungen durch Schwere der Tat oder längerfristige Überlastung des Gerichts; ausreichende Personalausstattung als verfassungsrechtliche Verpflichtung der Justizverwaltung; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; verspätete Errichtung einer Entlastungskammer; ungerechtfertigte Verzögerungen im Zwischenverfahren; unzureichende Verhandlungsdichte; keine verfahrensübergreifende Betrachtung bei paralleler Verhandlung sachlich zusammenhängender, aber nicht verbundener Verfahren).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 112 StPO; § 121 Abs. 1 StPO

**605. BVerfG 2 BvR 1161/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Mai 2018 (OLG Düsseldorf / LG Düsseldorf)**

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; steigende Begründungsanforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer; keine bloße Wiedergabe der gutachterlichen Stellungnahme der Maßregelvollzugsklinik ohne eigene Bewertung durch das Gericht; Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht als mildere Maßnahmen); einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose (Gefahr erheblicher rechtswidriger Taten; Konkretisierung von Art und Wahrscheinlichkeit künftig zu erwartender Delikte; Spezifizierung der Delikte nach dem Straftatbestand innerhalb der Bandbreite der Sexualstraftaten; deutlich höhere Gefahr von „Hands-off“-Übergriffen im Vergleich zu „Hands-on“-Delikten; fehlende Erörterung von Umständen des Einzelfalls; über 20 Jahre andauernde Unterbringung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 2 StGB