

## 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. Momme Buchholz, Hamburg – **Die Selbstbelastungsfreiheit im Lichte der EU-Richtlinie 2016/343 vom 9.3.2016** S. 457

RiLG Jan Dehne-Niemann, Mannheim – **Mittäterschaft als Voraussetzung strafscharfender gemeinschaftlicher Tatbegehung nach § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. (§ 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n.F.)?** S. 461

Wiss. Mit. Rita Vavra/Sascha Holznagel, HU Berlin – **Der bedingte Tötungsvor-  
satz in der Rechtsprechung des BGH** S. 467

Katrina Iversen, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg – **Die Bedeutung der zivil-  
rechtlichen Aufklärungspflichten für die Einwilligung in die Körperver-  
letzung** S. 475

## Entscheidungen

- BVerfG **Unzulässige Auslieferung nach Rumänien zur Strafvollstreckung**
- BVerfG **Anfangsverdacht beim Besitz kinderpornographischer Schriften**
- BGHSt **Diebstahl von Pfandleergut**
- BGHSt **Grenzen der tätigen Reue bei der Brandstiftung**
- BGHSt **Kein Anspruch auf Übersetzung rechtskräftiger Urteile des BGH**
- BGHR **Zerstören bei gemischt genutzten Gebäuden**
- BGHR **Anwendbarkeit der Rückfallverjährungsfrist**
- BGH **Falschangaben des Angeklagten über persönliche Verhältnisse**
- BGH **Tatmehrheit trotz zusammenfallenden Steuererklärungen**

Die Ausgabe umfasst 103 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)

## SCHRIFTLÉITUNG

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

18. Jahrgang, November 2018, Ausgabe

11

Rechtsprechung

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

### **991. BVerfG 2 BvR 1845/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Oktober 2018 (KG)**

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung an Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Menschenwürdegarantie; Recht auf den gesetzlichen Richter und Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof; Mindestanforderungen an die Haftbedingungen im ersuchenden Staat; Beschränkung der Prüfung auf die Anstalten, in denen eine Inhaftierung konkret zu erwarten ist; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten). Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Art. 3 EMRK; Art. 4 GRCh

Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts, mit der eine Auslieferung nach Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung für zulässig erklärt wird, verletzt möglicherweise die Menschenwürde des Verfolgten und sein Recht auf den gesetzlichen Richter und ist daher einstweilen auszusetzen, wenn das Gericht die Überprüfung der Haftbedingungen trotz allgemeiner Anhaltspunkte für eine Verletzung der konventions- und unionsgrundrechtlichen Mindeststandards im rumänischen Strafvollzug unter Berufung auf die jüngste Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 25. Juli 2018, C-220/18) lediglich auf diejenigen Anstalten beschränkt, in denen der Verfolgte absehbar inhaftiert sein wird, und wenn es die Mindeststandards insoweit ohne Vorlage an den EuGH für gewahrt erachtet.

**989. BVerfG 2 BvR 708/18 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. September 2018 (LG Aurich)**

Auswertung sichergestellter Datenträger (Verdacht des Besitzes kinderpornographischer Schriften aufgrund eines Internet-Chats; Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; vorläufige Sicherstellung zur Durchsicht unter denselben Voraussetzungen wie eine Durchsichtung; Anfangsverdacht nur bei ausreichender tatsächlicher Grundlage; kriminalistische Erfahrung; Begründung eines Verdachts durch legales Verhalten; Beweisverwertungsverbot nicht ohne Weiteres bei rechtswidriger Beweiserhebung; Abwägung im Einzelfall; Gewicht des Verstoßes; hypothetisch rechtmäßiger Ermittlungsverlauf; regelmäßig kein Beschlagnahmeverbot bei beschuldigtem Zeugnisverweigerungsberechtigtem).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; § 97 Abs. 5 StPO; § 102 StPO; § 110 StPO; § 184b StGB

1. Die Annahme eines Anfangsverdachts des Besitzes kinderpornographischer Schriften beruht auf einer ausreichenden tatsächlichen Grundlage, wenn aus einem Chat-Verlauf ein offenkundiges sexuelles Interesse des Urhebers an Kindern hervorgeht und die Gerichte es deshalb nach kriminalistischer Erfahrung für möglich halten, dass der mutmaßliche Verfasser der Beiträge zur Befriedigung seiner sexuellen Neigung strafrechtlich relevantes kinderpornographisches Material besitzt (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 25. April 2018 [= HRRS 2018 Nr. 464]).

2. Ein Anfangsverdacht für die Begehung einer Straftat kann bei Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte auch durch ein an sich legales Verhalten begründet werden. Solche Anhaltspunkte bestehen bei Internet-Chats, in denen der Verfasser offen und konkret von schweren Straftaten wie dem sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen und Kindern berichtet, auch dann, wenn es sich möglicherweise um bloße Phantasien handelt.

3. Die gerichtliche Bestätigung einer vorläufigen Sicherstellung der im Rahmen einer Durchsichtung aufgefundenen Datenträger zum Zwecke ihrer Sichtung greift in das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung sowie – angesichts der Nähe der Maßnahme zur Beschlagnahme – in sein Besitzrecht ein. Das Wohnungsgrundrecht ist hingegen nicht mehr tangiert. Für die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Sicherstellung kommt es allerdings darauf an, ob bei ihrer Anordnung die Voraussetzungen für eine Durchsichtung (noch) erfüllt sind.

4. Voraussetzung jeder Durchsichtung und damit auch der Durchsicht nach § 110 StPO ist ein Anfangsverdacht, der über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen und auf konkreten Tatsachen beruhen muss. Eine Durchsichtung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind.

5. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ohne Weiteres ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht, ist dem Straf-

verfahrensrecht fremd. Die Frage ist vielmehr nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei können insbesondere die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug oder ein besonders schwerwiegender Fehler ein Verwertungsverbot nach sich ziehen. Bei weniger schwerwiegenden Rechtsverletzungen kann auch ein Abstellen auf einen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlauf vertretbar sein.

6. Das Beschlagnahmeverbot aufgrund journalistischer Tätigkeit nach § 97 Abs. 5 StPO findet regelmäßig keine Anwendung, wenn der Zeugnisverweigerungsrechte selbst Beschuldigter ist.

**988. BVerfG 2 BvR 286/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. September 2018 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg)**

Vollzug der Sicherungsverwahrung und vollzugsöffnende Maßnahmen (Resozialisierungsgebot; Vollzugslockerungen; Ausführungen; begleitete Ausgänge; Versagung nur bei konkreter Flucht- oder Missbrauchsgefahr; Begleitung durch Vollzugsbedienstete; keine pauschale Koppelung von Ausführungen an vor- und nachbereitende Gespräche); Recht auf effektiven Rechtsschutz (Verbot der verkürzenden Auslegung von Anträgen; Absehen von einer Entscheidungsbegründung durch das Rechtsbeschwerdegericht).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 13 HmbSVVollzG

1. Das Recht eines Sicherungsverwahrten auf effektiven Rechtsschutz ist verletzt, wenn die Strafvollstreckungskammer seinen Antrag auf „Begleitausgänge“ verkürzend dahingehend auslegt, er begehre lediglich die Gewährung künftiger Ausgänge in Begleitung einer von der Justizvollzugsanstalt zugelassenen Person, obwohl er hilfsweise ausdrücklich auch Ausführungen durch Vollzugsbedienstete beantragt hatte.

2. Hat ein bereits langjährig in der Sicherungsverwahrung Untergebrachter in der jüngeren Vergangenheit zahlreiche Ausführungen oder Ausgänge beanstandungsfrei wahrgenommen, so verletzt die Versagung erneuter Ausführungen das Resozialisierungsgebot, wenn sie pauschal von vor- und nachbereitenden Gesprächen zur Entdeckung von Missbrauchs- und Fluchtrisiken abhängig gemacht werden.

3. 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 Lebenstüchtigkeit des Inhaftierten zu erhalten und zu festigen. Dies gilt auch für den Vollzug der Sicherungsverwahrung.

4. Der Wiedereingliederung und dem Erhalt der Lebensfähigkeit dienen unter anderem die Möglichkeiten vollzugslockernder und vollzugsöffnender Maßnahmen, durch die der Gefangene sich zudem beweisen und zu einer günstigeren Prognose gelangen kann.

5. Bei langjährig Inhaftierten können auch ohne Bestehen einer konkreten Entlassungsperspektive zumindest Lockerungen in Form von Ausführungen verfassungsrechtlich geboten sein, bei denen die Justizvollzugsanstalt einer angenommenen Flucht- oder Missbrauchsgefahr durch geeignete Sicherheitsvorkehrungen entgegenwirkt.

6. Die Versagung von Lockerungen darf 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. Ein Mangel an therapeutischer Aufarbeitung darf dabei berücksichtigt werden.

7. Die grundgesetzliche Rechtsschutzgarantie verpflichtet die Gerichte, Anträge sachgerecht im Sinne einer effektiven Durchsetzung des Begehrens auszulegen und ein „Leerlaufen“ des Rechtsschutzes zu verhindern.

8. Sieht das Rechtsbeschwerdegericht von einer Begründung seiner Entscheidung ab, so ist dies mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz bereits dann unvereinbar, wenn erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung bestehen.

**990. BVerfG 2 BvR 1649/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. September 2018 (KG / LG Berlin)**

Versagung von Lockerungen und Langzeitbesuchen im Strafvollzug (Resozialisierungsanspruch des Strafgefangenen; Vollzugslockerungen; Ausführungen; Versagung nur bei konkreter Flucht- oder Missbrauchsgefahr; Beurteilungsspielraum der Justizvollzugsanstalt; Nachprüfung durch die Vollstreckungsgerichte; Schutz von Familienbeziehungen des Gefangenen; Besuchskontakte zum Ehepartner; Schutz des Besuchers als ungeeigneter Versagungsgrund); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtswegerschöpfung bei unzulässigem Rechtsmittel).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 11 Abs. 2 StVollzG; § 24 Abs. 2 StVollzG; § 109 StVollzG

1. Eine Strafvollstreckungskammer verkennt Bedeutung und Tragweite des Resozialisierungsanspruchs des Strafgefangenen, wenn sie der Justizvollzugsanstalt hinsichtlich der Versagung von Vollzugslockerungen einen deutlich zu weiten Beurteilungsspielraum einräumt, indem sie sich auf die Feststellung beschränkt, allein der Anstalt obliege die Einschätzung, ob der Gefangene für Lockerungsmaßnahmen geeignet sei.

2. Die Versagung von Langzeitbesuchen des Ehepartners eines Strafgefangenen in den geschlossenen Räumen der Justizvollzugsanstalt wird dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG nicht gerecht, wenn als ausschlaggebender Versagungsgrund der Schutz des Besuchers vor möglichen Übergriffen des Gefangenen herangezogen wird, obwohl bereits ein regelmäßiger Besuchskontakt besteht und beide Ehepartner den Besuch wollen.

3. Die Versagung von Vollzugslockerungen nach mehrjährigem Freiheitsentzug berührt den grundrechtlich geschützten Resozialisierungsanspruch des Strafgefangenen. Sie darf 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.

4. Bei langjährig Inhaftierten können auch ohne Bestehen einer konkreten Entlassungsperspektive zumindest Lockerungen in Form von Ausführungen verfassungsrechtlich geboten sein, bei denen die Justizvollzugsanstalt einer angenommenen Flucht- oder Missbrauchsgefahr durch geeignete Sicherheitsvorkehrungen entgegenwirkt.

5. Der Versagungsgrund der Flucht- und Missbrauchsgefahr eröffnet der Vollzugsbehörde bei ihrer Prognoseentscheidung einen Beurteilungsspielraum. Gleichwohl haben die Vollstreckungsgerichte den Sachverhalt umfassend aufzuklären und dabei festzustellen, ob die Vollzugsbehörde eine hinreichende tatsächliche Grundlage für ihre Entscheidung geschaffen hat.

6. Beschränkungen der Besuchskontakte im Freiheitsentzug greifen in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ein; geht es um den Besuchskontakt zu Familienangehörigen, so ist das insoweit speziellere Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG berührt. Unter dessen Schutz stehen Familienbeziehungen des Gefangenen unabhängig davon, ob sie im Einzelfall zu dessen Resozialisierung beitragen können.

7. Eine Verfassungsbeschwerde ist regelmäßig mangels Erschöpfung des Rechtswegs unzulässig, wenn ein fachgerichtlicher Rechtsbehelf in unzulässiger Weise erhoben worden ist. Abweichendes gilt jedoch, wenn das Fachgericht den Antrag nicht hinreichend am Rechtsschutzziel orientiert ausgelegt und damit die Zulässigkeitsanforderungen überspannt hat oder wenn es hilfsweise Ausführungen zur Begründetheit gemacht und dem Bundesverfassungsgericht dadurch seine Fall- und Rechtsanschauung vermittelt hat.

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 1015. BGH 2 StR 416/16 – Urteil vom 18. Juli 2018 (LG Köln)

Tatbestandsirrtum (Irrtum über normative Tatbestandsmerkmal; Maßstab der sog. Parallelwertung in der Laiensphäre); Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit; Differenzierung bei Irrtum über ein Genehmigungserfordernis); verbotene Geschäfte und Handeln ohne Erlaubnis (Tateinheit); Verbot der Verschlechterung (keine Anwendung auf Umstellung des Schuldspruches).

§ 16 Abs. 1 StGB; § 17 S. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG; § 331 Abs. 1 StPO

1. Ein Täter, der die dem Gesetz entsprechende Wertung im Wege einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ nachvollzieht und auf der Grundlage dieses Wissens den sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals richtig begreift, also den Bedeutungssinn des Bankgeschäfts als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst, seine Geschäfte aber gleichwohl für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig hält, irrt lediglich über ihr Verbotensein.

2. Nach der Rechtsprechung auch des Bundesgerichtshofs ist in Fällen des Irrtums über ein Genehmigungserfordernis differenzierend nach dem jeweils in Betracht kommenden Tatbestand zu entscheiden. Dabei soll es darauf ankommen, ob die Genehmigung nur der Kontrolle eines im allgemeinen sozialadäquaten Verhaltens dient (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) und die Tat ihren Unwert erst aus dem Fehlen der Genehmigung herleitet – Tatbestandsirrtum – oder ob es sich um ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten handelt, das im Einzelfall auf Grund der Genehmigung erlaubt ist (repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt) – Verbotsirrtum.

3. Der Senat lässt dahinstehen, ob dieser Rechtsprechung mit ihrer danach vorzunehmenden Differenzierung, die zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt und weitere Schwächen aufweist zu folgen ist. Jedenfalls bei Verstößen gegen den Tatbestand des § 54 KWG führt auch sie zur Annahme eines Verbotsirrtums. Dort lässt sich eine sachgerechte Einordnung etwaiger täterseitiger Fehlvorstellungen oder -bewertungen nicht durch schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen erreichen.

4. Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum, wenn der Täter nach den Umständen und nach der seinem Lebens- und Berufskreis zuzumutenden Anspannung des Gewissens

die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermag.

### 1068. BGH 3 StR 149/18 – Urteil vom 23. August 2018 (OLG Stuttgart)

Bestrafung als Täter bei rechtswidriger und schuldhafter Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale (unmittelbare Täterschaft; Mittäterschaft; extreme Ausnahmefälle); Freiheitsberaubung durch Aufrechterhaltung einer Freiheitsentziehung (Einsperren; Dauerdelikt; Vollendung; Beendigung); Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen (Angriff; Gewaltanwendung); ausländerrechtliche Folgen einer Verurteilung grundsätzlich keine bestimmenden Strafzumessungsgründe; Voraussetzungen einer strafmildernden Berücksichtigung medialer Berichterstattung.

§ 25 StGB; § 46 StGB; § 239 StGB; § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VStGB

1. Nach § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB wird als Täter bestraft, wer die Straftat selbst begeht, also in seiner Person alle Tatbestandsmerkmale rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht. Nach ihrer Fassung bezieht sich die Vorschrift zwar nur auf die Alleintäterschaft; sie gilt jedoch auch für denjenigen, der gemeinsam mit anderen an der Straftat beteiligt ist und dabei selbst sämtliche Tatbestandsmerkmale rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht. Auch er ist als unmittelbarer Täter im Sinne des § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB anzusehen, selbst wenn er unter dem Einfluss eines anderen oder nur in dessen Interesse handelt. Ob in „extremen Ausnahmefällen“ eine abweichende Bewertung in Betracht kommt, braucht der Senat nicht zu entscheiden.

2. Bei der Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB handelt es sich um ein Dauerdelikt. Die Tat ist mit Eintritt des Freiheitsentzugs vollendet und erst beendet, wenn das Opfer seine Fortbewegungsfreiheit zurückerlangt. Tatbestandsmäßig ist deshalb auch ein Verhalten, durch das die Freiheitsentziehung aufrechterhalten wird, etwa die Beteiligung an der Bewachung einer zuvor von Anderen eingesperrten Person.

3. Der Begriff des Angriffs im Sinne des § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VStGB ist, angelehnt an Art. 9 des Übereinkommens über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal, weit auszulegen und erfasst jede Art der Gewaltanwendung unabhängig von der Art der dabei verwendeten Waffen; zu den typischen Angriffsformen gehören Nötigungen, Einschüchterungen, bewaffneter Raub, Entführungen, Geiselnahmen,

Drangsalierungen, widerrechtliche Festnahmen und Inhaftierungen sowie Akte der Zerstörung und Plünderung des Eigentums humanitärer Missionen.

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

5. Eine Medienberichterstattung über eine Straftat sowie die Person des Angeklagten stellt – selbst wenn sie „aggressiven und vorverurteilenden“ Charakter hat – nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig ebenfalls keinen bestimmenden Strafzumessungsgrund dar. Das Tatgericht kann eine mediale Berichterstattung allerdings strafmildernd berücksichtigen, wenn sie weit über das gewöhnliche Maß hinausgeht, das jeder Straftäter über sich ergehen lassen muss, und sich deshalb besonders nachteilig für den Angeklagten ausgewirkt hat (vgl. zum Ganzen zuletzt BGH HRRS 2016 Nr. 1045).

**1086. BGH 5 StR 421/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Berlin)**

Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung im Rahmen der Notwehr (Bedeutung der Kampflege; lebensgefährliche Mittel als letztes Mittel der Verteidigung; kein Verweis auf hinsichtlich ihrer Eignung zweifelhaftes Verteidigungsmittel; sofortige und endgültige Beseitigung des Angriffs; Androhung des Einsatzes eines bis dahin nicht in Erscheinung getretenen Messers gegenüber dem unbewaffneten Angreifer; nicht lebensbedrohlicher Einsatz des Messers).

§ 32 StGB

1. Ob eine Verteidigungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB erforderlich ist, hängt im Wesentlichen von Art und Maß des Angriffs ab. Dabei darf sich der Angegriffene grundsätzlich des Abwehrmittels bedienen, das er zur Hand hat und das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr erwarten lässt.

2. Der Einsatz lebensgefährlicher Mittel kann im Rahmen der Notwehr nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen und darf auch nur das letzte Mittel der Verteidigung sein. Doch ist der Angegriffene nicht gehalten, auf die Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel zurückzugreifen, wenn deren Wirkung für die Abwehr zweifelhaft ist. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang braucht er sich nicht einzulassen.

3. Der Einsatz eines Messers ist in der Regel zunächst anzudrohen, wenn es sich um einen unbewaffneten Angreifer handelt und das Messer bis dahin noch nicht in Erscheinung getreten ist. Soll dem Angeklagten im Rahmen der Erforderlichkeit zugemutet werden, den Einsatz des Messers gegen eine nicht lebensbedrohliche Körperregion zu richten, ist regelmäßig darzulegen, dass dadurch eine endgültige Beendigung des Angriffs tatsächlich zu erwarten gewesen wäre.

**1012. BGH 2 StR 300/18 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Kassel)**

Tateinheit (natürliche Handlungseinheit).

§ 52 Abs. 1 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine natürliche Handlungseinheit vor, wenn mehrere im wesentlichen gleichartige Handlungen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs so miteinander verbunden sind, dass sich das gesamte Tätigwerden auch für einen Dritten als einheitliches Geschehen darstellt. Dabei begründet auch der Wechsel eines Angriffsmittels jedenfalls nicht ohne weiteres die Annahme von Handlungsmehrheit.

2. Den Begriff „dieselbe Handlung“ in § 52 Abs. 1 StGB definiert das Gesetz nicht ausdrücklich. Er knüpft an den Vollzug eines Verhaltens im natürlichen Sinne und damit letztlich an eine Körperbewegung an. Wird durch eine Körperbewegung ein Mensch mit direktem Vorsatz angegriffen, durch dieselbe Bewegung aber auch ein anderer fahrlässig verletzt oder mit bedingtem Vorsatz angegriffen, liegt demnach eine Tat im Sinne von § 52 Abs. 1 StGB vor.

3. Allein die Tatsache, dass verschiedene Personen betroffen waren, rechtfertigt danach nicht die Annahme von Tatmehrheit. Nur wenn mehrere Personen nacheinander durch unterscheidbare Handlungen angegriffen werden, geht der Bundesgerichtshof mit Blick auf die Verschiedenheit der betroffenen Rechtsgutsträger im Allgemeinen von Tatmehrheit aus.

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 1037. BGH 4 StR 591/17 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Essen)

BGHSt; Diebstahl (Diebstahl von Pfandleergut; Abgrenzung von Individual- und Einheitspfandflaschen; überschießende Innentendenz).

§ 242 Abs. 1 StGB

1. Zur Zueignungsabsicht beim Diebstahl, wenn der Täter Pfandleergut entwendet, um es gegen Auskehrung des Pfandbetrages in das Pfandsystem zurückzugeben. (BGHSt)

2. Für die Eigentumsverhältnisse an der jeweiligen Pfandflasche (nicht an ihrem Inhalt) auf den verschiedenen Vertriebsstufen des Pfandsystems bis hin zum Endverbraucher ist deren konkrete Beschaffenheit maßgeblich. Ist die Flasche mit einer besonderen, dauerhaften Kennzeichnung versehen, die sie als Eigentum eines bestimmten Herstellers/Abfüllers ausweist (sog. Individualflasche), verbleibt das Eigentum an ihr, unabhängig vom Eigentumsübergang an dem veräußerten Getränk, beim Hersteller/Abfüller. Mangels zivilrechtlicher Einigung findet deshalb ein Eigentumsübergang an den jeweiligen Flaschen auf den einzelnen Handelsstufen nicht statt. Weist die Flasche solche individuellen Merkmale nicht auf, wird sie vielmehr von unbestimmt vielen Herstellern verwendet (sog. Einheitsflasche), geht nicht nur das Eigentum am Inhalt, sondern auch dasjenige an der Flasche selbst auf allen Vertriebsstufen auf den jeweils nächsten Erwerber über. (Bearbeiter)

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt Zueignung voraus, dass entweder die Sache selbst oder der in ihr verkörperte Wert dem Vermögen des Berechtigten dauerhaft entzogen und dem des Nichtberechtigten zumindest vorübergehend einverleibt wird. Sachwert im Sinne dieser Theorie ist nur der nach Art und Funktion mit der Sache verbundene Wert, während der erzielbare Veräußerungserlös an der Sache vom Begriff des Sachwerts nicht erfasst wird. (Bearbeiter)

4. Hiervon ausgehend liegt eine Zueignung des Sachwerts nicht vor, wenn der Täter beabsichtigt, das entwendete Pfandgut gegen Entgelt in das Pfandsystem zurückzuführen. Denn das Pfandgeld ist nicht der unmittelbar im Pfandgut verkörperte Wert. Es dient vielmehr lediglich als Anreiz zur Rückgabe der Pfandflaschen und wird erst durch die Verwertung im Pfandsystem erzielt. Diebstahl kommt in diesen Fällen deshalb nur in Betracht, wenn sich der Täter die Sache selbst zueignen will. Dies setzt voraus, dass der Täter die Flaschen unter Leugnung des Eigentumsrechts des wahren Eigentümers in das Pfandsystem, das insoweit einer Rücknahmepflicht unterliegt, zurückgelassen, er sich also eine eigen-

tümerähnliche Stellung an dem Leergut anmaßen will. (Bearbeiter)

5. Hierfür maßgeblich ist die Vorstellung des Täters über die Eigentumsverhältnisse an den entwendeten Pfandflaschen und die Folgen ihrer Rückführung in das Pfandsystem. Da das Vorstellungsbild des Angeklagten von der tatsächlichen zivilrechtlichen Rechtslage abweichen kann, sind hierzu Feststellungen zu treffen. (Bearbeiter)

### 997. BGH 2 StR 169/18 – Beschluss vom 23. Mai 2018 (LG Bonn)

BGHSt; tätige Reue (Erheblichkeit des entstandenen Schadens: Wertgrenze; freiwillige Brandlöschung: Anforderungen; Ausschluss aufgrund konkreter Gefährdung von Personen; richterliches Ermessen).

§ 306e Abs. 1 StGB; § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Der durch eine schwere Brandstiftung entstandene Sachschaden an einem Wohngebäude ist dann erheblich im Sinne des § 306e Abs. 1 StGB, wenn – bezogen auf das Tatobjekt – mindestens 2.500 Euro zur Schadensbehebung erforderlich sind. (BGHSt)

2. Nach § 306e Abs. 1 StGB kann das Gericht in den Fällen der §§ 306, 306a und 306b StGB die Strafe nach seinem Ermessen mildern oder von Strafe absehen, wenn der Täter freiwillig den Brand löscht, bevor ein erheblicher Schaden entsteht. Der Täter muss den Brand nicht selbst eigenhändig löschen, sondern kann sich der Hilfe Dritter, insbesondere der Feuerwehr, bedienen. (Bearbeiter)

3. In Fällen einer konkreten Gefährdung von Personen oder einer tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschädigung scheidet eine Anwendung von § 306e StGB im Allgemeinen aus. (Bearbeiter)

4. Werden die Voraussetzungen des § 306e Abs. 1 StGB bejaht, kann der Tatrichter nach seinem Ermessen die Strafe mindern oder von Strafe absehen. Dafür kommt es insbesondere auf das Ausmaß bereits entstandenen Schadens und den Grad der Gefahr an, aber auch auf Art und Umfang der Rettungsbemühungen des Täters. (Bearbeiter)

### 1065. BGH 3 StR 13/18 – Urteil vom 5. April 2018 (LG Hannover)

BGHR; schwere Brandstiftung (ganz oder teilweise Zerstören durch Brandlegung bei gemischt genutztem Gebäude; Einwirkung auf die Sachsubstanz einer selbständigen Wohneinheit; Unbrauchbarkeit zum Wohnen; verständiger Wohnungsinhaber; nicht unbeträchtliche Zeitspanne; ausschließliche Beschädigung von

nicht dem Wohnen dienenden Gebäudeteilen; in Kellerräumen verlaufende Versorgungsleitungen; mittelbare Zurückführung auf Brandlegung; erhebliche Verurteilung).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306 StGB

1. Zerstören im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt bei gemischt genutzten Gebäuden eine durch die Brandlegung hervorgerufene Einwirkung auf die Sachsubstanz einer selbständigen Wohneinheit voraus. (BGHR)

2. Der Taterfolg der vollständigen oder teilweisen Zerstörung durch Brandlegung im Sinne von § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB kann hingegen nicht bereits darin liegen, dass ausschließlich nicht dem Wohnen selbst dienende Gebäudeteile – etwa in den Kellerräumen verlaufende Versorgungsleitungen – von den Brandfolgen betroffen sind, die brandbedingte Zerstörung dort aber eine Nutzung der im Objekt gelegenen Wohnungen für eine ausreichende Zeitspanne aufhebt (offengelassen in BGH HRRS 2013 Nr. 470). (Bearbeiter)

3. Ob eine zum selbständigen Gebrauch bestimmte Wohneinheit durch die Brandlegung zum Wohnen unbrauchbar geworden ist, richtet sich grundsätzlich nach der Vorstellung eines „verständigen Wohnungsinhabers“ (vgl. zuletzt BGH HRRS 2017 Nr. 1019). Dabei ist Unbrauchbarkeit zu Wohnzwecken erst anzunehmen, wenn eine Wohnung infolge des Brandes für eine nicht unbedeutende Zeit nicht mehr zu diesem Zweck genutzt werden kann. Ob die Zeitspanne der Nutzungseinschränkung oder -aufhebung für eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung ausreicht, ist objektiv, ebenfalls anhand des Maßstabs eines „verständigen Wohnungsinhabers“ zu beurteilen. (Bearbeiter)

4. Demnach liegt eine teilweise Zerstörung durch Brandlegung im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB bei einem gemischt genutzten Gebäude nicht vor, wenn die brandbedingte Unbenutzbarkeit nur einen kurzen Zeitraum andauert – Stunden oder ein Tag reichen nicht aus – oder lediglich solche Teile des Gebäudes betrifft, die nicht selbst dem Wohnen dienen, sondern nur funktional auf die Wohnnutzung bezogen sind, wie dies bei Kellerräumen typischerweise der Fall ist. (Bearbeiter)

5. Die Taterfolgsvariante der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nicht auf Fälle einer unmittelbaren Brandeinwirkung in der Wohnung selbst beschränkt. Sie ist vielmehr auch dann gegeben, wenn die Unbrauchbarkeit zu Wohnzwecken mittelbar auf die Brandlegung zurückzuführen ist, etwa auf eine erhebliche Verruftung infolge eines im gewerblichen Teil eines gemischt genutzten Gebäudes gelegten Brandes oder auf den Einsatz von Löschmitteln. Geringfügige Rußanhaftungen, die leicht zu beseitigen sind, genügen hierfür jedoch regelmäßig nicht. (Bearbeiter)

**1064. BGH 1 ARs 9/18 – Beschluss vom 18. September 2018**

Sachbeschädigung (Verhältnis zum zugleich begangenen schweren Bandendiebstahl oder Wohnungseinbruchsdiebstahl: Tateinheit).

§ 303 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 244a Abs. 1 StGB

Der Senat stimmt der Auffassung des anfragenden 2. Strafsenats zu, dass bei (vollendetem) schwerem Bandendiebstahl oder (vollendetem) Wohnungseinbruchsdiebstahl eine zugleich begangene Sachbeschädigung stets im Verhältnis der Tateinheit steht und nicht im Wege der Gesetzeseinheit in Form der Konsumtion zurücktritt.

**1051. BGH 1 StR 370/18 – Beschluss vom 16. August 2018 (LG Augsburg)**

Heimtückemord (Ausnutzungsbewusstsein: Entnahme aus dem objektiven Geschehensbild auch bei Spontanat).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. In subjektiver Hinsicht setzt der Tatbestand des Heimtückemordes (§ 211 Abs. 2 StGB) nicht nur voraus, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers erkennt; erforderlich ist außerdem, dass er die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt (vgl. BGH NStZ 2015, 214, 215 6). Dafür genügt es, wenn er die die Heimtücke begründenden Umstände nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen, sondern in dem Sinne in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst hat, dass ihm bewusst geworden ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (st. Rspr.).

2. Das Ausnutzungsbewusstsein kann bereits dem objektiven Bild des Geschehens entnommen werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter auf der Hand liegt. Das gilt in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter selbst dann, wenn er die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat. Denn bei erhaltener Unrechtseinsicht ist die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt. Danach hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen. Allerdings kann die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte (vgl. BGH NStZ-RR 2018, 45, 47).

**1054. BGH 1 StR 392/17 – Beschluss vom 15. August 2018 (LG Essen)**

Unerlaubte Verbringung von Abfällen (Verhältnis zu Ordnungswidrigkeiten nach dem Abfallverbringungsgesetz).

§ 326 Abs. 2 StGB; § 18 AbfVerbrG

§ 18 AbfVerbrG ist nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers lex specialis zu § 326 Abs. 2 StGB.



**1057. BGH 1 StR 413/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Ulm)**

Raub (erforderliche Verknüpfung von Nötigungshandlung und Wegnahme: Finalzusammenhang, nachträgliche Ausnutzung der Wirkung eines Nötigungsmittels nicht ausreichend).

§ 249 Abs. 1 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung muss zwischen der Drohung mit oder dem Einsatz von Gewalt und der Wegnahme beim Raub eine finale Verknüpfung bestehen; Gewalt oder Drohung müssen das Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme sein. An einer solchen Verknüpfung fehlt es, wenn eine Nötigungshandlung nicht zum Zwecke der Wegnahme vorgenommen wird, sondern der Täter den Entschluss zur Wegnahme erst nach Abschluss dieser Handlung fasst. Deshalb genügt der Umstand, dass die Wirkungen eines ohne Wegnahmevorsatz eingesetzten Nötigungsmittels noch andauern und der Täter dies ausnutzt, für die Annahme eines Raubes nicht. Auch das bloße Ausnutzen der Angst eines der Einwirkung des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers vor Fortführung bislang nicht auf die Ermöglichung der Wegnahme von Sachen gerichteter Gewalthandlungen reicht – ohne aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung – nicht aus (vgl. BGHSt 61, 141 mwN).

2. Der Tatbestand verlangt allerdings nicht, dass der Einsatz des Nötigungsmittels objektiv erforderlich ist oder die Wegnahme zumindest kausal fördert. Es genügt, dass aus Sicht des Täters der Einsatz des Nötigungsmittels notwendig ist (Finalzusammenhang). Allein seine Vorstellung und sein Wille sind für den Finalzusammenhang maßgebend (vgl. BGHSt 61, 141).

**1026. BGH 4 StR 192/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Magdeburg)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (strafscharfende Berücksichtigung von Folgewirkungen für das Tatopfer); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten; Differenzierung zur Gefährlichkeit für die Allgemeinheit).

§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB; § 176 StGB

1. Bei Delikten gemäß § 176 StGB können solche Tatfolgen beim Opfer als verschuldete Auswirkungen der Tat im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB strafscharfend gewertet werden, die über die tatbestandlich vorausgesetzte abstrakte Gefährdung des Kindeswohls hinausgehen. Dies setzt aber voraus, dass die Folgewirkungen der Tat vom Tatrichter im Einzelfall konkret festgestellt werden. Eine zum Nachteil des Angeklagten auf bloße Vermutungen gestützte Strafzumessung ist unzulässig.

2. Das Merkmal des Hanges zu erheblichen Straftaten verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag. Der Hang als „eingeschlif-

fenes Verhaltensmuster“, bei dem es sich um einen Rechtsbegriff handelt, der als solcher dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich ist, bezeichnet einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand. Seine Feststellung obliegt nach sachverständiger Beratung unter sorgfältiger Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten maßgeblichen Umstände dem Richter in eigener Verantwortung.

3. Hangtätoreigenschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit sind, wie die begriffliche Differenzierung in § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB zeigt, keine identischen Merkmale. Der Hang ist nur ein wesentliches Kriterium der Prognose. Während der Hang einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand bezeichnet, schätzt die Gefährlichkeitsprognose die Wahrscheinlichkeit dafür ein, ob sich der Täter in Zukunft trotz seines Hanges erheblichen Straftaten enthalten kann oder nicht.

**1023. BGH 4 StR 174/18 – Urteil vom 13. September 2018 (LG Detmold)**

Hehlerei (Tatbestandsmerkmal des Ankaufens: Erlangung mittelbaren Besitzes ausreichend); Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Tatbestandslosigkeit des sog. transitorischen Besitzes).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Zwar ist das Tatbestandsmerkmal des Ankaufens als Unterfall des Sichverschaffens erst dann vollständig verwirklicht, wenn der ankaufende Täter eigene Verfügungsgewalt über die Sache erwirbt und der Vortäter dadurch jede Möglichkeit verliert, auf die Sache einzuwirken. Dafür ist kein unmittelbarer Besitz erforderlich. Stattdessen kann auch mittelbarer Besitz (§ 870 BGB) ausreichend sein, wenn der Ankäufer dadurch nicht nur die bisherige Sachherrschaft des Vortäters, sondern zugleich auch die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache erlangt.

2. Gegenstände die als Mittel für die Tatausführung oder gelegentlich der Tatausführung kurzfristig in Besitz genommen werden (sog. transitorischer Besitz) gelten noch nicht als im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB erlangt, weil es insoweit an einem rechtserheblichen Vermögenszufluss fehlt. Auch aus der Überlassung von Tatbeute zum Transport und einer zeitlich nicht näher eingegrenzten Aufbewahrung folgt noch nicht ohne weiteres, dass der Täter deshalb auch schon faktische Mitverfügungsgewalt hat.

**1018. BGH 4 StR 54/18 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Essen)**

Hehlerei (Versuch; Absatzhilfe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Prognose eines hinreichend konkreten Therapieerfolgs; Absehen von der Maßregelanordnung im Einzelfall).

§ 27 StGB; § 64 StGB; § 67d Abs. 1 Satz 1 oder 3 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB

1. Wegen versuchter Hehlerei in der Variante der Absatzhilfe macht sich strafbar, wer den Vortäter, der die bema-

kelte Sache durch einen Diebstahl, eine andere Vermögensstraftat oder als Zwischenhehler erlangt hat, bei seinen nicht erfolgreichen Verwertungsbemühungen unterstützt.

2. Die Anordnung über die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Angeklagten durch die Behandlung innerhalb der Frist des § 67d Abs. 1 Satz 1 oder 3 StGB zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf seinen Hang zurückgehen. Sofern sich dies nicht von selbst versteht, ist es daher erforderlich, unter Berücksichtigung der Art und des Stadiums der Sucht sowie bereits eingetretener physischer und psychischer Veränderungen und Schädigungen in der Persönlichkeit und den Lebensumständen des Angeklagten konkrete Anhaltspunkte zu benennen, die dafür sprechen, dass es innerhalb eines zumindest „erheblichen“ Zeitraums nicht (mehr) zu einem Rückfall kommen wird.

3. Die bloße Möglichkeit einer therapeutischen Veränderung vermag die Prognose eines hinreichend konkreten Therapieerfolgs nicht zu stützen.

4. Durch die Umwandlung in eine Soll-Vorschrift ist § 64 StGB zwar noch keine Ermessensvorschrift im engeren Sinn geworden. Ein Absehen von einer Maßregelanordnung kommt aber – trotz gegebener Voraussetzungen – in Ausnahmefällen in Betracht. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll dies insbesondere bei Angeklagten möglich sein, denen „gerade noch“ eine positive Behandlungsprognose gestellt werden kann, bei denen aber im Übrigen sehr ungünstige Ausgangsbedingungen vorliegen, etwa weil eine Ausweisung droht oder vorhandene Sprachdefizite nur schwer auszugleichen sind. Geben die Feststellungen danach Anlass, die Nichtanordnung der Unterbringung nach § 64 StGB in Erwägung zu ziehen, hat der Tatrichter die für seine Entscheidung maßgeblichen Umstände im Urteil für das Revisionsgericht nachprüfbar darzulegen.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**995. BGH 2 StR 142/18 – Beschluss vom 28. August 2018 (LG Bonn)**

BGHR; Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Rückfallverjährungsfrist).  
§ 66 Abs. 4 Satz 3 StGB

1. Die Rückfallverjährungsfrist von fünfzehn Jahren gemäß § 66 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 StGB ist nur im Verhältnis zweier Sexualstraftaten zueinander anwendbar. (BGHR)

2. Folgt eine Straftat aus dem Bereich der allgemeinen Kriminalität einer Sexualstraftat nach, so gilt die fünfjährige Rückfallverjährungsfrist des § 66 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 1 StGB. (BGHR)

**1034. BGH 4 StR 325/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Halle)**

Grundsätze der Strafzumessung (keine Strafschärfung aufgrund fehlender verständlicher Motive).  
§ 46 Abs. 3 StGB

1. Die revisionsgerichtliche Überprüfung der Strafzumessung hat sich am sachlichen Gehalt der Ausführungen des Tatrichters zu orientieren und nicht an dessen möglicherweise missverständlichen Formulierungen.

2. Nachvollziehbare, verständliche Motive für eine Tatbegehung können sich strafmildernd auswirken; ihr Fehlen

berechtigt nicht dazu, diesen Umstand zu Lasten des Täters zu berücksichtigen.

**996. BGH 2 StR 147/18 – Beschluss vom 4. September 2018 (LG Bonn)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (gesamtschuldnerische Haftung).  
§ 73 StGB

Mehrere Tatbeteiligte, die an denselben Gegenständen Mitverfügungsgewalt erlangt haben, haften auch nach dem neuen Recht der Vermögensabschöpfung, das durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 eingeführt worden ist, als Gesamtschuldner. Dies gilt auch Fällen ungeachtet des Umstands, dass Namen und Anzahl der weiteren Mittäter nicht festgestellt sind.

**1050. BGH 1 StR 326/18 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Berlin)**

Einziehung (Umfang der Einziehung: keine Einziehung des aus der Tat Erlangten bei Einstellung der Tat nach § 154 Abs. 2 StPO).  
§ 73 Abs. 1 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

Der Einziehung unterliegen nicht die Beträge, die durch die nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellten Taten erlangt worden sind. Auch § 73 StGB nF erfasst lediglich das Erlangte aus den verfahrensgegenständlichen Taten. Mit

der vorläufigen Einstellung aber sind diese Taten nicht mehr Verfahrensgegenstand des Strafverfahrens.

**1019. BGH 4 StR 78/18 – Urteil vom 27. September 2018 (LG Dortmund)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (durch oder für eine rechtswidrige Tat erlangt Vermögensgegenstände: erwirtschaftete Geldbeträge beim Absatz von Betäubungsmitteln in einer Handelskette).

§ 73 Abs. 1 StGB

1. Nach § 73 Abs. 1 StGB unterliegen Vermögensgegenstände, die der Täter durch oder für eine rechtswidrige Tat erlangt hat, der Einziehung. „Durch“ die Tat erlangt ist ein Vermögenswert – nicht anders als „aus“ der Tat unter Geltung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aF –, wenn er dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs derart zugeflossen ist, dass er der faktischen Verfügungsgewalt des Täters unterliegt. Da es sich bei dem Erlangen um einen tatsächlichen Vorgang handelt, kommt es auf zivilrechtliche Besitz- oder Eigentumsverhältnisse nicht an.

2. Nach diesen Grundsätzen werden bei einem Absatz von Betäubungsmitteln in einer Handelskette von einem als Zwischenhändler oder als selbständiger Vermittler agierenden Täter auch solche Geldbeträge wirtschaftlich erlangt, die er von seinem Abnehmer vereinnahmt und in der Folgezeit an den Lieferanten weitergibt. Denn die vereinnahmten Geldbeträge sind dem Vermögen des Täters so zugeflossen, dass er jedenfalls vorübergehend die tatsächliche Verfügungsgewalt über sie ausüben konnte.

**994. BGH 2 StR 14/18 – Urteil vom 25. April 2018 (LG Gießen)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (gesamtschuldnerische Haftung, Kennzeichnung im Urteilstenor); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussichten: sprachunkundige Ausländer).

§ 64 StGB; § 73 StGB; § 316h EGStGB

1. Bei der Einziehung des Wertes von Taterträgen, die sich gemäß Art. 316h Satz 1 EGStGB nach den durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I 872) eingeführten und am 1. Juli 2017 in Kraft getretenen neuen Regelungen der §§ 73 ff. StGB richtet, haften mehrere Tatbeteiligte, die aus einer rechtswidrigen Tat etwas erlangt haben, als Gesamtschuldner.

2. Der Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor bedarf es auch nach neuem Recht. Damit wird ermöglicht, dass den Beteiligten das aus der Tat Erlangte entzogen wird, aber zugleich verhindert,

dass dies mehrfach erfolgt. Die anteilige gesamtschuldnerische Haftung des Angeklagten hat der Senat im Tenor klarzustellen; hierfür ist die Angabe eines Namens des jeweiligen Gesamtschuldners nicht erforderlich.

3. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht Übereinstimmung dahin, dass es auch nach der Umgestaltung von § 64 StGB zur Soll-Vorschrift durch die Gesetzesnovelle vom 16. Juli 2007 im Grundsatz dabei verbleiben soll, dass die Sprachunkundigkeit eines Ausländers nicht ohne Weiteres allein ein Grund für einen Verzicht auf seine Unterbringung sein kann. So genügt es regelmäßig für eine erfolversprechende Maßregelanordnung, wenn der Betreffende zumindest über Grundkenntnisse der deutschen Sprache verfügt.

4. Hingegen muss nicht gegen jeden Sprachunkundigen eine Unterbringung nach § 64 StGB angeordnet werden, insbesondere wenn eine therapeutisch sinnvolle Kommunikation mit ihm absehbar nur schwer oder gar nicht möglich sein wird. Bei weitgehender Sprachunkundigkeit wird die Annahme fehlender Erfolgsaussicht nahe liegen. Im Übrigen beabsichtigte der Gesetzgeber mit der Umgestaltung von § 64 StGB zu einer Soll-Vorschrift auch die Schonung der Behandlungskapazitäten, die bis dahin durch eine nicht zu vernachlässigende Anzahl von in Anbetracht des Heilungszwecks weniger geeigneten Personen blockiert wurden. Deshalb sollte nach dem Willen des Gesetzgebers ein Absehen von der Maßregelanordnung insbesondere bei ausreisepflichtigen Ausländern ermöglicht werden, bei denen infolge erheblicher sprachlicher Verständigungsprobleme eine erfolversprechende Therapie kaum vorstellbar ist. Der Tatrichter hat anhand dieser Kriterien die für seine Entscheidung maßgeblichen Umstände im Urteil für das Revisionsgericht nachprüfbar darzulegen.

**1070. BGH 5 StR 107/18 – Urteil vom 13. September 2018 (LG Braunschweig)**

Voraussetzungen der Strafmilderung aufgrund eines Täter-Opfer-Ausgleichs (Vertrag zwischen angeklagten und Verletztem; Vergleich; Adhäsionsverfahren; Motivation des Angeklagten; taktisches Vorgehen in der Hoffnung auf milde Strafe; ernsthaftes Bemühen um Schadenswiedergutmachung; friedensstiftende Akzeptanz); Heimtücke bei von langer Hand geplanter Tat.

§ 46a Nr. 1 StGB; § 211 StGB

Eine Strafmilderung nach § 46a Nr. 1 StGB erfordert regelmäßig auch dann Feststellungen zur friedensstiftenden Akzeptanz eines im Adhäsionsverfahren geschlossenen Vergleichs, wenn dieser unter Beteiligung des Verletzten zustande gekommen ist. Allein die Tatsache des Vertragsabschlusses belegt nicht ohne Weiteres, dass der Verletzte die vereinbarte Leistung als friedensstiftenden Ausgleich akzeptiert hat.

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**1047. BGH 1 StR 320/17 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Tübingen)**

BGHSt; Übersetzung von Urteilen des Bundesgerichtshofs (kein Anspruch auf Übersetzung; Anspruch auf Entscheidung des Gerichts über Entscheidung des Vorsitzenden)

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. e EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 187 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GVG; § 238 Abs. 2 StPO

1. Entscheidet ein Vorsitzender am Bundesgerichtshof, dass eine rechtskräftige Senatsentscheidung nicht übersetzt wird, kann hiergegen die Entscheidung des Gerichts eingeholt werden. (BGHSt)

2. Ein Anspruch auf Übersetzung eines rechtskräftigen Urteils des Bundesgerichtshofs besteht grundsätzlich nicht. (BGHSt)

3. § 187 Abs. 1 und 2 GVG obliegt als Teil der Zustellungsanordnung dem Vorsitzenden. Dies umfasst aber nicht nur die Annahme der Voraussetzungen, sondern auch deren Ablehnung. Durch die unterbliebene Beauftragung einer Übersetzung zu dem Zeitpunkt, zu dem die schriftlichen Urteilsgründe zu den Akten gebracht worden sind, ist durch den Vorsitzenden bereits konkludent ein Anspruch auf Übersetzung verneint worden, was dem Verurteilten auch zeitnah mitgeteilt worden ist. Im Zusammenspiel mit dem Fehlen einer Zustellungsanordnung – über das der Verurteilte ebenfalls informiert worden ist – hat der Vorsitzende damit über die Art der Bekanntgabe entschieden. (Bearbeiter)

4. Die Prozessordnung stellt jedoch kein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung, sofern die Übersetzung durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs abgelehnt wurde. Denn gemäß § 304 Abs. 4 Satz 1 StPO ist eine Entscheidung des Vorsitzenden eines Senats des Bundesgerichtshofs nicht mit der Beschwerde anfechtbar, da es kein übergeordnetes Gericht gibt. Auch für diese Konstellationen muss aber eine Rechtsschutzmöglichkeit bestehen (vgl. BVerfGE 107, 395, 396 f.). Dies ergibt sich aus dem im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten verankerten allgemeinen Justizgewährungsanspruch. Dieser Rechtsschutz kann vielmehr in effektiver und sachnaher Weise durch eine eigenständige gerichtliche Abhilfemöglichkeit entsprechend § 238 Abs. 2 StPO gewährleistet werden. (Bearbeiter)

5. Ein Anspruch auf Übersetzung eines rechtskräftigen Urteils des Bundesgerichtshofs ergibt sich nicht aus 187 Abs. 2 GVG oder unmittelbar aus der Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010. Er ergibt sich auch nicht aus Art.

103 Abs. 1 GG oder dem Recht auf ein faires Verfahren. Schließlich verletzt eine unterbliebene Übersetzung auch nicht Art. 3 Abs. 1 GG. (Bearbeiter)

**1077. BGH 5 StR 295/18 – Beschluss vom 28. August 2018 (LG Zwickau)**

Falschangaben des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse (keine strafprozessuale Wahrheitspflicht; *nemo tenetur*-Grundsatz; Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens; Täuschung des Nebenklägers; betrugsnahes Verhalten).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Den Angeklagten trifft keine strafprozessuale Wahrheitspflicht. Ihm können daher regelmäßig falsche Angaben nicht angelastet werden. Dies gilt nicht nur dann, wenn er dem Anklagevorwurf mit wahrheitswidrigem Vorbringen zu begegnen sucht, sondern auch bei falschen Angaben zu seinen persönlichen Verhältnissen, durch die er einen für sich günstigeren Rechtsfolgenausspruch anstrebt. Die Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens sind grundsätzlich erst überschritten, wenn das Vorbringen eine selbständige Rechtsgutsverletzung enthält oder hierdurch eine neue Straftat begangen wird.

2. Bei der Beurteilung der Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens kann es eine Rolle spielen, ob Adressat einer unwahren Angabe über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten nicht nur das Gericht, sondern auch der Nebenkläger ist, dessen Schadensersatzanspruch in der Hauptverhandlung eine Regelung findet und bei dem sich der Angeklagte zu entschuldigen versucht. Ist ein wahrheitswidriges Vorbringen auch darauf gerichtet, den Nebenkläger zu täuschen, unterfällt dieses nicht dem Schutzbereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes und ist auch nicht vom Recht des Angeklagten auf Verteidigung gedeckt.

**1073. BGH 5 StR 228/18 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Berlin)**

Keine unzulässige Beschränkung der Verteidigung bei fehlender frontaler Sicht des Angeklagten auf das Gesicht einer Zeugin aufgrund der Bestimmung der Sitzordnung (generelle Anforderungen an die Bestimmung der Sitzordnung; Möglichkeit der Besprechung mit dem Verteidiger; Störung des Verhandlungsablaufs; Aufklärungspflicht; Gewährung der optischen Teilhabe an der Zeugenvernehmung für die Verfahrensbeteiligten; Sichtmöglichkeit für den Verteidiger; bauliche Gegebenheiten; Konfrontationsrecht; faires Verfahren)

§ 238 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c und d EMRK; § 176 GVG

1. Die Bestimmung der Sitzordnung im Hauptverhandlungssaal ist eine Maßnahme, die zwar einerseits die rein äußerliche Gestaltung des Hauptverhandlungsablaufs betrifft, andererseits aber auch in die Rechte von Verfahrensbeteiligten eingreifen und deshalb nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden kann.

2. Eine Rüge nach § 338 Nr. 8 StPO kann bei Beanstandung der Sitzanordnung nur dann Erfolg haben, wenn die Entscheidung des Gerichts zur Sitzordnung erkennen lässt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht oder grundlegend die Rechtspositionen der Verfahrensbeteiligten verkennt und hierdurch tatsächlich die Mitwirkungsmöglichkeiten des Angeklagten oder seines Verteidigers entscheidungserheblich eingeschränkt werden.

3. Die Sitzanordnung im Gericht muss sich zunächst an den baulichen Gegebenheiten des Hauptverhandlungssaals orientieren, die dem Gericht vorgegeben sind. Der Angeklagte kann dabei auf eine umfriedete oder besonders gesicherte Anklagebank verwiesen werden, wenn ansonsten seine Flucht oder eine Störung des Verhandlungsablaufs drohen (vgl. § 176 GVG, Nr. 125 Abs. 2 RiStBV). Von seinem Platz aus muss der Angeklagte der Hauptverhandlung folgen und seine Verteidigung führen können. Ihm ist grundsätzlich zu ermöglichen, sich während der Hauptverhandlung mit seinem Verteidiger zu besprechen; anderenfalls kann es notwendig sein, zu diesem Zweck die Hauptverhandlung auf Antrag zu unterbrechen.

4. Bei der Vernehmung von Zeugen (und Sachverständigen) ist zunächst entscheidend, dass das den Urteilspruch verantwortende erkennende Gericht den Zeugen so gut sieht, wie es dies selbst unter Aufklärungsgesichtspunkten für notwendig erachtet. Zudem kann erforderlich sein, berechtigten Sorgen von Zeugen im Hinblick auf den Angeklagten oder andere Verfahrensbeteiligte durch eine besondere Sitzanordnung Sorge zu tragen.

5. Soweit danach – sowie im Rahmen der baulichen Gegebenheiten – möglich und mit der Sicherheit und Ordnung im Hauptverhandlungssaal vereinbar, ist den übrigen Verfahrensbeteiligten die optische Teilhabe an der Zeugenvernehmung zu gewähren. Kann dies nicht für alle gleichermaßen geschehen, reicht zur Wahrung der Teilhaberechte des Angeklagten auch aus, einem Verteidiger – wie hier von der Revision vorgetragen – eine weitergehende Sicht auf den Zeugen zu ermöglichen.

6. Zur Wahrung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK genügt es grundsätzlich, dass vor Verurteilung eines Angeklagten alle ihn belastenden Beweismittel in einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und in seiner Gegenwart erörtert werden, um eine kontradiktorische Prüfung zu ermöglichen. Dem Angeklagten muss angemessen und hinreichend Gelegenheit gegeben werden, einem Belastungszeugen bei seiner Aussage oder zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens entgegenzutreten, ihn zu befragen bzw. befragen zu lassen. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass dem Angeklagten keine frontale Sicht auf einen Zeugen gewährt wird.

**1089. BGH StB 43 u. 44/18 – Beschluss vom 5. Oktober 2018**

Keine diplomatische Immunität bei privatem Urlaub in einem Drittstaat (Durchreise durch einen Drittstaat; Amtsantritt; Rückkehr in den Heimatstaat; Aufenthalt im Drittstaat zu touristischen Zwecken; keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen des Auswärtigen Amtes mit Blick auf Rechtsfragen); Statthaftigkeit der Beschwerde trotz Wegfalls der angefochtenen Maßnahme (prozessuale Überholung; Feststellungsinteresse); dringender Tatverdacht; Haftgrund der Fluchtgefahr.

Art. 40 WÜD; § 112 StPO; § 304 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

1. Diplomatische Immunität wirkt nach Völkergewohnheitsrecht nicht in allen Staaten (erga omnes), sondern allein in dem Empfangsstaat, also dem Staat, in dem die diplomatische Mission des Entsendestaats errichtet ist, zu der der Diplomat gehört. In Art. 40 WÜD sind völkervertragsrechtlich zugunsten von Personen mit Immunität Ausnahmen zu diesem Grundsatz geregelt, indem unter bestimmten Voraussetzungen der Schutz auf Drittstaaten ausgedehnt wird.

2. Nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 WÜD genießt ein Diplomat auch in einem Drittstaat Immunität, wenn er ihn durchreist, um „sein Amt anzutreten oder um auf seinen Posten oder in seinen Heimatstaat zurückzukehren“, oder wenn er sich zu einem dieser Zwecke bereits in dem Drittstaat befindet.

3. Art. 40 Abs. 1 S. 1 WÜD schützt somit lediglich die Durchreise durch das Hoheitsgebiet des Drittstaats zu einem der benannten Zwecke. Umfasst sind die erste Anreise zur Aufnahme der dienstlichen Tätigkeit im Empfangsstaat, die Reisen während der Zeit der Beschäftigung sowie die endgültige Abreise nach Dienstbeendigung. Dies gilt jedoch nur für Reisen vom Entsende- in den Empfangsstaat und umgekehrt. Geschützt sind nur Reisen durch einen Drittstaat, deren Zweck ausschließlich der Transit mit dem Ziel ist, den Empfangs- oder Entsendestaat zu erreichen.

4. Die Ausdehnung des Schutzes nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 WÜD umfasst nicht den privaten Urlaub in einem Drittstaat. Bei einem Aufenthalt in einem Drittstaat zu touristischen Zwecken kann die geplante Ausreise in den Empfangsstaat demnach keinen diplomatischen Schutz begründen.

5. Rundschreiben des Auswärtigen Amtes, in denen für diplomatische Beziehungen einschlägige internationale und nationale Regeln zusammengefasst sowie Anwendungshilfen bekanntgemacht werden, binden die Gerichte im Hinblick auf Rechtsfragen nicht.

6. Der Wegfall einer angefochtenen Maßnahme führt jedenfalls dann nicht zur Unstatthaftigkeit der dagegen erhobenen Beschwerde, wenn sich diese gegen einen Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschuldigten richtet und der Beschwerdeführer die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nicht anderweitig mit einem ordentlichen Rechtsmittel überprüfen lassen kann. Die Beschwerde

darf in solchen Fällen weder wegen prozessualer Überholung gegen den Willen des Beschwerdeführers für erledigt erklärt noch aus diesem Grund als unzulässig verworfen werden. Vielmehr ist die Rechtmäßigkeit der zwischenzeitlich weggefallenen Maßnahme zu prüfen und gegebenenfalls deren Rechtswidrigkeit festzustellen.

**1053. BGH 1 StR 382/17 – Beschluss vom 31. Juli 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Vernehmung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft als Zeugen (unzulässige weitere Mitwirkung des Staatsanwalts am weiteren Verfahren: unlösbarer Zusammenhang zwischen Zeugenaussage und nachfolgender Mitwirkung).

§ 22 Abs. 5 StPO analog

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Staatsanwalt, der in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen worden ist, insoweit an der weiteren Wahrnehmung der Aufgaben als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung gehindert, als zwischen dem Gegenstand seiner Zeugenaussage und der nachfolgenden Mitwirkung an der Hauptverhandlung ein unlösbarer Zusammenhang besteht (vgl. BGHSt 21, 85, 89 f.).

2. Nimmt der Staatsanwalt im Rahmen der weiteren Sitzungsvertretung eine Würdigung seiner eigenen Zeugenaussage vor oder bezieht sich seine Mitwirkung auf einen Gegenstand, der mit seiner Aussage in einem untrennbaren Zusammenhang steht und einer gesonderten Bewertung nicht zugänglich ist, liegt ein relativer Revisionsgrund vor (vgl. BGHSt 14, 265). Soweit sich die Aufgabenwahrnehmung in der Hauptverhandlung inhaltlich von der Erörterung und Bewertung der eigenen Zeugenaussage trennen lässt, ist der Staatsanwalt dagegen von einer weiteren Sitzungsvertretung nicht ausgeschlossen (vgl. BGH NStZ 1989, 583).

**1059. BGH 1 StR 454/18 – Beschluss vom 18. September 2018 (LG Karlsruhe)**

Ausschließung von der Ausübung des Richteramtes (vorheriges Tätigwerden in der Sache: Begriff der Sache: enger Sachzusammenhang, Identität auch bei mehreren prozessualen Taten möglich).

§ 22 Nr. 4 StPO; § 264 StPO

1. Unter „der Sache“ im Sinne des § 22 Nr. 4 StPO ist grundsätzlich dasjenige Verfahren zu verstehen, welches die strafrechtliche Verfolgung einer bestimmten Straftat zum Gegenstand hat. Es kommt also in erster Linie auf die Identität des historischen Ereignisses an, um dessen Aufklärung es zu der Zeit ging, als der Richter in richterlicher Funktion tätig war. Der Annahme einer solchen Identität steht auch das Vorliegen mehrerer selbständiger Taten im Sinne des § 264 StPO nicht entgegen. Vielmehr entscheidet in solchen Fällen regelmäßig die Einheit der Hauptverhandlung; sie kann auch solche Vorgänge, die bei natürlicher Betrachtung als verschiedene historische Ereignisse erscheinen, zu einer Einheit zusammenfassen (vgl. BGHSt 28, 262, 263 mwN).

2. Allerdings ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Vorschrift des § 22 Nr. 4 StPO keineswegs nur dazu

da ist, das Strafverfahren gegen eine aus früherer anderweitiger Tätigkeit abzuleitende Voreingenommenheit zu schützen. Sie ist vielmehr auch dazu bestimmt, bereits den Schein eines Verdachts der Parteilichkeit zu vermeiden (vgl. BGHSt 28, 262, 265). Daraus kann sich die Notwendigkeit ergeben, § 22 Nr. 4 StPO auch anzuwenden, wenn es an der für den Normalfall vorausgesetzten Verfahrenseinheit fehlt. Der Verdacht der Parteilichkeit kann jedoch bei mehreren für eine einheitliche Behandlung in Betracht zu ziehenden Verfahren vernünftigerweise nur aufkommen, wenn zumindest ein enger und für die zu treffende Entscheidung bedeutsamer Sachzusammenhang besteht (vgl. BGHSt 9, 193, 195).

**1024. BGH 4 StR 184/18 – Beschluss vom 16. Oktober 2018**

Zurücknahme der Bestellung eines Pflichtverteidigers (analoge Anwendung auf Beistand der Nebenklage).

§ 143 StPO

Ein Wechsel in der Person des Beistands durch Rücknahme der ursprünglichen Beiordnung und Bestellung eines neuen Beistands kommt nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in entsprechender Anwendung des § 143 StPO in Betracht.

**1062. BGH 1 StR 616/17 – Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG Essen)**

Anwesenheitspflicht des Angeklagten (eigenmächtige Abwesenheit des Angeklagten durch Reise in Ausland bei vorhersehbarer Verhaftung dort); Aussetzung des Verfahrens bei Änderung der Sachlage (Voraussetzung, erforderliche Begründung einer Ablehnung); Garantenpflicht (notwendiges Bestehen der Pflicht zum Zeitpunkt der Tatbegehung).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 231 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 265 Abs. 4 StPO

1. Eigenmächtig einem Fortsetzungstermin fern bleibt auch der Angeklagte, der sich schon vor dem angesetzten Termin wissentlich und ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund, d.h. ohne Not, in eine Lage begibt, die für ihn vorhersehbar mit dem erheblichen Risiko verbunden ist, zum angesetzten Termin an der Teilnahme der Hauptverhandlung gehindert zu sein.

2. Dem eigenmächtigen Ausbleiben im Sinne von § 231 Abs. 2 StPO steht es deshalb gleich, dass sich ein Angeklagter nach der Vernehmung zur Sache – vorher gilt § 231a StPO – in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt (BGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – 1 StR 546/01, NStZ 2002, 533, 535 Rn. 14 mwN). Dem ist die Situation vergleichbar, dass ein Angeklagter während einer laufenden Hauptverhandlung in Deutschland im Ausland vorsätzlich eine Straftat von Gewicht begeht, bei deren Entdeckung er mit seiner Verhaftung rechnen muss, oder wenn ein in Deutschland vor Gericht stehender Angeklagter, der schon früher eine Straftat entsprechenden Gewichts im Ausland begangen hat, wegen der er – wie er weiß – auch mit seiner Verhaftung im Land des Tatorts rechnen muss, sich während des Laufs der gegen ihn gerichteten Hauptverhandlung ohne Not in jenes Land und dort in eine Situation mit hohem Verhaftungsrisiko begibt (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 285).

3. Eine Aussetzung hat nach § 265 Abs. 4 StPO zu erfolgen, wenn dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Anklage oder Verteidigung angemessen erscheint. Bei einer veränderten Sachlage kann es sich um eine Veränderung des Sachverhalts oder der Verfahrenslage handeln. Grundsätzlich kann jede vom Angeklagten nicht verschuldete Verschlechterung seiner Verteidigungsmöglichkeit den Anlass zur Aussetzung geben. Ob die Verhandlung auszusetzen ist, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, dessen Ausübung vom Gericht darzustellen ist (vgl. BGHSt 8, 92, 96). Formelhafte Wendungen in der Ablehnung erlauben dem Revisionsgericht die Nachprüfung, ob das Ermessen fehlerfrei ausgeübt wurde, hingegen nicht (vgl. BGH NStZ 1987, 34).

4. Eine strafbarkeitsbegründende Pflicht nach § 13 StGB muss im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG im Zeitpunkt der geforderten Handlung rechtlich wirksam bestanden haben. Als strafrechtlich bedeutsame Pflicht kann sie nicht rückwirkend begründet werden (vgl. BGH NStZ-RR 2017, 282).

**1006. BGH 2 StR 454/17 – Urteil vom 5. September 2018 (LG Marburg)**

Ausschluss der Öffentlichkeit (Antragsstellung außerhalb der Hauptverhandlung; Umfang); Vergewaltigung (qualifiziertes Nötigungsmittel: Anforderungen an ein „Klima ständiger Gewalt“; ausnahmsweise verringerte Anforderungen an die Sachdarstellung bei Tatserien).  
§ 171b Abs. 3 Satz 1 GVG; § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.

1. Ein Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit im Sinne von § 171b Abs. 3 Satz 1 GVG kann außerhalb der Hauptverhandlung gestellt werden.

2. Beschränkt sich der Ausschluss der Öffentlichkeit auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt, wie die Dauer der Vernehmung einer Beweisperson, so umfasst er alle Verfahrensvorgänge, die mit diesem in enger Verbindung stehen oder sich aus ihm entwickeln und die daher zu diesem Verfahrensabschnitt gehören.

3. Frühere Gewaltanwendungen können im Einzelfall als konkludente Drohung gegenüber dem Opfer einer Vergewaltigung im Sinne von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. zu beurteilen sein, den körperlich wirkenden Zwang erneut anzuwenden, falls das weitere Vorgehen des Täters auf Widerstand stoßen sollte. So kann vorausgegangene Gewalt fortwirken, wenn das Opfer angesichts einer früheren Gewaltanwendung und der gegebenen Kräfteverhältnisse aus Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten von Gegenwehr absieht, sofern der Täter erkennt und billigt, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben empfindet. Die Ausnutzung eines vom Täter durch vorangehende Tötlichkeiten oder Drohungen geschaffenen „Klimas der Gewalt“ kann dann dazu genügen, das Tatbestandsmerkmal der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anzunehmen. Zumindest von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. erfasst werden schließlich Fälle, in denen zwar nicht konkludent mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Opfers gedroht wird, dieses aber aus Furcht vor Einwirkungen des Täters auf Widerstand

verzichtet, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und ihm Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint.

4. Die Tatbestandsmerkmale einer Vergewaltigung mit Gewalt, durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder durch Ausnutzung einer schutzlosen Lage des Opfers müssen bei Tatserien grundsätzlich für jede einzelne Tat konkret festgestellt werden. Andernfalls werden das Tatbild und der Schuldumfang unzureichend dargelegt. Geringere Anforderungen an die Sachdarstellung sind nur hinzunehmen, wenn sich der Tatrichter die Überzeugung eines vom Täter erzeugten und bewusst eingesetzten „Klimas ständiger Gewalt“ verschafft.

**1084. BGH 5 StR 371/18 – Beschluss vom 29. August 2018 (LG Dresden)**

Tenorierung bei Verurteilung wegen qualifizierten Wohnungseinbruchsdiebstahls (gesetzliche Überschrift; Klarstellung des Unrechts; anzuwendende Vorschriften).  
§ 244 Abs. 4 StGB; § 267 StPO

Der Senat sieht mit Blick auf die Vorgabe des § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO davon ab, die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 244 Abs. 4 StGB im Schuldanspruch erkennbar zu machen, diesen etwa als „Privatwohnungseinbruchdiebstahl“ oder als „schweren Wohnungseinbruchdiebstahl“ zu bezeichnen. Er hält es dabei insbesondere auch aus Gründen der Klarstellung des verwirklichten Unrechts nicht für erforderlich, von der Sollvorschrift des § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO abzuweichen, da sich dieses aus der unmittelbar anschließenden, gemeinsam mit dem Urteilstenor in das Bundeszentralregister (§ 260 Abs. 5 Satz 1 StPO, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BZRG) einzutragenden Liste der angewendeten Vorschriften entnehmen lässt.

**998. BGH 2 StR 172/18 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Rostock)**

Absolute Revisionsgründe (Entfernung des Angeklagten bei Vernehmung von Mitangeklagten und Zeugen: Ausschluss von der Verhandlung während der Vernehmung der Nebenklägerin in gesetzeswidriger Weise; mangelnde Verzichtbarkeit des Anwesenheitsrechts des Angeklagten in der Hauptverhandlung).  
§ 338 Nr. 5 StPO i.V.m. § 247 StPO

1. Der zeitweise Ausschluss des Angeklagten ist stets durch förmlichen Gerichtsbeschluss anzuordnen, der zu begründen und zu verkünden ist. Ein Beschluss wird nicht entbehrlich, weil alle Verfahrensbeteiligten mit der Anordnung einverstanden sind. Soweit der 5. Strafsenat erwogen hat, dass anderes in Fallkonstellationen gelten könnte, in denen die Voraussetzungen für eine Abwesenheitsverhandlung zweifelsfrei vorliegen und das Einverständnis des Angeklagten auf der Anerkennung dieser verfahrensrechtlich eindeutigen Situation beruht, könnte der Senat dem nicht folgen. Der Angeklagte kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, von der abzurücken kein Anlass besteht, nicht wirksam auf seine vom Gesetz vorgeschriebene Anwesenheit verzichten.

2. Ein Verstoß gegen § 338 Nr. 5 StPO liegt vor, wenn der Beschwerdeführer entgegen § 247 StPO von der Vernehmung der Zeugin ausgeschlossen war, ohne dass dies durch einen durch den gesamten Spruchkörper gefassten und mit Gründen versehenen Beschluss angeordnet worden wäre. Ein begründeter Beschluss ist auch dann erforderlich, wenn alle Beteiligten einschließlich des Angeklagten mit seiner Entfernung einverstanden sind; die notwendige Anwesenheit des Angeklagten während wesentlicher Teile der Hauptverhandlung steht nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten.

**993. BGH 2 StR 131/18 – Urteil vom 8. August 2018 (LG Aachen)**

Revisionsbegründung (Darlegungsanforderungen bei der Aufklärungsrüge; Rüge eines zu Unrecht angenommenen Beweisverwertungsverbotes; zusätzliches Erfordernis der Anbringung einer zulässigen Verfahrensrüge).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1. Im Rahmen einer Verfahrensrüge sind die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen grundsätzlich so vollständig und genau darzulegen, dass das Revisionsgericht allein anhand der Revisionsbegründung in die Lage versetzt wird, über den geltend gemachten Mangel endgültig zu entscheiden. Für den Revisionsvortrag wesentliche Schriftstücke oder Aktenstellen sind im Einzelnen zu bezeichnen und – in der Regel durch wörtliche Zitate beziehungsweise eingefügte Abschriften oder Ablichtungen – zum Bestandteil der Revisionsbegründung zu machen.

2. Rügt der Beschwerdeführer, das Gericht habe zu Unrecht das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes für Beweismittel angenommen, die aufgrund einer Wohnungsdurchsuchung erlangt worden sind, ist in aller Regel zunächst der Beschluss mitzuteilen, durch den das zuständige Amtsgericht die Wohnungsdurchsuchung angeordnet. Fehlt es an einer ausreichenden Darstellung der Verdachts- und Beweislage im ermittelungsrichterlichen Beschluss oder wird die Rechtmäßigkeit der Maßnahme im Übrigen konkret in Zweifel gezogen, ist darüber hinaus die Verdachts- und Beweislage, die im Zeitpunkt der Anordnung gegeben war, anhand der Aktenlage zu rekonstruieren und mitzuteilen. Erst auf dieser Grundlage kann das Revisionsgericht die Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung umfassend beurteilen und gegebenenfalls weitergehend prüfen, ob, sollte die ermittelungsrichterliche Anordnung rechtsfehlerhaft sein, aus dem Verfahrensfehler im konkreten Fall ein Beweisverwertungsverbot folgt. Denn über das Bestehen eines Beweisverwertungsverbotes ist regelmäßig nach den Umständen des Einzelfalls unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sowie der widerstreitenden Interessen zu entscheiden.

**1013. BGH 2 StR 31/18 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Aachen)**

Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis (Eröffnungsentscheidung in fehlerhafter Besetzung); Beihilfe (Voraussetzungen); Betrug (Vollendung; Gefährdungsschaden); Tateinheit und Tatmehrheit (Abgrenzung bei mehreren Beteiligten bzw. Beihilfe).

§ 76 Abs. 1 1. Halbsatz GVG; § 206a Abs. 1 StPO; § 27 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist die Strafkammer in der Besetzung zuständig, die außerhalb der Hauptverhandlung zu entscheiden hat, also mit drei Berufsrichtern. Schöffen können am Eröffnungsbeschluss nicht mitwirken, da sie mangels Aktenkenntnis nicht das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts beurteilen können. Auch dann, wenn eine zunächst unterbliebene Eröffnungsentscheidung in der Hauptverhandlung nachgeholt werden soll, muss die Strafkammer in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung entscheiden. Entscheidet sie in einer Besetzung, die für die Beurteilung der Voraussetzungen generell ungeeignet ist, liegt ein Verfahrensfehler vor. Der Eröffnungsbeschluss einer Strafkammer, der nur von zwei statt von drei Berufsrichtern unter Mitwirkung der Schöffen gefasst wurde, ist daher unwirksam. Dies führt zur Einstellung des Verfahrens gemäß § 206a Abs. 1 StPO.

2. Als Gehilfe wird nur bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe leistet. Diese Hilfeleistung muss sich auf die Begehung der Haupttat zwar nicht kausal auswirken; erforderlich ist aber, dass sie die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung in irgendeiner Weise erleichtert oder fördert.

3. Die Vollendung des Betrugs setzt einen zumindest teilweisen Eintritt des Vermögensschadens beziehungsweise eine konkrete Vermögensgefährdung voraus. Ein tatbestandsmäßiger Gefährdungsschaden ist gegeben, wenn die Wahrscheinlichkeit eines endgültigen Verlusts eines Vermögensbestandteils so groß ist, dass dies bereits im Zeitpunkt der Vermögensverfügung eine objektive Minderung des Gesamtvermögenswerts zur Folge hat. Die bloße Möglichkeit des Eintritts eines solchen Schadens genügt demgegenüber nicht.

4. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten Tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Ob bei der akzessorischen Beihilfe Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen ist, hängt sowohl von der Anzahl der Beihilfehandlungen als auch von der Zahl der vom Gehilfen geförderten Haupttaten ab. Tatmehrheit ist danach anzunehmen, wenn durch mehrere Hilfeleistungen mehrere selbständige Haupttaten unterstützt werden. Dagegen liegt nur eine einzige Beihilfe vor, wenn der Gehilfe mit seiner Unterstützungshandlung zu mehreren Haupttaten eines Anderen Hilfe leistet. Handlungseinheit liegt ferner vor, wenn sich mehrere Unterstützungshandlungen auf dieselbe Haupttat beziehen.

**1001. BGH 2 StR 231/18 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Darmstadt)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Bewertung eines Geständnisses); Grundsätze der Strafzumessung (Verbot der Doppelverwertung; Gewinnerzielungsabsicht bei Betäubungsmitteldelikten);



Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (richterliche Überzeugung von illegaler Herkunft der Gegenstände; Subsidiarität).

§ 261 StPO; § 46 Abs. 3 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 73a Abs. 1 StGB

1. Zwar unterfällt auch die Bewertung eines Geständnisses dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO. Das Tatgericht muss aber, will es die Verurteilung des Angeklagten auf dessen Einlassung stützen, von deren Richtigkeit überzeugt sein. Es ist deshalb stets zu untersuchen, ob das Geständnis dem Aufklärungsbedarf hinsichtlich der erforderlichen Feststellungen zur Tat genügt, ob es in sich stimmig ist und ob es die getroffenen Feststellungen trägt.

2. Die Berücksichtigung von Gewinnerzielungsabsicht zu Lasten des Angeklagten stellt beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB dar. Denn eine Verurteilung wegen Betäubungsmittelhandels setzt tatbestandlich voraus, dass der Täter nach Gewinn strebt oder sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil verspricht.

3. Die erweiterte Einziehung von Taterträgen gemäß § 73a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass das Tatgericht aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung gewonnen hat, der Angeklagte habe die betreffenden Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt, ohne dass diese selbst im Einzelnen festgestellt werden müssen. Der bloße Verdacht der illegalen Herkunft des Gegenstandes reicht für

dessen Einziehung nicht aus. Allerdings dürfen an die Überzeugungsbildung keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Umstände, die eine Anordnung rechtfertigen, können etwa in der Anlasstat selbst oder in den persönlichen Verhältnissen des Täters, insbesondere seinen Einkommensverhältnissen, liegen. Begründen dagegen bestimmte Tatsachen die nicht nur theoretische Möglichkeit, dass Vermögensgegenstände des Täters aus anderen Quellen als aus rechtswidrigen Taten stammen und verbleiben deshalb vernünftige Zweifel an ihrer deliktischen Herkunft, steht dies der Anordnung der erweiterten Einziehung dieser Gegenstände entgegen. Bei auch legalen Einkommensquellen kann die Anordnung nicht auf das bloße Auffinden von Geldmitteln gestützt werden.

4. Die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB ist gegenüber einer Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB subsidiär. Die erweiterte Einziehung von Taterträgen setzt mithin voraus, dass nicht festgestellt werden kann, dass die erlangten Gegenstände aus Taten herrühren, die Gegenstand der Verurteilung sind. Erst wenn sich das Tatgericht nach Ausschöpfung sämtlicher prozessual zulässiger Mittel von der deliktischen Herkunft der erlangten Gegenstände überzeugt hat, sich aber zugleich außerstande sieht, diese Gegenstände eindeutig den abgeurteilten oder anderen rechtswidrigen Taten zuzurechnen, ist die erweiterte Einziehung von Taterträgen anzuordnen. Von der Anordnung sind zudem Gegenstände ausgenommen, die nicht ausschließlich aus Taten stammen, die von der Anklage umfasst waren, deretwegen der Angeklagte aber freigesprochen wurde.

## Rechtsprechung

# V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 1061. BGH 1 StR 535/17 – Beschluss vom 22. Januar 2018 (LG Hof)

Steuerhinterziehung (Konkurrenzen bei Abgabe mehrere Steuerhinterziehungen über verschiedene Steuerarten und unterschiedliche Veranlagungszeiträume: Tatmehrheit trotz Zusammenfallen der Abgabe der Erklärungen in einem äußeren Vorgang).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 52 StGB; § 53 StGB

Der Senat gibt die bisherige Rechtsprechung zur Tateinheit bei der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO insoweit auf, als eine Tat i.S.v. von § 52 StGB bei mehreren Steuererklärungen über verschiedene Steuerarten und unterschiedliche Veranlagungszeiträume (und verschiedene Steuerpflichtige) angenommen worden ist, wenn die Abgabe der Erklärungen im äußeren Vorgang zusammenfällt. In diesen Konstellationen liegen vielmehr im Grundsatz mehrere Taten (§ 53 StGB) vor.

### 1042. BGH 1 StR 159/17 – Urteil vom 15. Mai 2018 (LG Frankfurt a. M.)

Bandenmäßige Umsatzsteuerhinterziehung (Begriff der Bande; mögliche bandenmäßige Begehung mit dolus eventualis; Verlust der Vorsteuerabzugsberechtigung durch wesentliche Beteiligung an einem Umsatzsteuerkarussell: Wissenszurechnung in der AG, kein Vertrauensschutz durch unterbliebenes staatliches Einschreiten); Strafzumessung (keine strafmildernde Berücksichtigung eines unterbliebenen staatlichen Einschreitens gegen die Tat: Steuerhinterziehung; strafmildernde Berücksichtigung des Versagens von Kontrollstrukturen; strafschärfende Berücksichtigung des Vorliegens von Regelbeispielen, die keinen besonders schweren Fall begründen; strafschärfende Berücksichtigung der Verstrickung Dritter in die Tat); Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (kein Verstoß bei Bitte des Vorsitzenden Richters an einzelne Zuschauer, den Sit-

zungssaal zu verlassen); Verfahrensrüge (anzuwendende Rechtslage: Zeitpunkt der Vornahme der richterlichen Handlung); Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit (Presseäußerungen des Richters zu einem den gleichen Sachverhalt betreffenden anderen Verfahren); Mittäterschaft (erforderliche Gesamtbetrachtung: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Hinweispflicht des Gerichts bei Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts (Beurteilung des Angeklagten als Alleinstatt Mittäter: ausnahmsweise keine Hinweispflicht, wenn Beiträge des vermeintlichen Mittäter nicht zugeordnet werden sollen); Beihilfe (Voraussetzungen; Beihilfe durch berufstypisches Verhalten: Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter; psychische Beihilfe: Voraussetzungen).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 AO; § 1 UStG; § 46 Abs. 1 StGB; § 169 GVG; § 338 Nr. 6 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 24 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 265 Abs. 1 StPO; § 27 Abs. 1 StGB

1. Taten im Sinne des § 370 Abs. 1 AO, zu deren fortgesetzter Begehung sich eine Bande (§ 370 Abs. 3 Nr. 5 AO) verbunden hat, können auch nur mit bedingtem Vorsatz begangene Verkürzungen von Umsatz- oder Verbrauchssteuern sein. Zu unterscheiden ist zwischen der Bandenabrede, die einen wissentlichen und willentlichen Zusammenschluss aufgrund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung mit dem ernsthaften Willen erfordert, für eine gewisse Dauer in Zukunft mehrere selbstständige, im Einzelnen noch unbestimmte Taten eines bestimmten Deliktstyps zu begehen. Im subjektiven Bereich setzt der Zusammenschluss deshalb mindestens direkten Vorsatz voraus. Hiervon zu unterscheiden ist das „kriminelle“ Ziel der Bande, die Begehung eines bestimmten Typs von Straftatbeständen. Auch Steuerhinterziehung kann mit bedingtem Vorsatz begangen werden.

2. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Vorsteuerabzug zu verweigern, wenn aufgrund objektiver Umstände feststeht, dass dieses Recht in betrügerischer Weise geltend gemacht worden ist, also der Steuerpflichtige wusste oder hätte wissen müssen, dass er sich mit seinem Erwerb an einem Umsatz beteiligte, der in eine Umsatzsteuerhinterziehung einbezogen war (vgl. EuGH Urteil vom 6. Juli 2006 – C-439/04 und C-440/04 – *Kittel und Recolta Recycling* – Slg. 2006, I-6161). Hat ein Steuerpflichtiger also die Voraussetzungen für die Gewährung eines Rechts nur dadurch geschaffen, dass er sich an betrügerischen Handlungen beteiligt hat, kann er sich offenkundig nicht mit Erfolg auf die Grundsätze des Vertrauensschutzes oder der Rechtssicherheit berufen, um sich gegen die Versagung der Gewährung des betreffenden Rechts zu wenden (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2014 – C-131/13, C-163/13 und C-164/13 – *Schoenimport „Italmoda“*).

3. Nach dieser Rechtsprechung des EuGH ist ein ermittlungstaktisches Zuwarten der Ermittlungsbehörden mit dem Ziel, das Umsatzsteuerkarussell insgesamt zerschlagen zu können, nicht geeignet, einen Vertrauensschutz zu begründen und den Versagungsgrund aufzuheben, weil die nationale Finanzverwaltung und die Gerichte das Vorsteuerabzugsrecht generell – ohne Ausübung irgend-

einer Art von Ermessen – zu versagen haben, wenn aufgrund objektiver Umstände feststeht, dass es in betrügerischer Weise geltend gemacht wird.

4. Die Versagung des Vorsteuerabzugsanspruchs kann nicht nur auf das Wissen des Steuerpflichtigen selbst oder der Organe einer steuerpflichtigen juristischen Person gestützt werden, sondern auch auf das Wissen sonstiger Mitarbeiter der Gesellschaft, wenn diese ihr Wissen im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die juristische Person erlangt haben. Insoweit ist einer AG nicht nur das etwaige Wissen ihres Vorstands als ihres gesetzlichen Vertreters zuzurechnen, sondern auch das ihrer sonstigen Mitarbeiter und Angestellten.

5. Das Verhalten der Ermittlungs- und Finanzbehörden hat keinen Einfluss auf den Strafausspruch. Es gibt keinen Anspruch eines Straftäters darauf, dass die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern. Insbesondere folgt ein solcher Anspruch nicht aus dem Recht auf ein faires Verfahren (vgl. BGH NStZ 2015, 466–469). Ein Straftäter hat auch dann keinen Anspruch auf ein frühzeitiges Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden, wenn durch sein Handeln fortlaufend weitere hohe Steuerschäden entstehen (vgl. BGH NStZ 2015, 466 ff.).

6. Eine strafmildernd gewertete Erwägung des Versagens von Kontrollinstanzen ist jedenfalls dann zulässig, wenn das Versagen der Kontrollinstanzen die zu überwindende relativ niedrige Hemmschwelle und damit das Maß der aufgewendeten kriminellen Energie belegt und nicht eine – möglicherweise rechtlich bedenkliche – mildernde Berücksichtigung eines Mitverschuldens durch Mängel bei der Aufsicht darstellt (vgl. BGH StV 1994, 480).

7. Wird trotz Erfüllung eines Regelbeispiels, das nichts anderes als eine gesetzliche Strafzumessungsregel ist, ein besonders schwerer Fall verneint, kann das Vorliegen eines Regelbeispiels als allgemeiner Strafzumessungsumstand erschwerend verwertet werden.

8. Für die vom Tatgericht anwendbare Fassung einer Verfahrensvorschrift kommt es auf den Zeitpunkt der Vornahme der tatrichterlichen Hauptverhandlung an. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, das Tatgericht zum Beispiel seiner Entscheidung eine Norm zugrunde gelegt hat, die zur Zeit der Entscheidung nicht mehr galt oder noch nicht in Kraft getreten war.

9. Folgt ein Zuhörer einer vom Vorsitzenden mit sachbezogener Begründung geäußerten „Bitte“ den Sitzungssaal zu verlassen, kann die Rüge einer Verletzung der Öffentlichkeit nur dann begründet sein, wenn die „Bitte“ in Wahrheit den Charakter einer Anordnung hatte oder der betroffene Zuhörer zu erkennen gibt, dass er es vorziehen würde, der Verhandlung weiter beizuwohnen und dass er nur der Autorität des Gerichts weicht, er also die Bitte letztlich als Anordnung begreift, der er entgegen seinem Willen folgen muss. Folgt der Zuhörer einer ersichtlich aus verständigem Grunde ausgesprochenen und nicht als Anordnung zu verstehenden bloßen Bitte des Vorsitzenden freiwillig, so liegt darin nach der Recht-

sprechung des Bundesgerichtshofs noch kein die Revision begründender Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz (vgl. NStZ 1999, 426).

10. Dies gilt auch dann, wenn der Zuhörer einer solchen bloßen Bitte mit innerem Widerstreben folgt, ohne dies nach außen erkennbar zum Ausdruck zu bringen. Dem betroffenen Zuhörer steht es frei, einer auf sachliche Erwägungen gestützten und nicht als Anordnung zu verstehenden Bitte des Vorsitzenden nicht zu entsprechen. Es ist ihm in einem ihm insoweit zweifelhaft erscheinenden Fall auch zuzumuten, sich durch Rückfrage zu vergewissern, ob der Vorsitzende etwa doch eine, lediglich in eine höfliche Form gekleidete Anordnung getroffen hat (vgl. BGH NStZ 1988, 467, 468).

11. Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters ist nicht bereits deshalb gerechtfertigt, weil dieser in einem früheren Strafverfahren mitgewirkt hat, in dem dieselben Vorgänge wie in dem jetzigen Verfahren eine Rolle spielten. Dies gilt auch dann, wenn die Mitwirkung die Verurteilung eines Mittäters wegen derselben Straftat betraf (vgl. BGH NStZ 2011, 44, 46). Eine andere Beurteilung ist nur dann angezeigt, wenn besondere Umstände hinzutreten.

#### **1044. BGH 1 StR 234/18 – Beschluss vom 6. Juli 2018 (LG Darmstadt)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (erforderliche Feststellungen zu den geschuldeten Beträgen im Urteil: Darstellung der Berechnungsgrundlagen und Berechnungen); Steuerhinterziehung (erforderliche Darstellung der Besteuerungsgrundlagen im Urteil).

§ 266a StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Dem Tatgericht obliegt es nach ständiger Rechtsprechung bei einer Verurteilung nach § 266a StGB, die geschuldeten Beiträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen, weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu berechnen ist. Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden.

2. Die Grundsätze, die die Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt hat, gelten insoweit entsprechend. Es genügt nicht, die vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge lediglich der Höhe nach anzugeben. Vielmehr müssen die Urteilsgründe die Berechnungsgrundlagen und Berechnungen im Einzelnen wiedergeben (vgl. BGH NStZ 2017, 352, 353 mwN).

3. Bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung müssen die steuerlich erheblichen Tatsachen festgestellt

sein. Dazu gehören insbesondere diejenigen Parameter, die maßgebliche Grundlage für die Steuerberechnung sind (Besteuerungsgrundlagen, vgl. BGH NJW 2009, 2546, 2547 Rn. 13). Die auf den festgestellten Besteuerungsgrundlagen aufbauende Steuerberechnung ist Rechtsanwendung und Aufgabe des Tatgerichts.

#### **1052. BGH 1 StR 374/18 – Beschluss vom 29. August 2018 (LG Würzburg)**

Steuerhinterziehung (zulässige Schätzung des Steuer Schadens durch den Tatrichter: Übernahme von Schätzungen der Finanzverwaltung).

§ 370 Abs. 1 AO; § 261 StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine Schätzung im Strafverfahren dann in Betracht, wenn zwar feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, aber ungewiss ist, welches Ausmaß die Besteuerungsgrundlagen haben (st. Rspr.). Die Schätzung obliegt dem Tatrichter selbst. Einer Verurteilung dürfen nur diejenigen Beträge zugrunde gelegt werden, die der vollen Überzeugung des Gerichts entsprechen. Eine Übernahme von Schätzungen der Finanzverwaltung kommt daher nur in Betracht, wenn der Tatrichter von ihrer Richtigkeit auch unter Berücksichtigung der vom Strafverfahren abweichenden Grundsätze des Strafverfahrens überzeugt ist. Dies muss er in den Urteilsgründen nachvollziehbar darlegen (st. Rspr.).

#### **1041. BGH 1 StR 149/18 – Urteil vom 14. August 2018 (LG München I)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln unter Mitsichführen eines gefährlichen Gegenstands (Begriff des Mitsichführens: teleologische Reduktion bei schlechterdings fehlender Gefährlichkeit des Teilakts des Handeltreibens, hier: telefonische Absprache der Übergabe von Betäubungsmitteln; Begriff des Handeltreibens: Aufbewahren von Betäubungsmittelverkäufe erlöste Gelder kein Teil des Handeltreibens).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Ein Mitsichführen liegt vor, wenn der Täter solche Gegenstände bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann. Am eigenen Körper muss der Gegenstand nicht getragen werden. Es genügt, wenn er sich beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Griffweite befindet. Dabei reicht es aus, dass der gefährliche Gegenstand dem Täter in irgendeinem Stadium des Handeltreibens zur Verfügung steht (st. Rspr.).

2. Zwar ist beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge das Merkmal des Mitsichführens eines gefährlichen Gegenstandes an sich auch dann erfüllt, wenn dieser nur bei einer Tätigkeit mitgeführt wird, die den eigentlichen An- oder Verkaufsakt vorbereiten soll. In Fällen, in denen der Teilakt des Handeltreibens nach Lage der Dinge aber schlechterdings keine Gefahr für das geschützte Rechtsgut darstellt, scheidet die Anwendbarkeit der Norm nach Ansicht des Senats im Wege teleologischer Reduktion aus. Das gilt etwa, wenn der Täter Treffen zur Übergabe der Betäubungsmittel telefonisch von seiner Wohnung aus terminlich abgestimmt hat und dabei einen gefährlichen Gegenstand mit sich führt.

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben jede auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGHSt 50, 252, 256 mwN). Das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln erfasst daher eine Vielzahl von Einzeltätigkeiten, so z.B. Verkaufsverhandlungen und Rauschgiftbestellungen ebenso wie Zahlungsvorgänge (vgl. Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl., § 29 Teil 4 Rn. 24). Gemessen an diesen Maßstäben begegnet es keinen Bedenken, dass das bloße Aufbewahren des durch Betäubungsmittelverkäufe erzielten Erlöses – und zwar unabhängig davon, ob dieser Geldbetrag mit eigenem rechtmäßig erworbenem Geld vermengt wurde oder nicht – keinen Teilakt des Handeltreibens darstellt. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass das konkrete Umsatzgeschäft für den Betäubungsmittelhandel noch nicht beendet ist, weil die Bezahlung der auf Kommission erworbenen Betäubungsmittel an den Lieferanten noch aussteht.

**1074. BGH 5 StR 232/18 – Beschluss vom 12. September 2018 (LG Chemnitz)**

Voraussetzungen einer mittäterschaftlich begangenen Einfuhr von Betäubungsmitteln (keine Erforderlichkeit eigenhändigen Handelns; konkreter Einfluss auf den Einfuhrvorgang; keine ausschlaggebende Bedeutung des Interesses am Gelingen der Einfuhr); Einziehung (Taterträge; Tatobjekte; Wertersatz).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 29 BtMG; § 73 StGB; § 74 StGB

1. Für eine mittäterschaftliche Beteiligung an der Einfuhr von Betäubungsmitteln ist nicht erforderlich, dass der Mittäter das Rauschgift eigenhändig ins Inland bringt. Vielmehr kann auch derjenige, der die Betäubungsmittel nicht selbst nach Deutschland transportiert, Mittäter der Einfuhr des unmittelbar handelnden Täters sein. Wesentliche Anhaltspunkte für die Täterschaft sind dabei – nach allgemeinen Grundsätzen – der Grad des Eigeninteresses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von dem Willen des Betroffenen abhängen.

2. Entscheidender Bezugspunkt für all diese Merkmale ist mit Blick auf die Strafbarkeit wegen der Einfuhr von Betäubungsmitteln der Einfuhrvorgang selbst, wobei dem Interesse des Handeltreibenden am Gelingen des Einfuhrvorgangs keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Für die Annahme von Mittäterschaft reicht es demnach nicht aus, dass ein Tatbeteiligter ohne konkreten Einfluss auf den Einfuhrvorgang lediglich darauf wartet, dass ein Anderer die eingeführten Betäubungsmittel bringt.

**1025. BGH 4 StR 191/18 – Beschluss vom 27. September 2018 (LG Kaiserslautern)**

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft ohne eigenhändigen Transport); Urteilsgründe (keine geschlossene Wiedergabe der Angaben von gehörten Zeugen).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 267 StPO

1. Der Tatbestand der Einfuhr von Betäubungsmitteln erfordert keinen eigenhändigen Transport des Betäu-

bungsmittels über die Grenze. Mittäter einer Einfuhr kann ein Beteiligter deshalb auch dann sein, wenn das Rauschgift von einer anderen Person in das Inland verbracht wird. Voraussetzung dafür ist nach den Grundsätzen des allgemeinen Strafrechts aber ein die Tatbegehung objektiv fördernder Beitrag, der sich als ein Teil der Tätigkeit aller darstellt und der die Handlungen der anderen als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheinen lässt. Ob dies gegeben ist, hat der Tatrichter auf der Grundlage einer umfassend wertenden Betrachtung festzustellen; von besonderer Bedeutung sind dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Einfluss bei der Vorbereitung der Tat und der Tatplanung, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von dem Willen des Betroffenen abhängen.

2. Dabei ist aber entscheidender Bezugspunkt bei allen diesen Merkmalen der Einfuhrvorgang selbst. Keine ausschlaggebende Bedeutung kann dabei indes dem Interesse eines mit der zu beschaffenden Betäubungsmittelmenge Handel Treibenden am Gelingen des Einfuhrvorgangs zukommen; in einem solchen Falle gewinnt insbesondere die Tatherrschaft bei der Einfuhr oder der Wille hierzu an Gewicht. Bloßes Veranlassen einer Beschaffungsfahrt ohne Einfluss auf deren Durchführung genügt dagegen nicht.

3. Die Beweiswürdigung soll keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme enthalten, sondern lediglich belegen, warum bestimmte bedeutsame Umstände so festgestellt worden sind. Dementsprechend ist es regelmäßig verfehlt, Zeugenaussagen in allen – teilweise unbedeutenden – Einzelheiten wiederzugeben. Auch ist es regelmäßig unzulässig, den Inhalt der überwachten Telekommunikation insgesamt wörtlich oder auch nur in einer ausführlichen Inhaltsangabe wiederzugeben.

**1049. BGH 1 StR 323/18 – Beschluss vom 14. August 2018 (LG Augsburg)**

Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten (Art und Gefährlichkeit des Rauschgifts: Amphetamin als Droge mit mittlerer Gefährlichkeit).

§ 46 Abs. 1 StGB

Der Art des Rauschgifts und seiner Gefährlichkeit kommt im Rahmen der Strafzumessung grundsätzlich eine eigenständige Bedeutung zu (vgl. BGH NStZ 2016, 313, 314 mwN-). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht ein für die Strafzumessung maßgebliches Stufenverhältnis von so genannten harten Drogen wie Heroin, Fentanyl, Kokain und Crack über Amphetamin, das auf der Gefährlichkeitsskala einen mittleren Platz einnimmt, bis hin zu so genannten weichen Drogen wie Cannabis (vgl. BGH NStZ 2016, 313, 314 mwN). Daran gemessen ist es verfehlt, dem Umstand, dass es sich bei Amphetamin um eine harte Droge handelt, strafscharfendes Gewicht beizumessen (vgl. BGH NStZ 2016, 313, 314).

**1076. BGH 5 StR 291/18 – Beschluss vom 12. September 2018 (LG Görlitz)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit; ernsthafte Verhandlungen mit dem Verkäu-

fer; Vorbereitungshandlungen; ergebnislose Anfragen; Erkundungsfahrten; Antritt einer Fahrt zum Ort eines beabsichtigten Umsatzgeschäfts); vertypter Milderungsgrund und minder schwerer Fall; rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Symptomcharakter der Tat; ablehnende Haltung gegenüber der Therapie allein kein Grund für mangelnde Erfolgsaussicht.

§ 29 BtMG; § 49 BtMG; § 64 StGB

Für die Annahme eines vollendeten Handelstreibens mit Betäubungsmitteln genügt im Grundsatz, dass der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von Betäubungsmitteln zum gewinnbringenden Weiterverkauf in ernsthafte Verhandlungen mit dem Verkäufer tritt. Typische Vorbereitungshandlungen erfüllen hingegen noch nicht einmal den Versuch des Handelstreibens, etwa ergebnislose Anfragen nach Betäubungsmitteln und entsprechende Erkundungsfahrten. Auch allein durch den Antritt einer Fahrt in der Absicht, am Zielort Betäubungsmittel zu erwerben, setzt der Fahrer noch nicht zu einem Umsatzgeschäft an, wobei im Einzelfall etwas anderes gelten kann, wenn ihm am Zielort ein zuverlässiger Händler bekannt ist.

**1069. BGH 3 StR 306/18 – Beschluss vom 23. August 2018 (LG Trier)**

Springmesser als verbotener Gegenstand.

§ 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG

Springmesser, also Messer, deren Klingen auf Knopf- oder Hebeldruck hervorschnellen und hierdurch oder beim Loslassen der Sperrvorrichtung festgestellt werden können, unterfallen nicht der Strafvorschrift des § 52 Abs. 3 Nr. 1, § 2 Abs. 3 WaffG i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.4.1. Satz 1, wenn deren Klinge seitlich aus dem Griff herauspringt und wenn der aus dem Griff herausragende Teil der Klinge höchstens 8,5 cm lang und nicht

zweiseitig geschliffen ist (vgl. die Ausnahmeregelung in Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.4.1. Satz 2).

**1071. BGH 5 StR 214/18 – Urteil vom 29. August 2018 (LG Potsdam)**

Zum Verhältnis von Erziehungsgedanke und Schuldausgleich bei der Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (Vorrangigkeit des Erziehungsgedankens; Berücksichtigung anderer Strafzwecke; Sühnegedanke; charakterliche Haltung und Persönlichkeitsbild; Bestimmung der Schuld nach jugendspezifischen Kriterien; individuelle Schuld als Rahmen auch bei der Jugendstrafe).

§ 17 JGG; § 18 JGG; § 105 JGG

1. Wird die Verhängung von Jugendstrafe auf die Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG) gestützt, ist der das Jugendstrafrecht beherrschende Erziehungsgedanke (§ 18 Abs. 2 JGG) gleichwohl vorrangig zu berücksichtigen. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Erziehungswirksamkeit als einziger Gesichtspunkt bei der Strafzumessung heranzuziehen ist. Vielmehr sind daneben auch andere Strafzwecke, bei Kapitalverbrechen und anderen schwerwiegenden Straftaten namentlich der Sühnegedanke und das Erfordernis eines gerechten Schuldausgleichs zu beachten.

2. Erziehungsgedanke und Schuldausgleich stehen dabei in der Regel miteinander in Einklang, da die charakterliche Haltung und das Persönlichkeitsbild, wie sie in der Tat zum Ausdruck gekommen sind, nicht nur für das Erziehungsbedürfnis, sondern auch für die Bewertung der Schuld von Bedeutung sind. Das nach jugendspezifischen Kriterien zu bestimmende Ausmaß der individuellen Schuld bildet wegen des bei der Jugendstrafe ebenfalls geltenden verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatzes den Rahmen, innerhalb dessen die erzieherisch erforderliche Strafe gefunden werden muss

# Die Selbstbelastungsfreiheit im Lichte der EU-Richtlinie 2016/343 vom 9.3.2016

Von Dr. Momme Buchholz, Hamburg

Die EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren (ABl. 2016 L 65, 1) war gem. Art. 14 Abs. 1 bis zum 1. April 2018 in nationales Recht umzusetzen. Durch sie soll das Recht auf ein faires Verfahren in Strafverfahren gestärkt werden, indem gemeinsame Mindeststandards für bestimmte Aspekte der Unschuldsvermutung und das Recht auf Anwesenheit in der Verhandlung festgelegt werden, vgl. Art. 1 der Richtlinie.

Am 4. April 2018 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz die Umsetzung des einen Teils forciert, indem es einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung vorgelegt hat.<sup>1</sup> Hinsichtlich eines Gesetzesvorhabens zur Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung fehlt dies bislang.

## A. Grundlegendes zum nemo tenetur-Grundsatz

Die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes wird (jedenfalls in Deutschland)<sup>2</sup> nicht (mehr)<sup>3</sup> in Frage gestellt. Allorts finden sich „ehrwürdige Bekenntnisse“<sup>4</sup> zu diesem „selbstverständlichen Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung“<sup>5</sup>, welchem ein „hoher ethischer Gehalt“<sup>6</sup> zukommen soll. Inhaltlich ist der Grundsatz – jedenfalls in seinem Kern – weitgehend durch die Rechtsprechung des BGH geklärt: Niemand ist verpflichtet, gegen sich selbst auszusagen.<sup>7</sup> Gleichwohl kann die einfachgesetzliche Umsetzung des strafprozessualen Grundsatzes nur als unzureichend bezeichnet werden.<sup>8</sup>

Bislang existiert nämlich keine ausdrückliche Normierung der Selbstbelastungsfreiheit in der Strafverfahrensordnung. Lediglich aus der Belehrungsvorschrift des

§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO und den dazugehörigen Parallelvorschriften §§ 55, 115 Abs. 3, 163a Abs. 3 und 4, 243 Abs. 4 S. 1 StPO kann auf einen von diesen Vorschriften vorausgesetzten Schutzgegenstand geschlossen werden. Während die wesentlich ältere Vorschrift § 136 Abs. 1 S. 2 StPO noch vage zum Ausdruck bringt, dass es dem Beschuldigten „freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen“, spricht § 115 Abs. 3 StPO bereits von einem dahingehenden Recht. Immerhin ist die Selbstbelastungsfreiheit in den ins nationale Recht transformierten Menschenrechtskodifikationen der EMRK und des IPbPR geregelt.<sup>9</sup> Dabei ist die Auslegung der innerstaatlich im Rang eines einfachen Gesetzes geltenden EMRK durch den EGMR als Ausgestaltung und Konkretisierung bei der Anwendung des nemo tenetur-Grundsatzes zu berücksichtigen.<sup>10</sup>

Nicht zuletzt wegen dieser einfachgesetzlichen Unklarheit sind der persönliche Schutzbereich<sup>11</sup>, die verfassungsrechtlichen Grundlagen<sup>12</sup> und entsprechend auch die zugrunde liegende Ratio und die inhaltliche Reichweite<sup>13</sup> der Selbstbelastungsfreiheit immer wieder Gegenstand rechtswissenschaftlicher Diskussionen.<sup>14</sup>

## B. Die Vorgaben der Richtlinie

Zum 1. April 2018 war der deutsche Gesetzgeber durch die EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 gehalten, bezüglich dieser problembehafteten Umstände durch eine Kodifizierung der Selbstbelastungsfreiheit Abhilfe zu schaffen.

\* Gubitz + Partner, Hamburg.

<sup>1</sup> Siehe hierzu Böse StV 2017, 754; Beukelmann NJW-Spezial 2018, 312.

<sup>2</sup> Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz – eine rechtsethische Untersuchung, 2018, S. 85 f.

<sup>3</sup> Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz – eine rechtsethische Untersuchung, 2018, S. 86 ff.

<sup>4</sup> Lorenz StV 1997, 172, 173.

<sup>5</sup> BVerfG StV 1995, 505.

<sup>6</sup> Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 260.

<sup>7</sup> BGHSt 14, 358, 364; BGHSt 25, 325, 331.

<sup>8</sup> Lorenz StV 1997, 172, 173.

<sup>9</sup> Siehe Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz – eine rechtsethische Untersuchung, 2018, S. 13 f.

<sup>10</sup> Siehe hierzu BVerfGE 111, 307; BVerfGE 128, 326; BVerfGE 109, 133; BVerfG NVwZ 2007, 811; Michael/Morlok, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, Rn. 116; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, Vorb. Art. 1 MRK Rn. 3.

<sup>11</sup> Stellvertretend Zerbes ZStW 2017, 1038 ff.

<sup>12</sup> Immer noch herrschend ist die Ansicht, dass der nemo tenetur-Grundsatz in der Menschenwürde verankert sei, vgl. nur Meyer-Mews StraFo 2018, 177, 183. Dies ist zweifelhaft. Einen Zusammenhang zur rechtsethischen Menschenwürde lässt sich jedenfalls nicht herstellen, vgl. Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz – eine rechtsethische Untersuchung, 2018, S. 107 ff.

<sup>13</sup> Exemplarisch BVerfG NJOZ 2016, 1879 ff.

<sup>14</sup> Vgl. auch Matt GA 2006, 323; zudem Zerbes ZStW 2017, 1038 f., 1044.

Die besagte Richtlinie dient ihren Erwägungsgründen gemäß der Erhaltung und Weiterentwicklung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bezogen auf die Unschuldsvermutung und das Recht auf ein faires Verfahren.<sup>15</sup> Dies soll dadurch erfolgen, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zum Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen innerhalb der Union wird. Dies beinhaltet neben der gegenseitigen Anerkennung von Urteilen und anderen gerichtlichen Entscheidungen auch die „notwendige Annäherung der Rechtsvorschriften“, um sodann die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden zu verbessern und den Schutz von Individualrechten durch die Justiz zu erleichtern.<sup>16</sup> Nach der Begründung der Richtlinie soll die Umsetzung des Grundsatzes auf dem Gedanken beruhen, dass die Mitgliedstaaten gegenseitiges Vertrauen in ihre jeweilige Strafrechtspflege haben. Dieses zwischen den Mitgliedsstaaten zu entwickelnde Vertrauen ist jedoch unter anderem davon abhängig, inwieweit den Rechten von Beschuldigten wirksamer Schutz gewährt wird.<sup>17</sup>

Nach den Erwägungsgründen ist die Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten ein „wichtiger Aspekt der Unschuldsvermutung“<sup>18</sup>. Sofern Beschuldigte aufgefordert werden, durch die Abgabe von Erklärungen oder die Beantwortung von Fragen auszusagen, sollten sie nicht gezwungen werden, Beweise beizubringen, die zu einer Selbstbelastung führen können.<sup>19</sup>

Der Geltungsbereich der Selbstbelastungsfreiheit umfasst diejenigen Fragen, die mit der in Rede stehenden Straftat im Zusammenhang stehen und gerade nicht für Fragen im Zusammenhang mit der Feststellung der Identität eines Beschuldigten.<sup>20</sup> Insoweit bestehen keine Unterschiede zum deutschen Recht, welches in § 111 OWiG die Verpflichtung zur Angabe von Personendaten kennt.<sup>21</sup>

Zudem soll die Selbstbelastungsfreiheit garantieren, dass die Ermittlungsbehörden keinen Zwang auf Beschuldigte ausüben, um sie gegen ihren Willen zu einer Aussage zu bewegen.<sup>22</sup>

Des Weiteren soll die Wahrnehmung des Schweigerechts durch den Beschuldigten keine beweisrechtliche Verwendung finden. Und zwar weder als Beweis dafür, dass die fragliche Person die betreffende Straftat begangen hat, noch als Indiz für die Begründung eines Anfangsverdachts oder ähnliches. Gleichwohl sollen nationale Vorschriften über die richterliche Beweiswürdigung davon

unberührt bleiben, soweit die Verteidigungsrechte gewahrt bleiben.<sup>23</sup> Inwieweit es möglich ist, diese zwei auf den ersten Blick unvereinbaren Standpunkte in eine gesetzliche Vorschrift zu fassen, bleibt offen und wird eine der maßgeblichen Aufgaben des deutschen Gesetzgebers sein.

Denn nach den Erwägungsgründen sollen die Ermittlungsbehörden nicht gehindert sein, Beweise zu erheben, die durch Anwendung gesetzlich vorgesehener Zwangsmittel gegenüber dem Beschuldigten rechtmäßig erlangt werden können und zudem unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren. Als Beispiele werden hierfür das aufgrund einer gerichtlichen Anordnung erlangte Material oder das Material, zu dessen Abgabe auf Verlangen eine rechtliche Verpflichtung besteht, wie Atemluft-, Blut- oder Urinproben und Körpergewebe für einen DNA-Test.<sup>24</sup>

Getragen von diesen Erwägungsgründen statuiert die EU-Richtlinie 343/206 sodann Art. 7:

*Recht, die Aussage zu verweigern, und Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen*

(1) *Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtige und beschuldigte Personen das Recht haben, in Bezug auf die Straftat, deren sie verdächtigt oder beschuldigt werden, die Aussage zu verweigern.*

(2) *Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtige und beschuldigte Personen das Recht haben, sich nicht selbst belasten zu müssen.*

(3) *Die Wahrnehmung des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, steht nicht der Beschaffung von Beweismitteln durch die zuständigen Behörden entgegen, die mithilfe gesetzlich vorgesehener Zwangsmittel rechtmäßig erlangt werden können und unabhängig vom Willen der Verdächtigen oder beschuldigte Personen existieren.*

(4) *Die Mitgliedstaaten können es ihren Justizbehörden gestatten, kooperatives Verhalten von Verdächtigen und beschuldigten Personen bei der Verurteilung zu berücksichtigen.*

(5) *Die Wahrnehmung des Rechts, die Aussage zu verweigern, oder des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, durch Verdächtige und beschuldigte Personen, darf weder gegen sie verwendet werden noch als Beweis dafür gewertet werden, dass sie die betreffende Straftat begangen haben.*

(6) *Dieser Artikel hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, eine Regelung zu treffen, wonach bei geringfügigen Zuwiderhandlungen das Verfahren oder bestimmte Verfahrensabschnitte in schriftlicher Form oder ohne Befragung des Verdächtigen oder der beschuldigten Person durch die zuständigen Behörden bezüglich der fraglichen Zuwiderhandlung durchgeführt werden können, sofern das Recht auf ein faires Verfahren gewahrt bleibt.*

<sup>15</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 1.

<sup>16</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 2.

<sup>17</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 4.

<sup>18</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 25.

<sup>19</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 25.

<sup>20</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 26.

<sup>21</sup> KK-OWiG/Rogall, 5. Aufl. 2018, § 111 Rn. 60 ff.

<sup>22</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 27.

<sup>23</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 28.

<sup>24</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 29.

Da Art. 7 Abs. 2 und 3 naturgemäß nicht für sämtliche Einzelfälle eine rechtliche Lösung anbieten, soll bei der Prüfung, ob die Selbstbelastungsfreiheit rechtswidrig verletzt wurde, dem in Art. 6 EMRK verankerten und durch die Rechtsprechung des EGMR ausdifferenzierten Recht auf ein faires Verfahren maßgebliche Bedeutung zu kommen.<sup>25</sup>

### C. Art. 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR

Der EGMR sieht das Recht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, zu schweigen und sich nicht selbst bezichtigen zu müssen, sowie die Unschuldsvermutung nach Art. 6 II EMRK als eng miteinander verbunden. Der Gerichtshof statuiert aus beiden Absätzen einen gemeinsamen Schutzbereich<sup>26</sup>.

Die EMRK beinhaltet das Verbot von Selbstbelastungszwang zwar nicht ausdrücklich, jedoch hat der EGMR in der Entscheidung Funke gegen Frankreich die Selbstbelastungsfreiheit als elementaren Ausdruck, als Kernstück, des fair-trial-Grundsatzes aus Art. 6 EMRK anerkannt.<sup>27</sup> Angesichts der nur in Deutschland anerkannten verfassungsrechtlichen Grundlage in der Menschenwürde und der unterschiedlichen Zwecksetzungen ist es wenig verwunderlich, dass die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung verschiedentlich zu anderen rechtlichen Ergebnissen kommt als der Gerichtshof:<sup>28</sup>

Hinsichtlich des Zwecks stellt der EGMR in der Entscheidung Saunders gegen Großbritannien fest: „*Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention.*“

Entgegen dem ersten Anschein verfolgt die Selbstbelastungsfreiheit nach Auffassung des EGMR dabei keine gleichrangigen Schutzzwecke, sondern ein gestuftes System zum Schutz der Verfahrensfairness.<sup>29</sup> Die benannten Schutzgegenstände Autonomie und Wahrheitsfindung werden nur insoweit geschützt, wie es für die Verfahrensfairness und die darauf aufbauende Verfahrenslegitimation

erforderlich ist.<sup>30</sup> Daher erstreckt sich der Schutz des Grundsatzes nach dem EGMR auch nicht auf Atem-, Blut- oder Urinproben, selbst wenn der Beschuldigte autonom entscheidet, diese nicht abzugeben.<sup>31</sup> Zulässig bleibt folglich die Verwertung derjenigen Beweismittel, deren Existenz vom Willen des Beschuldigten unabhängig ist, selbst wenn ein Beschuldigter diese den staatlichen Behörden erst infolge einer Zwangseinwirkung überlässt.<sup>32</sup> Damit ist die Reichweite des Grundsatzes in der Hinsicht beschränkt, dass nicht jedes durch staatlichen Zwang erlangte Beweismittel strafprozessual unverwertbar ist.<sup>33</sup> Der zentrale Unterschied des nemo tenetur-Grundsatzes nach deutschem Recht liegt darin, dass der EGMR aus der Selbstbelastungsfreiheit gerade kein absolut geschütztes Schweigerecht ableitet.<sup>34</sup>

Zudem hat der EGMR in der Entscheidung Murray gegen Großbritannien statuiert, dass auch beweisrechtliche Schlussfolgerungen zulasten des Beschuldigten rechtmäßig gezogen werden können.<sup>35</sup> Voraussetzung für eine Verwendung in der Beweiswürdigung ist nach dem Murray-Urteil, dass sich das Gericht nicht ausschließlich oder hauptsächlich darauf stützt, dass sich der Beschuldigte auf sein Schweigerecht berufen hat. Andernfalls läge ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK vor. Konkretisiert wurde diese Rechtsprechung durch das Urteil im Verfahren Telfner gegen Österreich: In Situationen, die eine Erklärung erwarten lassen, und der Beschuldigte eine solche auch ohne weiteres abgeben könnte, können Schlüsse aus dem Schweigen zulässig sein. Gestaltet sich die Beweislage jedoch als derart schwach, dass eine solche Erklärung des Beschuldigten nicht ohne weiteres zu erwarten sei, könne sich das Schweigen auch nicht zum Nachteil des Betroffenen auswirken.<sup>36</sup> Beruht die Beweiswürdigung auf dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (wie in Österreich) kann es zulässig sein, Schlüsse aus dem Schweigen eines Angeklagten zu ziehen, sofern die Beweislage derart gestaltet ist, dass dies der einzige nach gesundem Menschenverstand („matter of common sense“) mögliche Schluss ist.<sup>37</sup> Dies hat der EGMR in Krumpholz gegen Österreich ausdrücklich bestätigt: Es verletzt Art. 6 EMRK nicht notwendig,

<sup>25</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 27.

<sup>26</sup> EGMR, Slg. 1996-I Nr. 45, Rn. 57 f. – Murray ./.. Großbritannien.

<sup>27</sup> EGMR StV 2003, 257, 259 – Allan ./.. Großbritannien; Gleß, in: Satzger/Fahl/u.a. (Hrsg.) Festschrift Beulke, 2015, 723, 724; Safferling/Hartwig ZIS 2009, 784, 786.

<sup>28</sup> Matt GA 2006, 323, 327; vgl. auch Meyer-Mews StraFo 2018, 177, 181; Zerbes ZStW 2017, 1041 f.

<sup>29</sup> Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz – eine rechtsethische Untersuchung, 2018, S. 228 ff.; andere Ansicht Schlauri, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, 2003, S. 97.

<sup>30</sup> Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz – eine rechtsethische Untersuchung, 2018, S. 228 ff.; Safferling/Hartwig ZIS 2009, 784, 787.

<sup>31</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.1996, 19187/91 Rn. 69 – Saunders ./.. Vereinigtes Königreich; EGMR NJW 2006, 3117, 3123 – Jalloh ./.. Deutschland = HRRS 2006 Nr. 562.

<sup>32</sup> Gleß, in: Festschrift Beulke, 2015, 723, 729.

<sup>33</sup> Gleß, in: Festschrift Beulke, 2015, 723, 729; siehe zu unter Verwaltungszwang erlangten Informationen auch Nieto Martín/Blumenberg, in: Festschrift Beulke, 2015, 855, 860.

<sup>34</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.1996, 19187/91 Rn. 69 – Saunders ./.. Vereinigtes Königreich; EGMR, Slg. 1996-I Nr. 45, Rn. 47 – Murray ./.. Großbritannien; EGMR, Urt. v. 5.11.2002, 48539/99 Rn. 42 – Allan ./.. Großbritannien; EGMR NJW 2006, 3117 ff. – Jalloh ./.. Deutschland = HRRS 2006 Nr. 562.

<sup>35</sup> EGMR, Slg. 1996-I Nr. 45, Rn. 47 ff. – Murray ./.. Großbritannien.

<sup>36</sup> EGMR, Urt. v. 20.3.2001, 33501/96 Rn. 17 f. – Telfner ./.. Österreich.

<sup>37</sup> EGMR, Urt. v. 20.3.2001, 33501/96 – Telfner ./.. Österreich.



wenn aus dem Schweigen eines Angeklagten nachteilige Schlüsse gezogen werden.<sup>38</sup>

Dem den Schutzbereich einschränkenden Verständnis des EGMR begegnete das BVerfG jüngst mit gewissen Verrenkungen: Zwar sei die Selbstbelastungsfreiheit „notwendiger Ausdruck einer auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhenden rechtsstaatlichen Grundhaltung“<sup>39</sup> und daher absolut geschützt, jedoch greife die für den Beschuldigten negative Beweiswürdigung aufgrund seines Schweigens nicht in den Menschenwürdegehalt ein. Daher sei Art. 1 Abs. 1 GG nicht verletzt.<sup>40</sup> Das BVerfG verschiebt die durch die Unabwägbarkeit der Menschenwürde im deutschen Recht bedingte Problematik in den Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit und verkürzt so ihren Anwendungsbereich.

## D. Das europarechtliche Umsetzungsgebot

Nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber den Inhalt der Richtlinie, insbesondere Art. 7, umzusetzen. Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht nicht notwendigerweise, dass ihre Bestimmungen förmlich und wörtlich in einer ausdrücklichen besonderen Gesetzesvorschrift wiedergegeben werden. Je nach dem Inhalt der Richtlinie kann ein allgemeiner rechtlicher Rahmen genügen, wenn er tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie in so klarer und bestimmter Weise gewährleistet, dass – soweit die Richtlinie Ansprüche des einzelnen begründen soll – die Begünstigten in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.<sup>41</sup>

Eine Umsetzung, die sich ausschließlich auf bereits in der Rechtsordnung eines Mitgliedstaats vorhandene, mit der umzusetzenden Richtlinie konforme Bestimmungen stützt, ist nur in sehr engen Grenzen zulässig. Wenn die Richtlinie wie im vorliegenden Fall den Zweck verfolgt, die Beschuldigten durch eine Gewährung genau umschriebener Rechte zu schützen, muss die Umsetzung in expliziter und eindeutiger Form erfolgen.<sup>42</sup>

Nach dem EuGH klingt dies wie folgt: „Sowohl der Grundsatz der Rechtssicherheit als auch die Notwendigkeit, die volle Anwendung der Richtlinien in rechtlicher und nicht nur in tatsächlicher Hinsicht zu gewährleisten, verlangen nämlich, dass alle Mitgliedstaaten die Bestimmungen der betreffenden Richtlinie in einen eindeutigen, genauen und transparenten gesetzlichen Rahmen aufnehmen, der in dem von dieser Richtlinie betroffenen

Bereich zwingende Bestimmungen vorsieht.“<sup>43</sup> Dies hat umso mehr zu gelten, wenn der deutsche Gesetzgeber das derzeit in Deutschland herrschende Schutzniveau aufrechterhalten will.

Neben dem Europarecht selbst drängen aber auch demokratiethoretische und verfahrenslegitimatorische Erwägungen auf eine Umsetzung. Denn die Bestimmung des wesentlichen rechtlichen Inhalts und des Umfangs der verfahrensrechtlichen Befugnisse, die dem Beschuldigten einzuräumen sind, ist in erster Linie Sache des nationalen Gesetzgebers.<sup>44</sup> Dabei sollte er sich (nach verfassungsrechtlicher Möglichkeit) an den europarechtlichen, vereinheitlichenden Vorgaben orientieren. Dementsprechend muss sich die deutsche Strafverfahrenswissenschaft insbesondere mit der Rechtsprechung des EGMR und der neuen Richtlinie 2016/343 intensiv auseinandersetzen und eine darauf möglichst harmonisch abgestimmte Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts erarbeiten. Dabei dürfte es für die jene eine enorme Herausforderung darstellen, die EU-Richtlinie 2016/343 in die durch eine Abwägungsfestigkeit und eine verhaltensorientierte Schutzbereichsbestimmung abstellende Dogmatik einzufügen. Des Weiteren führt der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung justizieller Entscheidungen dazu, dass die aktuelle Situation in Europa, welche durch unterschiedliche Schutzniveaus geprägt ist, kaum mehr tragbar erscheint. Wenn jeder EU-Staat die Entscheidungen der anderen anerkennt, hängt die Rechtmäßigkeit im Ausland erzielter Beweisergebnisse von der normativen Konstruktion des Beweisrechts des betreffenden Landes ab und kann daher stark variieren.<sup>45</sup> Dies kann die Legitimation des Beweisverfahrens im Strafrecht ganz erheblich desavouieren.

## E. Fazit

Sobald sich der deutsche Gesetzgeber entscheidet, die Regelungen der EU-Richtlinie 2016/343 hinsichtlich des *nemo tenetur*-Grundsatzes in nationales Recht umzusetzen, sollte er sich vor allem von den Grundsätzen der Rechtssicherheit und -klarheit leiten lassen.

Denn die Richtlinie verlangt in ihrem Erwägungsgrund Nr. 48 lediglich, dass auf nationalstaatlicher Ebene Mindestvorschriften festgelegt werden und überlässt es ausdrücklich den Mitgliedstaaten, die in der Richtlinie festgelegten Rechte auszuweiten, um ein höheres Schutzniveau zu gewährleisten. Der deutsche Gesetzgeber ist folglich nicht gehalten, das in Deutschland herrschende Niveau abzusenken. Insbesondere ist er deshalb nicht verpflichtet, eine gerichtliche Befugnis zu normieren, das Schweigen in der Beweiswürdigung oder der Strafzumessung zu berücksichtigen.<sup>46</sup> Ganz im Gegenteil ist der deutsche Gesetzgeber wegen der verfassungsrechtlichen Verankerung des *nemo tenetur*-Grundsatzes verpflichtet,

<sup>38</sup> EGMR NJW 2011, 201, 202 – Krumpholz ./.. Österreich = HRRS 2011 Nr. 1.

<sup>39</sup> BVerfG NJOZ 2016, 1879, 1882 mit zahlreichen Nachweisen = HRRS 2016, 267.

<sup>40</sup> BVerfG NJOZ 2016, 1879, 1884 = HRRS 2016, 268.

<sup>41</sup> Ständige Rechtsprechung, stellvertretend EuGH, Urt. v. 10.05.2001 – C-144/99, Rn. 14, 17; EuGH, Urt. v. 14.01.2010 – C-343/08, Rn. 34, 40.

<sup>42</sup> So zum Verbraucherrecht EuGH, Urt. v. 10.05.2001 – C-144/99, Rn. 14.

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 14.01.2010 – C-343/08, Rn. 40.

<sup>44</sup> So zum fair-trial-Grundsatz auch *Jahn ZStW* 2015, 549 (577).

<sup>45</sup> Vergleiche auch hierzu *Meyer GA* 2007, 15, 24 f.

<sup>46</sup> EU-Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9.3.2016 – Erwägungsgrund 48.

dessen Schutz nicht auf ein europäisches Mindestmaß herabzusetzen.<sup>47</sup>

Andererseits verlangt die grenzüberschreitende strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa, dass – auch durch die ausdrückliche Normierung elementarer Verfahrensgrundsätze – Vertrauen in die Justiz anderer EU-Länder gefördert wird.<sup>48</sup> Ferner droht stets, dass der durch die Rechtsprechung des EGMR konkretisierte Art. 6 EMRK bei der Auslegung der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit herangezogen wird und sich das Schutzniveau auf diese Weise verschiebt.

Sollte die Richtlinie zudem nicht rechtzeitig oder nur unzulänglich umgesetzt werden, ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass sich der Einzelne in all den Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen kann.<sup>49</sup> Dies droht insbesondere bei vom Willen des Beschuldigten abhängigen Beweismitteln, vgl. Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie.

<sup>47</sup> Matt GA 2006, 323, 328.

<sup>48</sup> Kritisch, im Ergebnis aber ähnlich R. Esser StV 2017, 243.

<sup>49</sup> EuGH NJW 2004, 3547, 3548 mit weiteren Nachweisen.

Aufsätze und Anmerkungen

# Mittäterschaft als Voraussetzung strafscharfender gemeinschaftlicher Tatbegehung nach § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. (§ 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n.F.)?

Von Richter am Landgericht Jan Dehne-Niemann, Mannheim

## I. Einleitung: Sachverhalt und Inhalt des Beschlusses BGH NSTz 2017, 580 = HRRS 2017 Nr. 414

Mit Beschluss vom 10.01.2017 hat der 3. BGH-Strafsenat – noch zum „alten“ Sexualstrafrecht – die Problematik behandelt, welche Anforderungen an die Gemeinschaftlichkeit der Begehung einer sexuellen Nötigung (bzw. in casu: einer Vergewaltigung) i.S. des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. (= § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 2 StGB n.F.) zu stellen sind. Das LG Stade hatte die Angeklagten wegen (gemeinschaftlicher) Vergewaltigung (§ 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB a.F.) verurteilt und – soweit hier von Interesse – mit den Worten des BGH Folgendes festgestellt:

„Nach den diesbezüglichen Feststellungen führte J. dem mit dem Oberkörper auf der Motorhaube eines Kraftfahrzeugs liegenden Geschädigten mehrfach einen Dildo in den After ein. Der Geschädigte, der starke Schmerzen erlitt, rief, J. solle aufhören, und versuchte, sich wegzuwenden. Dies gelang ihm aber nicht, weil J. ihn festhielt. B. trug das Vorgehen des J. mit und leuchtete diesem währenddessen mit der Taschenlampenfunktion seines Handys.“<sup>1</sup>

Der BGH beanstandete die Strafzumessungserwägungen des LG. Nach Ansicht des 3. Senats tragen diese Feststellungen nicht die Annahme eines besonders schweren Falls im Sinne einer gemeinschaftlichen Tatbegehung einer Vergewaltigung gemäß § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F., weil eine gemeinschaftliche Tatbegehung i.S. des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. – hierin liegt die entscheidende Aussage des Beschlusses, mit dem sich der Senat der herrschenden Meinung im Schrifttum angeschlossen hat<sup>2</sup> – „ein aktives Zusammenwirken von mindestens zwei Personen als Täter“ erfordere. Eine (mit)täterschaftliche Begehung der allein von dem Angeklagten J. begangenen Vergewaltigung sei in der Person des Angeklagten J.

<sup>1</sup> BGH NSTz 2017, 580 = HRRS 2017 Nr. 414 Rn. 10.

<sup>2</sup> Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 177 Rn. 73; Lackner/Kühl/Heger StGB, 28. Aufl. 2014, § 177 Rn. 11; Kieler Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen, 2003, S. 130 f.; Laubenthal Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 177; Renzikowski NSTz 1999, 377, 382, 388; MüKo-StGB/Renzikowski 3. Aufl. 2017, § 177 a.F. Rn. 74 u. § 177 n.F. Rn. 149; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron/Eisele StGB, § 177 Rn. 24; Wetzel Die Neuregelung der §§ 177-179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen, 1998, S. 199; a.M., nämlich für die Einbeziehung auch von Gehilfen NK-StGB/Frommel, 5. Aufl. § 177 Rn. 64; LK/Hörnle 12. Aufl. 2009, § 177 Rn. 225; Habenicht Die Beteiligung an sexuellen Gewalttaten, 2009, S. 189 f.

indessen nicht gegeben; dessen Verhalten weise lediglich Beihilfequalität auf.<sup>3</sup>

Die Kernaussage des Beschlusses, wonach die Gemeinschaftlichkeit der Tatbegehung i.S. des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB ein jeweils täterschaftliches Zusammenwirken zweier Personen voraussetze, stützt der *Senat* auf zwei Argumente: *Erstens* verweise der Wortlaut der Vorschrift und dabei insbesondere der Ausdruck „gemeinschaftlich“ (...) auf die Regelung zur Mittäterschaft in § 25 Abs. 2 StGB.<sup>4</sup> *Zweitens* vergleicht der *Senat* den Wortlaut des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. mit dem des § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB einerseits und des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB andererseits. Im Gegensatz zu § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. und § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB, die in gleicher Weise lediglich auf die „von mehreren“ gemeinschaftlich begangene Tat abstellen, verlange § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB lediglich, dass die Tat „mit einem anderen Beteiligten“ gemeinschaftlich begangen wird, was ganz überwiegend dahin verstanden wird,<sup>5</sup> dass bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB das gemeinsame Wirken eines Täters und eines Gehilfen bei der Begehung einer Körperverletzung genüge,<sup>6</sup> während bei § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB ein jeweils täterschaftliches Verhalten zu verlangen sei.<sup>7</sup> Der Wortlautunterschied zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sowie insbesondere die grammatische Übereinstimmung der §§ 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB, 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. gebiete eine gleichlaufende Auslegung der Vorschriften dahin, dass eine gemeinschaftliche Tatbegehung eine täterschaftliche Begehung mindestens zweier Personen voraussetze.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> BGH NStZ 2017, 580 f. = HRRS 2017 Nr. 414 Rn. 11 ff.

<sup>4</sup> BGH NStZ 2017, 580, 581 = HRRS 2017 Nr. 414 Rn. 12.

<sup>5</sup> Eingehende Darstellung des Streitstandes bei *Hillenkamp* 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2013, 5. Problem S. 21 ff.

<sup>6</sup> Grdl. BGHSt 47, 383, 386 = NStZ 2003, 86 Rn. 1 f. m. zust. Anm. B. Heinrich JR 2003, 213; zust. Bspr. Küper GA 2003, 363, 376; abl. Anm. Paeffgen StV 2004, 77; abl. Anm. Schroth JZ 2003, 215; zust. Anm. Stree NStZ 2003, 203 f.; BGH NStZ-RR 2009, 10 = HRRS 2009 Nr. 17 Rn. 4; BGH NStZ-RR 2016, 139 = HRRS 2016 Nr. 485 Rn. 6; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf Strafrecht Besonderer Teil. 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 56; BeckOK-StGB/Eschelbach, 38. Ed. Mai 2018, § 224 Rn. 37 f.; Fischer StGB und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 224 Rn. 11; Gössel/Dölling Strafrecht Besonderer Teil 1, 2004 § 13 Rn. 45 f.; MüKo-StGB/Hardtung 3. Aufl. 2017, § 224 Rn. 35; Hörnle Jura 1998, 169, 178; Küper GA 1997, 301, 303 ff., 319 ff.; Lesch JA 1998, 474; LK/Lilie 11. Aufl. 2005, § 224 Rn. 34 f.; Otto Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 16 Rn. 10; Rengier ZStW 111 (1999), 1, 9 f.; Schöнке/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, StGB, 29. Aufl. 2014, § 224 Rn. 11b; Wolters JuS 1998, 582, 584; dagegen nach wie mittäterschaftliche Begehung des § 223 StGB für erforderlich haltend Schroth NJW 1998, 2861 f.; ders. JZ 2003, 215; NK-StGB/Paeffgen/Böse, 5. Aufl. 2017, § 224 Rn. 24 f.

<sup>7</sup> So BGHSt 59, 28, 32 = HRRS 2013 Nr. 1045 Rn. 8; Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 176a Rn. 9; Schöнке/Schröder/Eisele § 176a Rn. 9; MüKo-StGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, § 176a Rn. 24; SK-StGB/Wolters § 176a Rn. 19; a.M. (auch Beihilfe genüge) Matt/Renzikowski/Eschelbach, StGB, 2013, § 176a Rn. 20; LK/Hörnle, 12. Aufl. 2015, § 176a Rn. 34.

<sup>8</sup> BGH NStZ 2017, 580, 581 = HRRS 2017 Nr. 414 Rn. 12.

## II. Kritik der Entscheidung

Der im entscheidenden Punkt recht knapp ausgefallene Beschluss des 3. *Strafsenats* verdient weder im Ergebnis noch in der Begründung Zustimmung. Die Beschränkung der Strafzumessungsregel des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. auf die (mit)täterschaftliche einvernehmlich-aktive Begehung einer sexuellen Nötigung (bzw. in casu einer Vergewaltigung) ist weder wortlautmäßig veranlasst noch teleologisch zu billigen.

### 1. Die Ambivalenz des Wortlautverweises auf § 25 Abs. 2 StGB

Soweit sich der *Senat* zunächst auf die Inbezugnahme der Begriffsbestimmung der Mittäterschaft in § 25 Abs. 2 StGB und die dort wie auch in § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. verwendete Formulierung der gemeinschaftlichen Tatbegehung beruft, mag das als methodischer Ausgangspunkt hinnehmen sein. Es ist aber daran zu erinnern, dass, käme der ex hypothesi als Mittäterschaft zu verstehenden Gemeinschaftlichkeit der Tatbegehung tatsächlich eine so hohe Einschränkungswirkung zu wie der *Senat* vermeint, diese Einschränkungswirkung des Gemeinschaftlichkeitserfordernisses auch zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB beachtet werden müsste. Denn auch wenn dort von der gemeinschaftlichen Tatbegehung „mit einem anderen Beteiligten“ die Rede ist und unter den Beteiligtenbegriff des StGB gemäß § 28 Abs. 2 StGB sowohl Täter als auch Teilnehmer fallen, fehlt es an jedem Anzeichen dafür, dass die Formulierung „mit einem anderen Beteiligten“ eine Erweiterung des Gemeinschaftlichkeitsbegriffs gegenüber § 25 Abs. 2 StGB bewirken soll. Im Gegenteil stehen die Worte „mit einem anderen Beteiligten“ und „gemeinschaftlich“ unverbunden nebeneinander und statuieren damit im Grundsatz jeweils für sich eigenständige an den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu stellende Anforderungen. Beinhaltet somit ein „mittäterschaftliches“ Verständnis der Gemeinschaftlichkeit eine Einschränkung des Kreises potentieller Beteiligter auf (Mit-)Täter des Grunddelikts bzw. des von § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. in Bezug genommenen Tatbestandes (§ 177 Abs. 1 StGB a.F.), so liegt es – wenn man ein gleichlautendes Verständnis der Gemeinschaftlichkeit in §§ 25 Abs. 2, 224 Abs. 1 Nr. 4, 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. reklamiert – näher, auch für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB eine mittäterschaftliche Begehung der Körperverletzung zu verlangen.<sup>9</sup> Da auch den gesetzgeberischen Materialien nicht der geringste Anhaltspunkt dafür zu entnehmen ist, dass mit der Einfügung der Wendung „mit einem anderen Beteiligten“ eine Erweiterung des als Beteiligte an § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht kommenden Personenkreises beabsichtigt gewesen wäre,<sup>10</sup> liegt die Problematik des ersten vom *Senat* verwandten Arguments darin, dass damit – gemessen an der von der Rechtsprechung präferierten Auslegung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB – gewissermaßen zu viel bewiesen wird: Wäre die Vokabel „gemeinschaftlich“ an sämtlichen vorgenannten Stellen synonym im Sinne von „mittäterschaftlich“ zu

<sup>9</sup> So konsequent Renzikowski NStZ 1999, 377, 382.

<sup>10</sup> Näher dazu Küper GA 2003, 363, 372 f. m.w.N. in Fn. 43, der allerdings von Wortlautoffenheit ausgeht.

verstehen, so trüge das vom *Senat* zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB für maßgeblich gehaltene zusätzliche Erfordernis der Tatbegehung „mit einem anderen Beteiligten“ die propagierte unterschiedliche Behandlung der einverständlich-aktiv geleisteten Beihilfe zu §§ 176a Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB einerseits sowie zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB andererseits gerade nicht<sup>11</sup>.

## 2. Zur Gemeinschaftlichkeit i.S. des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB aus teleologischer Sicht

Jenseits dieser Argumentation kommt es aber auf den Vergleich mit der Formulierung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB für die Auslegung des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB letztlich nicht entscheidungserheblich an. Entgegen dem seiner Ansicht stillschweigend zugrunde gelegten argumentativen Ausgangspunkt des *Senats* zwingt nämlich nichts dazu, das Tatbestandsmerkmal „gemeinschaftlich“ in §§ 176a Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. im gleichen Sinne wie zu § 25 Abs. 2 StGB, also im Sinne von „mittäterschaftlich“ auszulegen.

### a) Schlussfolgerungen aus der Übereinstimmung von § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. mit § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F.

aa) Insofern ist zunächst zu bedenken, dass nach der bis 1998 gültigen Vorläufervorschrift des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB (§ 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F.) – wortlautidentisch mit § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. – eine „von Mehreren gemeinschaftlich“ begangene als gefährliche Körperverletzung bestraft wurde und in der Vorgängervorschrift die Wendung „mit einem anderen Beteiligten“ nicht enthalten war. Bereits zur alten Gesetzesfassung stand im Streit, ob zu fordern war, dass mehrere Mittäter am Tatort aktiv zusammenwirken, oder ob ein einvernehmlich-aktives Zusammenwirken eines Körperverletzungstäters mit einem Teilnehmer (regelmäßig einem Gehilfen) ausreichte.<sup>12</sup> Entgegen der zu § 223a StGB wohl überwiegenden Meinung in Rechtsprechung<sup>13</sup> und Literatur<sup>14</sup> sprachen schon seinerzeit die besseren Gründe dafür, auch ein gemeinschaftliches aktiv-einvernehmliches Vorgehen mit einem Körperverletzungsgehilfen unter § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F. zu fassen.<sup>15</sup> Der Grund für

die sich aus § 223a Abs. 1 StGB a.F. ergebende Strafschärfung bestand – darüber herrschte und herrscht auch heute zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB im Wesentlichen Einigkeit – in einer generell erhöhten Gefährlichkeit, der das Opfer am Tatort ausgesetzt ist, wenn es sich mit der Übermacht mehrerer aktiv zusammenwirkender Gegner konfrontiert sieht. Diese typischerweise bestehende – also im konkreten Einzelfall nicht unbedingt zu verlangende – erhöhte Gefährlichkeit speist sich aus mehreren nicht notwendig zusammentreffenden Faktoren, nämlich in psychologischer Hinsicht aus der Schwächung der Verteidigungsbereitschaft, in physischer Hinsicht aus einer Reduzierung der Abwehr- oder Ausweichmöglichkeiten sowie in einem erhöhten Risiko schwerer Verletzungsfolgen. Gemessen an diesen teleologischen Erwägungen bedeutet es per se keinen Unterschied, ob die aktiv vor Ort zusammenwirkenden Beteiligten mittäterschaftlich agieren oder ob das Handeln eines Beteiligten als „nur“ gehilfenschaftlich aufzufassen ist;<sup>16</sup> die in § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F. (und in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) typisierte generelle Gefährlichkeit, die mit dem Handeln mehrerer zusammenwirkender Gegner verbunden ist, besteht in nicht geringerem Maße, wenn neben dem Täter statt eines Mittäters „nur“ ein Gehilfe am Tatort bei der Körperverletzung einverständlich-aktiv zusammenwirkt.<sup>17</sup> Dass im Gegensatz zu einer Verbindung von Körperverletzungstäter und -gehilfen nur die mittäterschaftliche Begehung des § 223 Abs. 1 StGB eine von dem genannten Qualifikationszweck erfasste abstrakte Gefährdungslage produzieren würde, ist zwar vereinzelt pauschal behauptet,<sup>18</sup> aber bisher nicht begründet worden.<sup>19</sup> In puncto Rechtsklarheit hat die Einbeziehung auch der Täter-Gehilfen-Verbindung in den Anwendungsbereich der § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F., § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. schließlich den Vorteil, dass sie es vermeidet, die sich aus dem in der Rechtspraxis fließenden Übergang von Mittäterschaft und Beihilfe ergebenden notorischen Abgrenzungsschwierigkeiten in

Schrifttum für die Einbeziehung der einvernehmlich-aktiven Beihilfe etwa *Deutscher* NStZ 1990, 125, 126 ff.; *M. Heinrich* Die gefährliche Körperverletzung, 1993, S. 723 f.; *Küper* GA 1997, 301, 311 ff.; *Otto* NStZ 1989, 531 f.; *Sick* Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 358 f.; *Stree* Jura 1980, 281, 290. – Die Frage, ob unter die gemeinschaftliche Tatbegehung auch die bloße Anstiftung ohne situative Beteiligung an der Körperverletzung fiel (zu § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F. bejahend *Deutscher* NStZ 1990, 125, 127; *Stree* Jura 1980, 281, 290; mangels Erzeugung einer typischerweise erhöhten Gefährdungslage zu Recht verneinend *Küper* GA 1997, 301, 321), bedarf hier keiner Erörterung.

<sup>11</sup> Vgl. *Renzikowski* NStZ 1999, 377, 382, der jedoch das Gemeinschaftlichkeitserfordernis als Verweis auf § 25 Abs. 2 StGB versteht (dagegen sogleich im Text) und bereits aus grammatisch-systematischen Gründen eine Beschränkung auf mittäterschaftliche Tatbegehung vertritt.

<sup>12</sup> Zum beteiligungsrollenübergreifenden, nämlich sowohl die mittäterschaftliche Begehung als auch die Täter-Gehilfe-Verbindung betreffende Erfordernis des einverständlich-aktiven Zusammenwirkens *Küper* GA 2003, 363, 376 f.

<sup>13</sup> *RGSt* 5, 306, 307; *BGH* StV 1994, 542, 543; *BGHR* StGB § 223a I gemeinschaftlich/Zusammenwirken.

<sup>14</sup> Vgl. etwa *LK-StGB/Hirsch*, 10. Aufl., § 223a Rn. 18; weitere Nachweise bei *Küper* GA 1997, 307 m. Fn. 30; ausführliche Darstellung des Diskussionsstandes bei *M. Heinrich* Die gefährliche Körperverletzung, 1993, S. 295 ff.

<sup>15</sup> In der Judikatur wurden berechnete Zweifel an der Beschränkung auf die mittäterschaftliche Begehung der Körperverletzung bereits – jeweils obiter – geäußert von *BGHSt* 23, 122 f.; *OLG Düsseldorf* NStZ 1989, 530; im

<sup>16</sup> So zu der praktisch gleichlautenden Qualifikationsvorschrift des § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F. auch *Deutscher* NStZ 1990, 125, 127.

<sup>17</sup> Demgegenüber dürfte der weitergehende Standpunkt von *NK-StGB/Frommel* 3. Aufl. 2017, § 177 Rn. 63a f., wonach bereits die passive Nithinderung der sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung das Regelbeispiel erfüllt, mit dem Wortlauterfordernis einer gemeinschaftlichen *Begehung* nicht zu vereinbaren sein.

<sup>18</sup> *Schroth* NJW 1998, 2861, 2862; *ders.* JZ 2003, 215, 216.

<sup>19</sup> So auch *Küper* GA 2003, 363, 378, der die Steigerung der abstrakten Gefährdungslage gerade und nur durch eine mittäterschaftliche Begehung für „gänzlich spekulativ“ hält.

die Auslegung des Gemeinschaftlichkeitsmerkmals hinzutragen.<sup>20</sup>

bb) Diese beteiligungsindifferenten teleologischen Erwägungen beanspruchen Gültigkeit auch für die gemeinschaftliche sexuelle Nötigung bzw. Vergewaltigung gemäß § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F.<sup>21</sup> Wie bei § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F. und § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB<sup>22</sup> besteht auch hier der Grund für die regelhafte Strafschärfung anerkanntermaßen darin, dass mit der Beteiligung mehrerer typischerweise eine Verringerung der Abwehrchancen des Opfers und eine erhöhte Gefahr massiver sexueller Handlungen einhergeht.<sup>23</sup> Sind gegenüber mehreren zusammenwirkenden Angreifern die Abwehrmöglichkeiten eingeschränkt, so dass sich die Chancen der Angreifer erhöhen und die Gefahr besonders massiver sexueller Übergriffe besteht, so spielt die Beteiligungsform keine normzweckrelevante Rolle.<sup>24</sup> Der Zweck der Strafschärfungsvorschrift gibt deshalb Anlass, auch einen Gehilfen als gemeinschaftlich Handelnden einzubeziehen, vorausgesetzt er ist am Tatort anwesend und unterstützt durch seine Beteiligung den Täter in einer Weise, die die Abwehrchancen des Opfers verschlechterte.<sup>25</sup>

cc) All diese Überlegungen gelten in geringfügig abgewandelter Form auch für § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB. Zwar sind die im Übrigen recht pauschal auf § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. bezugnehmenden<sup>26</sup> Erwägungen der Gesetzesbegründung, die Strafschärfung beruhe darauf, dass Abwehrchancen des Opfers geringer seien und es regelmäßig zu besonders massiven sexuellen Handlungen“ komme,<sup>27</sup> nicht völlig stichhaltig; der zu §§ 223a Abs. 1

Var. 3 StGB a.F., 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. mitmaßgebliche Gesichtspunkt der „verminderten Abwehrchancen“ kann nicht als Chancenreduzierung in einer körperlichen Auseinandersetzung verstanden werden, da sexueller Missbrauch kein Nötigungsdelikt sein muss (wohl aber sein kann). Gleichwohl wird die psychische Widerstandskraft zumal eines Kindes stärker beeinträchtigt sein, wenn es sich mehreren aktiv-einverständlich agierenden Personen gegenüber sieht.<sup>28</sup> Auch insoweit trägt im Übrigen die auch für § 177 Abs. 2 S. Nr. 2 StGB a.F. geltende Überlegung, dass wegen der bei mehreren Beteiligten drohenden eskalationsbegünstigenden gruppendynamischen Prozesse zusätzliche Gefahren für das Kind entstehen können.<sup>29</sup> Für das Eingreifen dieser teloi kommt es auf die Beteiligungsform ebenfalls nicht an.

### b) Kein Entgegenstehen des gesetzgeberischen Willens und kein Gesetzlichkeitsverstoß

Diesem Ergebnis einer schärfungszweckorientierten Auslegung stehen auch weder der Wortlaut des § 177 Abs. 2 S. 2 a.F. StGB (bzw. des § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB) noch der gesetzgeberische Wille entgegen.

aa) Für eine Beschränkung auf ein täterschaftliches Vorgehen ist kein gesetzgeberischer Wille erkennbar und insbesondere aus den Gesetzesmaterialien nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die unterschiedlichen Formulierungen in §§ 177 Abs. 2 S. Nr. 2 StGB a.F., 176 Abs. 2 Nr. 2 StGB einerseits und in § 224 Abs. 1 Nr. 4 mit Bedacht gewählt hat. Die mit dem Regelbeispiel des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB wortlautidentische Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB wurde – wie auch § 224 Abs. 1 Nr. 4 – mit dem 6. StrRG vom 26.01.1998 geschaffen, ohne die geringfügige Wortlautabweichung gegenüber der Körperverletzungsqualifikation auch nur thematisiert worden wäre. Eine Erklärung für diesen Wortlautunterschied lässt sich auch den Gesetzgebungsmaterialien zu der mit dem 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 01.07.1997 geschaffenen Strafzumessungsregel nicht entnehmen; die Gesetzesbegründung beschränkt sich auf die indifferente teleologische Strafschärfungserwägung, dass bei der Mitwirkung mehrerer Personen die Abwehrchancen des Opfers geringer sind und es in solchen Fällen regelmäßig zu besonders massiven sexuellen Handlungen kommt.<sup>30</sup> Eine Stellungnahme zu der im Raum stehenden Problematik, die sich für die nunmehr vom BGH präferierte Mittäterschaftslösung als gesetzgeberisch gewollt in Stellung bringen ließe, kann den Materialien damit nicht entnommen werden.

bb) Auch wortlautmäßig kann – entgegen der überwiegenden Auffassung, der sich nunmehr auch zu § 177 Abs.

<sup>20</sup> Küper GA 2003, 363, 378, der von „umstrittenen, schwankenden Wertungen“ spricht. – Diesem Befund entspricht es, dass gerade die Rechtsprechung, die zu § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F. das Erfordernis der Mittäterschaft propagiert hat, auf der Grundlage der von ihr vertretenen subjektiven Teilnahmelehre in weitem Umfang Fälle der – materiell-objektiv betrachtet – Beihilfe als mittäterschaftlich ausgegeben und sich dem hier vertretenen „mittäterschaftsneutralen Gafährlichkeitsverständnis“ (vgl. Küper GA 1997, 301, 308; ders. GA 2003, 363, 371) immerhin im Ergebnis stark angenähert hat, vgl. BGH VRS 14, 286, 288; BGH GA 1986, 229 f.; vgl. aber auch den umgekehrten Fall BGH LM § 223a StGB Nr. 2; zu alledem näher *Deutscher NSTZ* 1990, 125, 128.

<sup>21</sup> Zum Streitstand etwa *Kieler* Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen, 2003, S. 128 ff., die für die Mittäterschaftslösung optiert, a.a.O. S. 130 f. Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 13/2463, S. 7 und BT-Drs. 13/7324, S. 6.

<sup>22</sup> Lackner/Kühl/Heger StGB § 177 Rn. 11; LK/Hörnle, 12. Aufl. 2015, § 177 Rn. 223; MüKo-StGB/Renzikowski 3. Aufl. 2017, § 177 a.F. Rn. 74 u. § 177 n.F. Rn. 149; Wetzl Die Neuregelung der §§ 177-179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen, 1998, S. 199.

<sup>23</sup> Eingeräumt auch von MüKo-StGB/Renzikowski 3. Aufl. 2017, § 177 a.F. Rn. 74 u. § 177 n.F. Rn. 149, der aber gleichwohl die Mittäterschaftslösung vertritt.

<sup>24</sup> Zu dieser beteiligungsformenübergreifenden Voraussetzung (zu den Konvergenzqualifikationen der §§ 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F., 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) Küper GA 2003, 363, 371, 377 f.

<sup>25</sup> BT-Drs. 13/8587 S. 31 f.

<sup>26</sup> BT-Drs. 13/2463 S. 7.

<sup>28</sup> LK/Hörnle 12. Aufl. 2009, § 176a Rn. 32

<sup>29</sup> LK/Hörnle § 176a Rn. 32; Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2015, § 176a Rn. 9; MüKo-StGB/Renzikowski 3. Aufl. 2017, § 176a Rn. 24; dass spezifisch durch die Mitwirkung mehrerer an einem sexuellen Missbrauch eine *zusätzlich* erhöhte Gefährdung für die ungestörte sexuelle Entwicklung des Kindes droht, wie Schönke/Schröder/Eisele StGB, 29. Aufl. 2014, § 176a Rn. 9 meint, wäre ungeachtet der vordergründigen Plausibilität der These empirisch noch zu belegen.

<sup>30</sup> BT-Drs. 13/2463, S. 7

2 S. 2 Nr. 2 StGB der BGH angeschlossen hat<sup>31</sup> – ein *täter-schaftliches* Zusammenwirken (das zu § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB wegen der Eigenhändigkeit des in Bezug genommenen § 176 Abs. 1 StGB ohnehin nicht in strikt technischen Sinne als mittäterschaftlich i.S. des § 25 Abs. 2 StGB verstanden werden könnte<sup>32</sup>) für das Eingreifen der Strafzumessungsregel des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. nicht verlangt werden. Im Gegenteil fällt bereits das aktiv-einvernehmliche Zusammenwirken eines sexuellen Nötigungstäters bzw. Vergewaltigungstäters mit einem entsprechenden Gehilfen ohne Weiteres unter den Wortsinn des gemeinschaftlichen Handelns.

Es begründet insbesondere keinen Verstoß gegen das auch für strafscharfende Regelbeispiele geltende<sup>33</sup> Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB), dass die Vokabel „gemeinschaftlich“ im Kontext des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB anders – nämlich die Voraussetzungen eines aktiv-einvernehmlichen Zusammenwirkens beschreibend – verstanden wird als zu § 25 Abs. 2 StGB. Für diesen Befund kommt es auf die methodentheoretische Debatte um das Verhältnis von Alltags- und juristischer Fachsprache<sup>34</sup> nicht an. Denn auch wenn man einen Vorrang des juristisch-fachsprachlichen Wortsinns propagiert, kommt man nicht daran vorbei, dass der Terminus „gemeinschaftlich“ in beiden Vorschriften – § 25 Abs. 2 StGB einerseits, § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. andererseits – fundamental unterschiedliche Funktionen erfüllt. Während § 25 Abs. 2 StGB eine Verhaltenszurechnungsnorm darstellt und damit dafür sorgt, dass ein Mittäter, der die Tathandlung nicht selbst (vollständig) vorgenommen hat, unter den nach dieser Funktion zu bemessenden Voraussetzungen für das Tatganze verantwortlich gemacht werden kann, ist über die Anwendung des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. erst zu entscheiden, wenn die ggf. (auch) nach Maßgabe des § 25 Abs. 2 StGB zu beurteilende Beteiligungslage, bezogen auf § 177 Abs. 1 StGB a.F. (bzw. in casu § 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.), feststeht. Von dieser Festlegung der Beteiligungsrollen auf die von der Strafschärfungsregel in Bezug genommenen Vorschrift des § 177 Abs. 1 StGB a.F. (bzw. in casu § 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.), die sich nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils richtet (§§ 25-27 StGB), ist die Subsumtion unter die Strafzumessungsregel des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F., die der mit der Beteiligung mehrerer typischerweise einhergehenden abstrakten Gefährlichkeit Rechnung trägt, zu unterscheiden. Bei dieser Subsumtion geht es nicht mehr darum, ob und in welcher Weise eine Person für eine eingetretene Rechtsverletzung nach Maßgabe der §§ 25-27 StGB verantwortlich gemacht werden kann, sondern um das nachgelagerte regelbeispielinterne Problem der Auslegung des *Regelbeispiels* selbst und damit

„um eine Interpretationsfrage des Besonderen Teil“<sup>35</sup>. Die strafscharfende Vorschrift des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. entscheidet dementsprechend nicht darüber, ob und in welcher (Beteiligungs-)Form die Beteiligten für die (auch gemeinschaftlich begangene) sexuelle Nötigung (bzw. in casu: Vergewaltigung) strafbar sind, sondern regelt die Strafzumessung als Rechtsfolge täterschaftlicher Verantwortlichkeit für eine besonders gefährliche sexuelle Nötigung (oder in casu: für eine Vergewaltigung), ist also für ihr unmittelbares Eingreifen von der Voraussetzung abhängig, dass die sexuelle Nötigung (bzw. Vergewaltigung) täterschaftlich begangen wird. Demgegenüber wird der sich als Gehilfe in einvernehmlich-aktiver (und in diesem Sinne „gemeinschaftlicher“), mithin typischerweise gefährlichkeitserhöhender Weise Beteiligende nicht aus dem auf die täterschaftliche Begehung zugeschnittenen Strafraumen des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB bestraft, sondern aus dem nach §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 geminderten Strafraumen. Daraus folgt, dass in der auf eine generelle Gefährlichkeit der Tatbegehung abstellenden Rechtsfolgenvorschrift des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB verwendeten Begriffe „gemeinschaftlich“ und „Begehung“ nicht im fachsprachlichen Sinne der Beteiligungsvorschriften verstanden, sondern in ihrem je eigenen Regelungskontext ausgelegt werden können und müssen. Nach dem kontextgebundenen Wortsinn des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB steht folglich einer Einbeziehung auch einvernehmlich-aktiven Gehilfenhandeln nicht nur nichts entgegen, sondern erweist sich dieses Verständnis sogar als vorzugswürdig.

cc) Dass bei dieser Sicht teleologisch-systematische Überlegungen in die nach grammatischen Gesichtspunkten zu treffende Ermittlung der Wortlautgrenze (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) einfließen, stellt im Übrigen keine Konfundierung verschiedener Methoden des Auslegungskanons dar, sondern liegt daran, dass das hier verworfene herrschende mittäterschaftsspezifische Gefährdungsverständnis zur Begründung des wortlautmäßig angeblichen zwingenden Ergebnisses mit dem sprachlich angeblich gebotenen Auslegungsgleichlauf des Begriffs „gemeinschaftlich“ in § 25 Abs. 2 StGB und in § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. seinerseits auf fachsprachlich-systematische Erwägungen rekurriert und damit das methodentheoretische Scheinproblem der grammatischen Auslegung von theoriesprachlich geprägten Fachtermini auf den Plan tritt.<sup>36</sup> Der Zweck einer Fachsprache besteht in der Schaffung eines von der Alltagssprache abweichenden (vermeintlich) präzisen Wortverständnisses. Wegen der damit einhergehenden (auch) teleologischen Aufladung von Begriffen der Fach- und Theoriesprache liegt es in ihrem Wesen begründet, dass sie nur unter Berücksichtigung dogmatischer Grundlagen und

<sup>31</sup> BGH NStZ 2017, 580 f. = HRRS 2017 Nr. 414 Rn. 11 f.; zu § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB vgl. bereits BGHSt 59, 28, 32 = HRRS 2013 Nr. 1045 Rn. 8; anders aber LK/Hörnle 12. Aufl. 2009, § 176a Rn. 34; Matt/Renzikowski/Eschelbach, StGB, 2013, § 176a Rn. 20.

<sup>32</sup> Vgl. insofern zutreffend BGHSt 59, 28, 32 = HRRS 2013 Nr. 1045 Rn. 8 f.

<sup>33</sup> BVerfG NStZ 2009, 83, 84 Rn. 14 = HRRS 2008 Nr. 830 Rn. 12; NK-StGB/Hassemmer/Kargl 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 73.

<sup>34</sup> Vgl. dazu MüKo-StGB/Schmitz 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 81; Simon Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 82 ff., 111 ff., 118 ff., 134 ff. und passim.

<sup>35</sup> So Küper GA 2003, 362, 375 zur Neufassung der gemeinschaftlichen Körperverletzung in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; vgl. auch ders. GA 1997, 301, 309 ff., 319 f. zur mit § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. praktisch identischen Gesetzesformulierung in § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F.

<sup>36</sup> Kategorial abweichend Küper NStZ 2008, 597, 599 m. Fn. 23, der von der Problematik der Wortlautauslegung von Fachbegriffen den hier einschlägigen Fall der von gesetzlichen Systemvorgaben abweichenden Auslegung gesetzlicher Tatbestandsbegriffe unterscheidet.

der Gesetzessystematik verstanden werden können.<sup>37</sup> Maßgeblich für die grammatische Auslegung von Begriffen der juristischen Fachsprache ist deshalb der „mögliche Wortsinn (...), wie er sich aus dem Kontext des Gesetzes erschließt“<sup>38</sup>, und der Kontext der Strafschärfungsvorschrift des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB spricht wie gesehen nicht gegen, sondern gerade für ein beteiligungsformenindifferentes Verständnis der dort genannten gemeinschaftlichen Tatbegehung. – Ob und in welchem Umfang man einen absoluten „Vorrang der Fachsprache“ gegenüber einer gesetzeskontextunabhängigen, alltags-sprachlich orientierten Wortlautauslegung vertreten möchte oder ob man trotz eines solchen Vorrangs das alltags-sprachliche Begriffsverständnis als Korrektiv eines abweichenden fachsprachlichen Begriffsverständnisses auffasst,<sup>39</sup> kann für die vorliegende Problematik auf sich beruhen. Denn lässt man außer Betracht, dass sowohl in § 25 Abs. 2 StGB als auch in § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. das Gesetz übereinstimmend die Vokabel „gemeinschaftlich“ verwendet, und konzentriert man sich insofern „alltags-sprachlich“ allein auf § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F., so wird niemand daran zweifeln wollen, dass gemeinschaftlich – etwa im Sinne von einverständlich gemeinsam – auch ein Täter einer sexuellen Nötigung (bzw. in casu einer Vergewaltigung) und ein Gehilfe dieser Tat handeln können. Dies entspricht der hier vorgeschlagenen beteiligungsformenindifferenten Auslegung des Regelbeispiels.

### c) § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB als täterschaftserzeugende Sonderregelung?

Das Ergebnis des 3. Strafsenats lässt sich schließlich auch nicht mit der im Schrifttum anzutreffenden Erwägung gewissermaßen „hilfsweise“ aufrechterhalten, am Erfordernis einer mittäterschaftlichen Begehung der sexuellen Nötigung (bzw. in casu der Vergewaltigung) des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB a.F. müsse schon deshalb festgehalten werden, weil gleichsam automatisch Mittäter sei, „wer den Täter am Tatort auf eine Weise unterstützt, die die Abwehrchancen des Opfers relevant beeinträchtigen“<sup>40</sup>.

aa) Diese vor allem zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. vorgebrachte Argumentation, es ergebe sich das Erfordernis (mit)täterschaftlicher Tatbegehung gleichsam von selbst, wenn zumindest zwei Personen am Tatort einvernehmlich-aktiv zusammenwirken,<sup>41</sup> ist allerdings schon zu der

Konvergenzqualifikation der gemeinschaftlichen Körperverletzung nicht zu halten, weil sich die Beteiligungsform der Qualifikationsverwirklichung „grunddeliktssakzessorisch“ nach der Beteiligungsform richtet, in der auch das Grunddelikt verwirklicht wurde. Daher ist die Frage falsch gestellt, „wie jemand absprachegemäß den Täter am Tatort auf eine Weise unterstützen soll, die die Abwehrchancen des Opfers relevant beeinträchtigt, ohne Mittäter (woran? J.D.-N.) zu sein“<sup>42</sup>. Aus einer Beihilfe zur Körperverletzung (§§ 223, 27 StGB) wird nicht etwa deshalb eine mittäterschaftlich begangene gefährliche Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB), weil der Grunddeliktsgelhilfe bezogen auf die Qualifikation tatherrschaftlich handelt; die Konvergenten sind nicht schon allein wegen ihrer Konvergenzbeteiligung (Mit-)Täter,<sup>43</sup> wie auch im Bereich der Bandendelikte (§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB) nicht schon jede Mitwirkung zur Täterschaft führt.<sup>44</sup> Vielmehr sind auch und insbesondere bei dem Konvergenzdelikt der gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB die Tatbeiträge nach allgemeinen Regeln abzugrenzen; derjenige, der nur Unterstützungshandlungen für einen Körperverletzungstäter ausführt, ist lediglich einer Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung schuldig, und zwar unabhängig davon, wie stark seine Rolle bei der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ist.<sup>45</sup> Dass das Zusammenwirken eines Täters mit einem Gehilfen zur Erfüllung des Qualifikationsmerkmals „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ i.S. des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreichen kann, wenn die Beteiligten bei der Begehung der Körperverletzung einverständlich-aktiv zusammenwirken, besagt folglich nicht, dass in diesen Fällen eine „Hochstufung“ der Körperverletzungsbeihilfe zur mittäterschaftlichen gefährlichen Körperverletzung erfolgen würde und der Gehilfe wegen der gemeinschaftlichen Begehung i.S. des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB als Mittäter zu bestrafen wäre; eine (täterschaftsbegründende) Sonderregelung der Täterschaft beinhaltet die Gemeinschaftlichkeit der Tatbegehung gerade nicht. Das gegenteilige Verständnis läuft nicht nur auf eine Konfundierung der allgemeinen Zurechnungsvoraussetzung gemeinschaftlicher Tatbegehung i.S. des § 25 Abs. 2 StGB mit dem konvergenzdeliktsspezifischen Gefährlichkeitserfordernis

Fallgestaltung [...] Ausnahmekarakter“ trage; vgl. auch *Schroth* NJW 1998, 2861, 2862 nach dem „keine Beihilfe mehr vor, sondern Mittäterschaft“ vorliege, wenn „sich ein Gehilfe intensiver, etwa durch arbeitsteiliges Zusammenwirken mit dem Täter am Tatort“ beteiligt; anders akzentuierend zu § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB *Kieler* Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen, 2003, S. 131, wonach das Problem „vielfach rein theoretischer Natur“ sei, weil wegen der „weiten Fassung des § 177 Abs. 1 (StGB a.F.) bei der Mitwirkung mehrerer Personen vielfach bereits Mittäterschaft“ vorliege.

<sup>42</sup> *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski* Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 49 Rn. 130, Hervorhebung original.

<sup>43</sup> *Küper* GA 2003, 363, 377 f. (zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB).

<sup>44</sup> *BGHSt* 47, 214, 216 = *NStZ* 2002, 318 Rn. 6 ff.; *BGH BeckRS* 2012, 10714 Rn. 17 = *HRRS* 2012 Nr. 488 Rn. 20; *NK-StGB/Kindhäuser* 5. Aufl. 2017, § 244 Rn. 41 m.w.N.

<sup>45</sup> So zwar begründungslos, aber im Ergebnis zutreffend *BGH NStZ-RR* 2009, 10. – Abschluss des Manuskripts: 18.07.2018.

<sup>37</sup> *Dehne-Niemann* Jura 2008, 135, 136 f.

<sup>38</sup> *BVerfG* NJW 2007, 1666, 1667 Rn. 20 = *HRRS* 2007 Nr. 326 Rn. 20 (Hervorhebung von Verf.)

<sup>39</sup> So im Grundsatz etwa *LK-Dannecker* 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 303 f.; *MüKo-StGB/Schmitz* 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 81.

<sup>40</sup> *MüKo-StGB/Renzikowski* 3. Aufl. § 177 a.F. Rn. 74, § 177 n.F. Rn. 149; allgemein zu den Konvergenzdelikten *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski* Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 49 Rn. 130.

<sup>41</sup> Zu § 223a Abs. 1 Var. 3 StGB a.F. finden sich Anklänge an ein solches Verständnis auch bei *Otto* *NStZ* 1989, 531, nach dem es „[n]ur ausnahmsweise [...] möglich“ sei, „das Verhalten von zwei am Tatort anwesenden Gegnern des Tatopfers als Tätigkeit des Täters und eines Gehilfen zu beurteilen“ und „im Regelfall [...] die gemeinschaftlich Tätigen als Mittäter anzusehen“ seien; zust. *Deutscher* *NStZ* 1990, 125, 127 m. Fn. 23, nach dem die „problematisierte

eines einverständlich-aktiven (und in diesem Sinne „gemeinschaftlichen“) Zusammenwirkens und damit auf ein konvergenzspezifisches Einheitstäterverständnis hinaus, sondern gibt unter der Hand auch die analytische Trennung von Grunddelikt (§ 223 Abs. 1 StGB) und Qualifikation (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F.) sowie die damit einhergehende dogmatische Errungenschaft einer teleologisch-systematisch eigenständigen Auslegung des Gemeinschaftlichkeitsmerkmals je nach Gesetzeskontext preis.

bb) All diese Erwägungen gelten in gleicher Weise auch für die gemeinschaftliche sexuelle Nötigung (bzw. in casu gemeinschaftliche Vergewaltigung) gemäß § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB. Speziell zu dieser Problematik kommt aber noch hinzu, dass es sich bei diesem Regelbeispiel anders als bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht um eine Qualifikation und damit nicht um einen schuldsspruchrelevanten Tatbestand handelt, sondern um eine ausschließlich die Rechtsfolge betreffende Strafzumessungsvorschrift. Bevor über die Rechtsfolge auch nur nachgedacht werden kann, müssen der Schuldspruch und damit auch die jeweilige Beteiligungsform feststehen. Deshalb kann die „quasimittäerschaftliche“ Verwirklichung eines Regelbeispiels keinen Einfluss auf darauf haben, ob hinsichtlich des von der Strafzumessungsvorschrift in Bezug genommen Delikts (§ 177 Abs. 1 StGB a.F. bzw. in casu § 177 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB a.F.) die Voraussetzungen mittäterschaftlicher Tatbegehung vorliegen. Aus dem regelbeispielhaften Strafzumessungscharakters des

§ 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 a.F. ergibt sich also ein zusätzlicher Grund dafür, dass die Hilferwägung der „Mittäterschaftslösung“, bei einvernehmlich-aktivem Zusammenwirken der Beteiligten liege Mittäterschaft und damit eine gemeinschaftliche Begehung vor, nicht zutreffen kann.

### III. Zusammenfassung

Es besteht nach alledem kein Grund, für eine strafschärfungsauslösende gemeinschaftliche Tatbegehung i.S. des § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB eine mittäterschaftliche Begehung der von dem Regelbeispiel betroffenen sexuellen Nötigung (bzw. in casu der Vergewaltigung) zu verlangen. Folglich war in dem vom 3. Strafsenat entschiedenen Fall entgegen der Meinung des BGH das Regelbeispiel einschlägig. Dieser Befund gilt unabhängig davon, ob man auf der Grundlage des nur sehr kursorisch mitgeteilten Sachverhalts die – die Verteilung der Beteiligungsrollen nach den allgemeinen Regeln der §§ 25, 27 StGB betreffende – Bewertung des Senats billigt, der Angeklagte B. habe durch das (offenbar penetrationserleichternde) Leuchten mit der Taschenlampenfunktion seines Mobiltelefons „nicht als Täter des Sexualdelikts (scil. § 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB, J.D.-N.) gehandelt“ sondern „mit seinem Beitrag lediglich die Tat des Angeklagten J.“ unterstützt.

## Der bedingte Tötungsvorsatz in der Rechtsprechung des BGH

Von Rita Vavra/Sascha Holznagel, Wissenschaftliche Mitarbeiter, HU Berlin

### I. Einleitung

Der Eventualvorsatz ist ein „Dauerbrenner“, sei es in den universitären Abschlussprüfungen, in der wissenschaftlichen Diskussion oder in der Rechtsprechung. Dieser Beitrag wird sich dem Thema aus revisionsrechtlicher Perspektive nähern. Es wird auf revisionsrechtliche Besonderheiten eingegangen, um ein Verständnis dafür zu wecken, warum die höchstrichterliche Rechtsprechung zu teilweise stark divergierenden Entscheidungen gelangt. Studierende und Referendar\_innen können aus den hier besprochenen Urteilen Erkenntnisse darüber gewinnen, was von ihnen in einer Klausur verlangt wird, auf welche Angaben im Sachverhalt sie achten müssen und wie sie vertretbare Argumentationen aufbauen können.

### II. Der eingeschränkte Prüfungsumfang des Revisionsgerichts

Wer die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Eventualvorsatz betrachtet, muss eine wichtige revisionsrechtliche Besonderheit berücksichtigen:<sup>1</sup> Das Revisionsgericht ist „auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht oder an die Überzeugung von der Schuld des

<sup>1</sup> Eingehend zum Tötungsvorsatz in der Revision des BGH: Steinberg/Stam NStZ 2011, 177 ff.



Angekl. überzogene Anforderungen stellt“.<sup>2</sup> Der Grund: Nach § 261 StPO ist die Beweiswürdigung dem Tatgericht übertragen, das sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld des Täters zu bilden hat. Der BGH betont dabei, dass die Schlussfolgerungen des Tatgerichts nicht zwingend sein müssen; es genügt, dass sie möglich sind.<sup>3</sup> Gleiches gilt für dessen Bewertung von Bedeutung und Gewicht einzelner Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses.<sup>4</sup> Letzterer Aspekt ist besonders wichtig für den Eventualvorsatz: Wenn es Sache des Tatgerichts ist, Bedeutung und Gewicht der einzelnen be- oder entlastenden Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten, und wenn diese Bewertung rechtlich vertretbar ist, „so kann das Revisionsgericht nicht auf der Grundlage einer abweichenden Beurteilung der Bedeutung einer Indiztatsache in die Überzeugungsbildung des Tatgerichts eingreifen“.<sup>5</sup>

Zusammenfassend ist es für das Tatgericht aus revisionsrechtlicher Sicht „erforderlich, aber auch ausreichend, sämtliche objektiven und subjektiven, für und gegen den Angekl. sprechenden Umstände des Einzelfalles in eine individuelle Gesamtschau einzubeziehen und zu bewerten“.<sup>6</sup> Liegen dem Urteil des Tatgerichts keine Rechtsfehler zugrunde, so „hat das Revisionsgericht die tatgerichtliche Überzeugungsbildung auch dann hinzunehmen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise möglich oder sogar näherliegend gewesen wäre“.<sup>7</sup> Es ist daher

also genau betrachtet falsch, davon zu sprechen, der BGH habe in einer seiner Entscheidungen den Vorsatz verneint oder bejaht. Denn er prüft nicht das Vorliegen des Vorsatzes im konkreten Fall,<sup>8</sup> sondern nur die entsprechende Beweiswürdigung durch das Tatgericht.<sup>9</sup> Wer sich fragt, warum BGH-Entscheidungen zum Eventualvorsatz vermeintlich „beliebig“, „widersprüchlich“ oder „inkonsistent“ sind, der findet in dieser revisionsrechtlichen Besonderheit eine wesentliche Ursache.<sup>10</sup>

Dennoch ist Studierenden und Referendar innen dringend anzuraten, aktuelle Entscheidungen des BGH im Blick zu haben, besteht doch eine veritable Wahrscheinlichkeit, dass künftige Universitäts- oder Examensklausuren darauf aufbauend konzeptioniert werden. Eine kleine, bei weitem nicht erschöpfende Auswahl klausurrelevanter Entscheidungen aus den letzten Jahren wird nachfolgend dargestellt. Dabei ist das Augenmerk weniger auf das Ergebnis als auf die entscheidungsrelevanten Indizien zur Vorsatzfeststellung zu richten.

### III. Anforderungen an die Annahme des Eventualvorsatzes

Allgemein müssen nach Ansicht des BGH „vor der Annahme bedingten Vorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissens- als auch das Willenselement, umfassend geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden“. Dafür bedürfe es einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles, in welche vor allem die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen seien.<sup>11</sup> Vereinzelt wird auch die Persönlichkeit des Tä-

<sup>2</sup> BGH NStZ 2016, 670, 671 = HRRS 2016 Nr. 1071; 2017, 342, 344 = HRRS 2017 Nr. 286; 2018, 37, 39 = HRRS 2017 Nr. 995. Für den Eventualvorsatz in der Revision ist die Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung besonders praxisrelevant: Sie liegt vor, wenn das mit der Revision angegriffene Urteil „wesentliche Feststellungen nicht erörtert“, BGH NStZ 2016, 668, 669 = HRRS 2016 Nr. 84.

<sup>3</sup> BGH NStZ 2013, 581, 582 = HRRS 2013 Nr. 636; 2016, 670, 671 = HRRS 2016 Nr. 1071; 2017, 342, 344 = HRRS 2017 Nr. 286; 2018, 37, 39 = HRRS 2017 Nr. 995.

<sup>4</sup> BGH NStZ 2016, 668, 669 = HRRS 2016 Nr. 84; 2017, 342, 344 = HRRS 2017 Nr. 286; 2018, 37, 39 = HRRS 2017 Nr. 995.

<sup>5</sup> BGH NStZ 2013, 581, 582 = HRRS 2013 Nr. 636; 2016, 668, 669 = HRRS 2016 Nr. 84; 2018, 37, 39 = HRRS 2017 Nr. 995.

<sup>6</sup> BGH NStZ-RR 2013, 75, 76 f. = HRRS 2012 Nr. 1105; NStZ 2013, 581, 583 = HRRS 2013 Nr. 636; 2015, 216 = HRRS 2015 Nr. 209; 2015, 266, 267 = HRRS 2014 Nr. 893; 2017, 22, 23 = HRRS 2016 Nr. 604; 2017, 25 = HRRS 2016 Nr. 1020; 2017, 342, 344 = HRRS 2017 Nr. 286.

<sup>7</sup> BGH NStZ 2018, 37, 39 = HRRS 2017 Nr. 995. Vgl. auch BGH NStZ 2009, 629, 630 = HRRS 2009 Nr. 724; 2013, 159, 161 = HRRS 2012 Nr. 780; 2013, 581, 582 = HRRS 2013 Nr. 636; 2016, 668, 669 = HRRS 2016 Nr. 84; 2016, 670, 671 = HRRS 2016 Nr. 1071. Ein erweiterter Prüfungsumfang deutet sich in BGH NStZ-RR 2010, 214, 215 = HRRS 2010 Nr. 432 an: „Weder eine erhebliche Alkoholisierung noch gar ein Handeln in affektiver Erregung und auf Grund spontanen Entschlusses sprechen gegen das Vorliegen von Tötungsvorsatz zum Handlungszeitpunkt; vielmehr sind diese Umstände nach sicherer Erfahrung gerade besonders geeignet, die Hemmschwelle auch für besonders gravierende Gewalthandlungen herabzusetzen.“ Damit nimmt der BGH eine eigene Beweiswürdigung von konkreten Tatumständen vor (Alkoholisierung und Spontanat gegen gravierende Gewalthandlung)!

<sup>8</sup> Instruktiv zwar die ausführliche Auflistung widersprüchlich erscheinender BGH-Urteile bei *Puppe*, in: Nomos-Kommentar zum StGB, 5. Auflage 2017, § 15 Rn. 90; jedoch fehlt die Einordnung in die revisionsrechtlichen Besonderheiten. Die Rechtsprechung gegen die Kritik aus der Lehre verteidigt hingegen *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Kommentar zum StGB, 2013, § 15 Rn. 21 ff.

<sup>9</sup> Vgl. auch: *Stam* NStZ 2018, 206, 209. Dass die Erfolgsaussichten einer Revision auch davon abhängen, welcher Strafsenat am BGH mit der Sache befasst ist, dürfte aufgrund von Detailverschiedenheiten im Prüfungsmaßstab ein weiterer Grund sein; so auch *Hoven* NStZ 2015, 216, 218. Noch weiter geht die Kritik von *Puppe* ZIS 2014, 66 ff.: Die Feststellung des Tötungsvorsatzes sei konstruktiv, es gehe nicht darum, zeitlich Zurückliegendes festzustellen, sondern äußeres Verhalten nachträglich zu bewerten; so auch *Drees* NStZ 2016, 670, 673.

<sup>10</sup> Kritisch dazu: *Leitmeier* NJW 2012, 2850, 2853; *Schiemann* NStZ 2014, 35, 36 und *dies.* NStZ 2017, 22, 24.

<sup>11</sup> BGH NStZ 2013, 581, 582 = HRRS 2013 Nr. 636; 2014, 84 = HRRS 2013 Nr. 939; 2015, 266, 267 = HRRS 2014 Nr. 893; 2016, 668, 669 = HRRS 2016 Nr. 84; 2017, 22, 23 = HRRS 2016 Nr. 604; 2017, 342, 344 = HRRS 2017 Nr. 286; 2018, 37, 38 = HRRS 2017 Nr. 995.

ters erwähnt.<sup>12</sup> Wichtig ist jedenfalls: Es gibt keinen „Numerus Clausus“ an Vorsatzindikatoren.<sup>13</sup>

## 1. Die Gefährlichkeit der Gewaltanwendung als wesentlicher Indikator

Der BGH sieht „die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung als wesentlichen Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes“ und bezeichnet „bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen das Vorliegen beider Elemente als naheliegend“. Das bedeute jedoch nicht, dass das Tatgericht der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung „immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen“ hätte; denn das käme einer „unzulässigen Beweislastregel“ nahe. Vielmehr sei auch für die Prüfung der Gefährlichkeit der Gewalthandlung „erforderlich, aber auch ausreichend, sämtliche objektiven und subjektiven, für und gegen den Angekl. sprechenden Umstände des Einzelfalles in eine individuelle Gesamtschau einzubeziehen und zu bewerten“.<sup>14</sup> Einerseits ist der „Schluss aus einer besonders gefährlichen Gewalthandlung auf einen (bedingten) Tötungsvorsatz [...] nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter auch die im Einzelfall in Betracht kommenden, den Vorsatz in Frage stellenden Umstände in seine Erwägungen einbezogen hat“.<sup>15</sup> Fehlt es daran, ist die Beweiswürdigung lückenhaft und damit in der Revision angreifbar. Zieht der Tatrichter andererseits vorsatzkritische Umstände heran und verneint aufgrund derer den Eventualvorsatz trotz gefährlicher Gewaltanwendung, so ist das grundsätzlich revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>16</sup>

## 2. Weitere Indikatoren und Gegenindikatoren

Damit ist der Indikator der Gefährlichkeit der Gewaltanwendung letztendlich nur einer unter mehreren gleichrangigen Indikatoren, ein „Gleicher unter Gleichen“. Liegt eine objektiv lebensgefährliche Gewalthandlung vor, so muss dies erkannt und bewertet werden. Der Indikator der objektiven Gefährlichkeit kann allerdings relativiert werden, sofern andere – vorsatzkritische –

Indikatoren vorliegen, hinter deren Gewicht die Gefährlichkeit der Gewaltanwendung zurückbleibt. Der BGH führt als solche weiteren Umstände zunächst einmal nur die Angriffsweise, die psychische Verfassung und die Motivation des Täters auf.<sup>17</sup> Bei näherer Analyse der Rechtsprechung lassen sich jedoch noch mehr Umstände finden, die hier in die zwei übergeordneten Fallgruppen der tat- und täterbezogenen Indikatoren zusammengefasst werden. Aus der Notwendigkeit einer Gesamtschau ergibt sich dabei, dass diese Indikatoren nicht isoliert voneinander betrachtet werden dürfen, sondern stets in ihrer Gesamtheit und Aufeinanderbezogenheit zu bewerten sind.

### a) Tatbezogene Indikatoren

Betrachtet man zunächst tatbezogene Indikatoren, so erlangen die Gefährlichkeit der Gewaltanwendung und die Angriffsweise des Täters besondere Bedeutung. Sofern zwischen beiden Indizien überhaupt ein Unterschied festgestellt werden kann, so ist dieser in erster Linie darin zu sehen, dass die Gefährlichkeit der Gewaltanwendung auf die *Wirkung* des Angriffs zielt, während sich die Angriffsweise auf dessen *Modalitäten* konzentriert. Da sich beide Elemente jedoch kaum isoliert voneinander betrachten lassen, wäre eine Aufspaltung künstlich.

#### aa) Kontrollierbarkeit des Angriffs

Ein illustratives Beispiel lässt sich in der Entscheidung des 2. Strafsenats vom 13. August 2013 finden.<sup>18</sup> Dort umgriff der Täter sein Opfer von hinten und schnitt ihm mit einem Rasiermesser mit einer Klingenslänge von 10 cm von hinten in Höhe des rechten Auges durch das Gesicht. Das Opfer erlitt eine 15 cm lange Schnittwunde vom rechten Auge bis zum rechten Ohr, dabei wurden weder das Auge noch die dort verlaufenden lebenswichtigen Blutgefäße verletzt. Das LG Frankfurt begründete seine Annahme von Eventualvorsatz wie folgt: Bei Messerstichen in den Kopf- oder Halsbereich liege der Schluss auf einen bedingten Tötungsvorsatz nahe, denn der Täter sei zu einer schonenden Dosierung des Angriffs auf Grund der „hochgradigen Dynamik des Geschehens“ in der Regel nicht in der Lage. Auf Grund der Lokalisation des „Stichs“ im Gesichtsbereich – in unmittelbarer Nähe lebenswichtiger Blutgefäße – sowie des Umstands, dass der Angriff im Gehen und hinterrücks verübt wurde, sei auszuschließen, dass der Täter ernsthaft darauf vertraut haben könnte, den „Messerstich“ gezielt dosieren und eine Lebensgefährdung ausschließen zu können.<sup>19</sup> Der BGH bestätigt zwar, dass bei einem dynamischen Geschehen der Täter grundsätzlich nicht zu einer schonenden bzw. kontrollierten Dosierung eines Messerstichs fähig ist. Vorliegend bemängelt er jedoch zweierlei: Zum einen sei das Messer nicht mittels Stiches, sondern mittels Schnittes eingesetzt worden. Zum anderen sei die Dynamik des Geschehens nicht hinreichend belegt, da es an Feststellungen zur Position des Opfers, zur Art des Umgreifens (war der Kopf des Opfers fixiert?) und zur Schnelligkeit der Schnittbewegung fehle.<sup>20</sup> Das Urteil

<sup>12</sup> BGH NStZ 2013, 159, 160 = HRRS 2012 Nr. 780; 2013, 581, 583 = HRRS 2013 Nr. 636; 2017, 22, 23 = HRRS 2016 Nr. 604.

<sup>13</sup> Siehe dazu: *Hoven* NStZ 2015, 216, 217; *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2017, § 9 Rn. 8.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2018, 37, 39 = HRRS 2017 Nr. 995. Vgl. zur Gefährlichkeit der Gewaltanwendung auch: BGH NStZ 2000, 583, 584; 2013, 159, 160 = HRRS 2012 Nr. 780; 2013, 581, 582 = HRRS 2013 Nr. 636; 2015, 216 = HRRS 2015 Nr. 209; 2015, 516, 517 = HRRS 2015 Nr. 97; 2016, 341, 342 = HRRS 2016 Nr. 50; 2016, 668, 669 = HRRS 2016 Nr. 84; 2016, 670, 671 = HRRS 2016 Nr. 1071; 2017, 22, 23 = HRRS 2016 Nr. 604; 2017, 25 = HRRS 2016 Nr. 1020.

<sup>15</sup> BGH NStZ 2014, 35 = HRRS 2013 Nr. 1076; 2015, 266, 267 = HRRS 2014 Nr. 893; 2015, 516, 517 = HRRS 2015 Nr. 97; 2016, 25, 26 = HRRS 2015 Nr. 1166; 2016, 341, 342 = HRRS 2016 Nr. 50; 2016, 668, 669 = HRRS 2016 Nr. 84.

<sup>16</sup> Kritisch hierzu *Schiemann* NStZ 2014, 35, 36.

<sup>17</sup> Nachweise siehe oben in Fn. 11.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2014, 84 ff. = HRRS 2013 Nr. 939.

<sup>19</sup> BGH NStZ 2014, 84 = HRRS 2013 Nr. 939.

<sup>20</sup> BGH NStZ 2014, 84, 85 = HRRS 2013 Nr. 939.

illustriert jedenfalls, dass eine isolierte Betrachtung der Gefährlichkeit der Gewaltanwendung und der Angriffsweise nicht geboten ist.

### bb) Intensivierung der Angriffsweise

Ein weiterer interessanter Sachverhalt lag der Entscheidung des 5. Strafsenat vom 9. Oktober 2013 zugrunde:<sup>21</sup> Täter und Opfer führten einvernehmlich sadomasochistische Sexualpraktiken durch, wobei beide auch verschiedene Drogen konsumierten. Das Opfer gewann dabei sexuelle Befriedigung aus der sog. „Atemkontrolle“: Hierzu verschloss der Täter die Atemwege durch Knebelung und Klebebänder. Der dadurch bewirkte Sauerstoffmangel wirkte auf das Opfer sexuell erregend. Um die „ultimative“ sexuelle Befriedigung zu erlangen, trat es Ende 2011 an den Täter mit dem Wunsch heran, sich mittels „Atemkontrolle“ töten zu lassen. Der Täter lehnte dieses Ansinnen zwar ab, beide übten aber weiterhin sadomasochistische Sexualpraktiken aus. Im Zuge dessen unterbrach der Täter am 2. Januar 2012 auf Wunsch des Opfers mit Klebeband dessen Atemluftzufuhr, wobei das Opfer mittels Handzeichen notfalls ein Stopp-Signal geben sollte. Als der Täter merkte, dass das Opfer einen Samenerguss bekam und bewusstlos war, stellte er die Luftzufuhr wieder her; nach Erwachen aus der Bewusstlosigkeit beschwerte sich das Opfer darüber, dass es der Täter nicht habe sterben lassen. Am 5. Januar kam es erneut zur Ausübung der „Atemkontrolle“, doch nahm der Täter dieses Mal eine „etwas stärkere“ Verklebung vor: Er verband mit mehreren Lagen Klebeband den Kopf – auch Mund und Nase – des Opfers. Aufgrund seiner Erfahrung mit sadomasochistischen Praktiken und dem Vorgeschehen am 2. Januar glaubte er, die Situation beherrschen zu können. Als seinem Opfer Urin abging, entfernte er das Klebeband. Zu diesem Zeitpunkt war das Opfer jedoch bereits erstickt.

Das LG Berlin verneinte einen bedingten Tötungsvorsatz: Erstens sei die Motivation des Täters darauf gerichtet gewesen, sich seinen Sexualpartner zu erhalten, weshalb er mit dessen Tod gerade nicht einverstanden gewesen sei. Zweitens sei das Opfer bei der gleichartigen „Atemkontrolle“ drei Tage zuvor auch wieder aufgewacht, weshalb der Täter auf einen guten Ausgang ernsthaft vertrauen durfte.<sup>22</sup> Der BGH hält diese Ausführungen für „durchgreifend lückenhaft und insgesamt nicht nachvollziehbar“. Sein zentrales Argument ist die intensivierete Angriffsweise bei der zweiten Atemkontrolle: Wenn die Gewaltanwendung bereits am 2. Januar zu einer „hochgradig“ gefährlichen Bewusstlosigkeit führte und der Täter die Gefährlichkeit der Verknebelung durch das vollständige Verkleben des Kopfes am 5. Januar sogar noch steigerte (mehrere Lagen Klebeband von der Haut zu lösen ist „naturgemäß schwieriger und zeitaufwendiger“, wobei Sekunden „über Leben und Tod“ entscheiden), dann durfte der Täter nicht auf einen guten Ausgang vertrauen. Die gegenteilige Annahme des LG Berlin „entbehrt daher einer durch Tatsachen fundierten Grundlage“.<sup>23</sup>

Wenn die Argumentation des BGH auch nachvollziehbar ist und dem Unrechtsempfinden entsprechen mag, so ist sie dennoch revisionsrechtlich zu beanstanden: Da das LG Berlin auf das Vorgeschehen und die Gefährlichkeit der Gewaltanwendung eingegangen war, war seine Beweiswürdigung nicht lückenhaft. Sie war auch nachvollziehbar, wenngleich die Schlussfolgerung – der Täter durfte auf einen guten Ausgang vertrauen, weil davor ja auch alles gut gegangen war – nicht zwingend ist. Doch nach ständiger Rechtsprechung muss sie auch nicht zwingend, sondern nur möglich sein, selbst wenn ein anderes Ergebnis näher liegen mag. Der Sache nach nahm der 5. Strafsenat somit eine eigenständige Beweiswürdigung vor, indem er der Gefährlichkeit der Gewaltanwendung ein größeres Gewicht beimaß als das LG Berlin. Eine solche Beweiswürdigung durch das Revisionsgericht widerspricht revisionsrechtlichen Grundsätzen.

### cc) Unfreiwillige Aufgabe des Angriffs

Für die Angriffsweise interessant kann auch der Umstand werden, dass der Täter seinen Angriff abbrechen musste: Im Berliner Neptunbrunnen-Fall<sup>24</sup>, in welchem die fremdenfeindlichen Täter nur aufgrund des Eingreifens von Passanten abließen, stellte der BGH fest, dass der Tatsache, dass die Täter nicht freiwillig mit ihren Misshandlungen aufhörten, „ein hoher Indizwert“ zukommen kann: „Das gewollte weitere Tun kann den Schluss nahelegen, dass ihnen die Folgen ihrer Tat [...] gleichgültig waren.“<sup>25</sup>

### dd) Angriff in Spontaneität oder in affektiver Erregung

Neben Angriffsweise und -wirkung spielt in der Rechtsprechung besonders die Frage eine Rolle, ob die Tat spontan, unüberlegt und/oder in affektiver Erregung begangen wurde.<sup>26</sup> Liegt eine Spontantat vor, so ist das ein vorsatzkritischer Umstand, der den Eventualvorsatz eher ausschließt.<sup>27</sup> Für Tatgerichte und Klausurbearbeitende gleichermaßen wichtig ist, dass die Annahme von Spontaneität – wie alle Indikatoren – auf konkrete Feststellungen im Sachverhalt gestützt werden muss. So nahm das LG Berlin im Neptunbrunnen-Fall eine spontane Tat an: Hier beleidigten die Täter aus Fremdenhass zunächst ihr dunkelhäutiges Opfer als „Neger“ und schlugen es anschließend mit wuchtigen Schlägen und Tritten ins Gesicht bewusstlos. Allerdings nahm das LG eine „gruppensituation“ sowie eine Schlägerei an, die „aus dem Ruder lief“ und verneinte daher den Tötungsvorsatz.<sup>28</sup> Dem widersprach der 5. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 13. Januar 2015: Die Feststellungen im Sachverhalt zeigten, dass die Täter bewusst Streit suchten, was gegen ein „spontanes und unüberlegtes Handeln“ spreche. Auch dass das LG Berlin die An-

<sup>24</sup> BGH NStZ 2015, 216, 217 = HRRS 2015 Nr. 209.

<sup>25</sup> BGH NStZ 2015, 216, 217 = HRRS 2015 Nr. 209.

<sup>26</sup> BGH NStZ 2014, 35 = HRRS 2013 Nr. 1076; 2015, 266, 267 = HRRS 2014 Nr. 893; 2016, 668, 670 = HRRS 2016 Nr. 84; 2016, 670, 671 = HRRS 2016 Nr. 1071.

<sup>27</sup> BGH NStZ 2014, 35 = HRRS 2013 Nr. 1076 (dort berücksichtigte das LG die Spontaneität nur bei der Strafzumessung).

<sup>28</sup> BGH NStZ 2015, 216, 217 = HRRS 2015 Nr. 209.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2014, 398 ff. = HRRS 2013 Nr. 1014.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2014, 398 = HRRS 2013 Nr. 1014.

<sup>23</sup> BGH NStZ 2014, 398 f. = HRRS 2013 Nr. 1014.

griffswise als aus dem Ruder gelaufene Schlägerei, geprägt von gruppenspezifischen Prozessen, bewertet habe, sieht der BGH als durch den Sachverhalt widerlegt an: Das Opfer habe sich nur geschützt und sei dann bewusstlos geworden, habe also in keiner Weise zur Eskalation beigetragen. Gruppendynamische Prozesse ergäben sich weder aus dem Sachverhalt, noch spreche ihr Vorliegen gegen den Tötungsvorsatz, diesen könnten sie vielmehr „im Gegenteil gerade gefördert haben“.<sup>29</sup>

### ee) Äußerungen vor, während oder nach dem Angriff

Meist äußert sich der Täter während der Tat nicht zu seinen subjektiven Vorstellungen, doch selbst wenn er es tut, so lassen sich daraus keine zwingenden Schlüsse ziehen.<sup>30</sup> Denn wer sagt, er bringe sein Opfer um, meint es vielleicht gar nicht so: Zum einen neigen Menschen eher zu „großen Worten“ als zu „großen Taten“. Zum anderen ist eine sich dem rational denkenden Menschen nur schwer erschließende Aggressivität den Tötungsdelikten wesensimmanent, und doch ist es denkbar, dass sich ein aggressiv äußernder Täter, der den Tod seines Opfers ankündigt, mit dieser Ankündigung zum Abbau seiner Aggressionen begnügt. Aggressive Äußerungen und sogar Todesdrohungen des Täters müssen mithin nicht eindeutig vorsatzbejahend zu bewerten sein, sie können vielmehr auch ambivalent sein. Tatgerichte wie Klausurbearbeitende müssen sich daher mit der Frage auseinandersetzen, inwieweit man von der Ernsthaftigkeit der Äußerung des Täters ausgehen und entsprechend auf seinen Vorsatz schließen kann.

Zu den Äußerungen des Täters sind auch solche zu zählen, die er erst nach der Tatbegehung tätigt. Ein Beispiel hierfür liefert eine Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH vom 20. Juni 2000:<sup>31</sup> Im zugrunde liegenden Sachverhalt des LG Dortmund übergoss die Täterin ihr nacktes Opfer mit drei Litern Benzin und entzündete dann in dessen Nähe mehrfach ein Feuerzeug, wodurch schließlich das Benzin in Brand geriet und das Opfer verstarb. Die Täterin gab später an, dass sie froh war, als bei den ersten Zündungen nichts passierte. Hieraus zog der BGH den Umkehrschluss, dass die Täterin gerade nicht auf einen guten Ausgang vertraut habe: Wer froh sei, dass nichts passiert sei, könne zuvor nicht darauf gehofft haben, dass nichts passieren würde.<sup>32</sup>

Auch das Auftreten und die Äußerungen eines Täters vor Gericht mahnt der BGH, als Indiz nicht außer Acht zu lassen: So kritisiert der BGH im Berliner Neptunbrunnen-Fall, dass das LG Berlin die fremdenfeindliche Motivation der Täter nicht angemessen gewürdigt hatte, obwohl diese noch in der Hauptverhandlung ihre anhaltende Missachtung für das anwesende Opfer zum Ausdruck gebracht hatten, durch höhnisches Lachen über ein des-

sen schwere Gesichtsverletzungen zeigendes Foto sowie „demonstratives Gähnen, Lümmeln und Lachen“ während der Beweisaufnahme. Dieses Verhalten lasse die Schlussfolgerung zu, dass die Täter das Leiden des – in ihren Augen „minderwertigen“ – Opfers und die ihm zugefügten erheblichen Verletzungen bagatellisierten, was ein Indiz dafür sein könne, dass sie auch weitergehende Verletzungen bis zum Tod billigend in Kauf genommen hätten.<sup>33</sup>

Die Entscheidung verdeutlicht gleich zwei Gesichtspunkte: Zum einen das Wechselspiel der verschiedenen Indikatoren (hier die Heranziehung des Nachtatverhaltens zur Stützung der Tätermotivation) und zum anderen den revisionsrechtlichen Grundsatz, dass der BGH keine eigene Beweiswürdigung vornimmt, sondern nur prüft, ob das Tatgericht alle Umstände gewürdigt hat. Hat es dies nicht getan, so ist seine Beweiswürdigung lückenhaft. In diesem Fall ergab sich die Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung aus der Nichtberücksichtigung des Verhaltens im Gerichtssaal.

### ff) Eigengefährdung durch Angriff

Im Benzinguss-Fall klang auch ein weiterer Gedanke an, der im Berliner Autoraser-Fall<sup>34</sup> sogar von übergeordneter Bedeutung war: die Eigengefährdung des Täters. Billigt der Täter den Tod des Opfers infolge seiner gefährlichen Handlung, wenn die gleiche Handlung auch sein eigenes Leben gefährdet? Im Benzinguss-Fall wurde die Täterin, nachdem sich das Benzin entzündete, ebenfalls von einem Feuerball erfasst und erlitt Verbrennungen, und im Autoraser-Fall wurden sowohl die Fahrer als auch ihre Autos in Mitleidenschaft gezogen. Inwieweit der Gedanke der Eigengefährdung wirklich zur Vorsatzbestimmung herangezogen werden kann, ist durchaus fraglich.<sup>35</sup> Zumindest sollten jedoch Feststellungen zum Grad der Eigengefährdung, insbesondere im Vergleich zur Gefährdung Dritter getroffen werden. Ersichtlich ist im Benzinguss-Fall, dass die Gefährdung für das nackte, mit Benzin übergossene Opfer größer war als für die nicht mit leicht entflammbarem Material präparierte Täterin.<sup>36</sup> Gleiches gilt für den Fahrer eines Autos, das über höchste Sicherheitsstandards verfügt: Auch er ist besser geschützt als seine potentiellen Opfer, darunter Fußgänger, Motorradfahrer und Fahrer kleinerer, weniger gut geschützter Autos.

Spiegelverkehrt zu Fällen der „ungewollten“ Eigengefährdung stehen Fälle, in denen der Täter seine lebensgefährliche Handlung in „(prä-)suizidaler Situation ohne feindselige Gesinnung gegenüber den Gefährdeten vorgenommen hat“, der Täter sich also selbst schädigen

<sup>29</sup> BGH NStZ 2015, 216, 217 = HRRS 2015 Nr. 209.

<sup>30</sup> Wichtig für die Tatgerichte hier BGH NStZ 2015, 516, 517 = HRRS 2015 Nr. 97: „Eine für widerlegt erachtete – entlastende – Behauptung des Angekl. kann [...] nicht ohne Weiteres ein Belastungsindiz abgeben.“

<sup>31</sup> BGH NStZ 2000, 583 ff. (Benzinguss-Fall I). Vgl. zu Nachtat-Äußerungen auch BGH NStZ 2017, 281, 282 = HRRS 2017 Nr. 213.

<sup>32</sup> BGH NStZ 2000, 583, 584.

<sup>33</sup> BGH NStZ 2015, 216, 217 = HRRS 2015 Nr. 209. *Hoven* begrüßt diese Erhöhung der Anforderungen an die Darstellungsgenauigkeit tatrichterlicher Urteile in ihrer Anmerkung zurecht, NStZ 2015, 216, 218.

<sup>34</sup> Vgl. zum Sachverhalt LG Berlin NStZ 2017, 471 ff. (1. Instanz) und BGH NJW 2018, 1621 ff. = HRRS 2018 Nr. 289 (Revision) sowie die Analyse von *Hörnle* NJW 2018, 1576.

<sup>35</sup> Kritisch auch *Hörnle* NJW 2018, 1576, 1578.

<sup>36</sup> Entsprechend stellt der BGH auch eine „wesentlich geringere Eigengefährdung“ fest, NStZ 2000, 583, 584.

wollte, ohne die Gefahr für andere zu erkennen, weshalb der BGH ein Fehlen des Wissenselements anerkennt.<sup>37</sup> Das gilt jedoch nicht, wenn der Tod bzw. die Gefährdung Dritter „zwangsläufige Folge des Suizidplans“ ist, Mitbewusstsein genügt hierbei.<sup>38</sup>

### gg) Rettungsaktivitäten nach Angriff

Nicht nur die Tat selbst, sondern auch das Nachtatverhalten des Täters ist ein zu berücksichtigender Umstand.<sup>39</sup> Insbesondere die Indizwirkung von Rettungsversuchen ist praxisrelevant. Das bestätigte der BGH etwa in einem Fall, in welchem die Täter ihr Opfer zunächst zu Folterzwecken mit Brandbeschleuniger übergossen und anzündeten, in dem sie dann aber „sofort, als es richtig brannte, mit allen Mitteln versucht hätten, das Tatopfer wieder zu löschen, und nach der Tat erschüttert gewesen seien“.<sup>40</sup> Die Entscheidung reiht sich nahtlos in die Rechtsprechung zum Nachtatverhalten ein, etwa im Fall, dass sich der Täter bemüht, das zuvor durch einen Messerstich verletzte Opfer dadurch zu retten, dass er die Blutung stillt<sup>41</sup> oder Rettungskräfte herbeiruft.<sup>42</sup>

### b) Täterbezogene Indikatoren

Bei den täterbezogenen Indikatoren nennt der BGH nur zwei Umstände: die psychische Verfassung und die Motivation des Täters. Die Bezeichnung des ersten Umstands dürfte dabei zu eng gewählt sein: Nicht nur die psychische Verfassung des Täters ist wichtig, sondern auch sein körperlicher Zustand, seine körperlichen wie geistigen Fähigkeiten und allgemein seine Persönlichkeit.<sup>43</sup> So wäre die Äußerung eines Täters, er werde sein Opfer umbringen, aufgrund seiner Persönlichkeit anders zu gewichten, wenn er von Zeugen oder psychiatrischen Gutachtern als „Großmaul“ beschrieben wird. Seine körperlichen Fähigkeiten sind zu berücksichtigen, will man die Gefährlichkeit der Gewaltanwendung untermauern oder relativieren: Die Tritte eines Fußballspielers<sup>44</sup> oder die Schläge eines Kickboxers<sup>45</sup> können einerseits

gefährlicher, weil intensiver, andererseits weniger gefährlich, weil wohl dosierter, sein. Zur psychischen Verfassung zählen insbesondere Fälle, in denen der Täter in „affektiver Erregung“ handelt.<sup>46</sup> Nach dem BGH darf hier nicht ohne weiteres, d.h. ohne Heranziehung weiterer Umstände, vom Wissen um die Gefährlichkeit des Handelns auf das voluntative Element geschlossen werden.<sup>47</sup>

### aa) Alkoholisierung des Täters

Eine herausragende Bedeutung in der Rechtsprechung hat eine Alkoholisierung des Täters bzw. dessen sonstige Beeinflussung durch bewusstseinsweiternde Substanzen (z.B. Drogen oder Medikamente). Zwei Argumentationswege stehen hier offen: Entweder man sagt, die Alkoholisierung bewirke eine Enthemmung des Täters, oder man bezweifelt aufgrund der Alkoholisierung, dass der Täter die Folgen seines Tuns realistisch eingeschätzt bzw. sich überhaupt Gedanken um die Folgen gemacht hat.<sup>48</sup> Die Alkoholisierung des Täters kann auch für die Bewertung von dessen Äußerungen relevant sein: Wer betrunken ist, dessen Zunge sitzt lockerer, dem rutschen schneller Worte heraus, die er eigentlich gar nicht so meint. Aber auch hier ließe sich entgegengesetzt argumentieren, frei nach dem Motto „Im Wein liegt die Wahrheit“: Wer alkoholisiert ist, der gibt eher Einblicke in seine inneren Vorstellungen.

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass es Indiztatsachen gibt, deren Heranziehung und Bewertung zu völlig divergenten Ergebnissen führen kann. Ein und dieselbe Tatsache, etwa eine Äußerung oder die Alkoholisierung des Täters, kann sowohl vorsatzbegründend als auch vorsatzkritisch wirken. Es gibt also ambivalente Umstände. Der Rechtsprechung ist diese Problematik hinlänglich bekannt.<sup>49</sup> Wichtig ist: Nach dem BGH genügt es, wenn der Tatrichter eine von mehreren möglichen Bewertungen eines ambivalenten Umstands herangezogen hat, ohne dass es erforderlich wäre, sich auch mit einer gegenteiligen Bewertung zu beschäftigen. Der Grund dafür: Würde der Tatrichter einen ambivalenten Umstand in beide Beweisrichtungen, also zu Gunsten und zu Lasten des Täters berücksichtigen, liefe er Gefahr „sich zu seinem anderweitig gewonnenen Ergebnis [...] in Widerspruch zu setzen“.<sup>50</sup>

### bb) Motivation und Gefahrenkenntnis des Täters

Auch die Motivation des Täters ist zu den ambivalenten Beweisanzeichen zu zählen.<sup>51</sup> Der Indikator der Tatmotivation wird insbesondere relevant, wenn kein Tatmotiv

eine eigene Beweiswürdigung vor (wenn diese auch i.E. zutreffend ist).

<sup>37</sup> BGH NStZ 2017, 281, 282 = HRRS 2017 Nr. 213. Vgl. auch BGH NStZ-RR 2008, 309, 310 = HRRS 2008 Nr. 759.

<sup>38</sup> BGH NStZ 2017, 281, 282 = HRRS 2017 Nr. 213.

<sup>39</sup> BGH NStZ 2013, 159, 160 = HRRS 2012 Nr. 780; 2013, 581, 583 = HRRS 2013 Nr. 636.

<sup>40</sup> BGH NStZ 2013, 159, 160 = HRRS 2012 Nr. 780.

<sup>41</sup> BGH NStZ 2007, 331, 332 = HRRS 2007 Nr. 208.

<sup>42</sup> BGH NStZ 2015, 266, 267 = HRRS 2014 Nr. 893.

<sup>43</sup> BGH NStZ 2013, 159, 160 = HRRS 2012 Nr. 780.

<sup>44</sup> So hielt der BGH in NStZ 2013, 581, 583 = HRRS 2013 Nr. 636 die Schlussfolgerung des LG Hildesheim, dass die „fußballerisch erfahrenen“ Täter trotz heftiger Tritte gegen den Kopf des Opfers „nicht mit der ihnen möglichen Wucht auf den Kopf des Opfers eintraten“, für „revisionsrechtlich nicht zu beanstanden“.

<sup>45</sup> So nahm das LG Berlin im Berliner Neptunbrunnen-Fall an, die Täter hätten aufgrund „mehrfähriger Erfahrung als Kickboxer [...] beziehungsweise aufgrund verschiedener Schlägereien als Fußballfan [...] möglicherweise ihre Kräfte besser als Täter einschätzen können“; dem widerspricht jedoch der BGH in der Revision, denn nach Vornahme einer lebensgefährdenden Handlung bleibe es „dem Zufall anheim gegeben [...], ob die Lebensgefahr sich konkretisiert“, BGH NStZ 2015, 216 f. = HRRS 2015 Nr. 209. Diese Entscheidung steht in Widerspruch zu BGH NStZ 2013, 581, 583 = HRRS 2013 Nr. 636, nimmt der 5. Strafsenat doch

<sup>46</sup> Zumeist gehen diese Fälle auch mit einem spontanen Tatentschluss einher.

<sup>47</sup> Siehe dazu etwa BGH NStZ 2013, 581, 583 = HRRS 2013 Nr. 636.

<sup>48</sup> Vgl. dazu etwa BGH NStZ-RR 2013, 75, 77 = HRRS 2012 Nr. 1105.

<sup>49</sup> Neben Alkoholisierung nennt der BGH hier auch Fälle „spontanen Handelns in affektiver Erregung“.

<sup>50</sup> BGH NStZ-RR 2013, 75, 77 = HRRS 2012 Nr. 1105; NStZ 2013, 581, 582 f. = HRRS 2013 Nr. 636.

<sup>51</sup> Kritisch hierzu: Puppe, in: NK-StGB (Fn. 8), § 15 Rn. 92 und Schneider in: MK-StGB, 3. Auflage 2017, § 212 Rn. 66.

ersichtlich ist. So monierte der 2. Strafsenat, dass das LG Frankfurt trotz der massiven Gewalthandlungen von Türstehern einer Diskothek gegen einen dortigen Gast – mehrere wuchtige Schläge und Tritte gegen Kopf und Oberkörper – nicht berücksichtigt habe, dass es an einem einsichtigen Grund für eine billigende Inkaufnahme dessen Todes fehlte, denn die Täter wollten das Opfer nur aus der Diskothek schaffen.<sup>52</sup>

Schließlich ergibt sich aus der Definition der herrschenden Meinung, dass das kognitive Element des Eventualvorsatzes verlangt, dass der Täter den Eintritt des Erfolges zumindest für möglich gehalten haben muss. Liegt eine besondere Gefährlichkeit des Handelns vor und handelt der Täter in Kenntnis des besonderen Gefahrenpotentials, so liegt es dem BGH zufolge nahe, „dass er die weitere Entwicklung dem Zufall überlässt“. Die Hoffnung, es werde alles gut gehen, genüge dann nicht, um das Wollenselement des Vorsatzes zu verneinen.<sup>53</sup> Das war für den BGH ausschlaggebend, um das vorsatzverneinende Urteil im Benzinguss-Fall aufzuheben und zurückzuverweisen.<sup>54</sup> Steht der Täter dem Taterfolg gleichgültig gegenüber, so rechtfertigt das ebenfalls bzw. erst recht die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes.<sup>55</sup>

#### IV. Exemplifizierung der Gesamtschau

Wenn selbst einzelne Umstände der Vorsatzbestimmung ambivalent sein und zu divergierenden Ergebnissen führen können, dann dürfte es kaum überraschen, dass die Gesamtschau aller Umstände erst recht sehr verschiedene und zu divergierenden Ergebnissen führende Argumentationswege eröffnet.

##### 1. Benzinguss-Fälle des LG Dortmund und LG Dresden

Wie gesehen, hat der BGH die Verneinung des Eventualvorsatzes durch das LG Dortmund im Benzinguss-Fall kritisiert. Doch 12 Jahre später war er mit einem nahezu identischen Fall konfrontiert: Auch hier kam das Opfer dadurch zu Tode, dass es mit einem leicht entflammaren Material – hier statt Benzin ein „Terpentinersatzmittel“ – übergossen und angezündet wurde.<sup>56</sup> Im ersten Benzinguss-Fall handelte die Täterin – immerhin – auf Wunsch des Opfers, das sich eine sexuelle Befriedigung aus dem „Spiel mit dem Feuer“ versprach, eine Entzündung oder gar der Tod war von beiden aber nicht erwünscht.<sup>57</sup> Die Täterin wollte ihr Opfer nicht anzünden, aber aufgrund des extremen Gefahrenpotentials, das auch sie erkannte, nahm sie eine Entzündung und damit den Tod billigend in Kauf: so die Argumentation des BGH in der damaligen Entscheidung.<sup>58</sup>

Diese Argumentation hätte 12 Jahre später noch eher auf der Hand gelegen und dennoch ergriff sie der 5. Straf-

senat des BGH in seiner Entscheidung vom 20. Juni 2012 nicht: Hier fassten die Täter gemeinsam den Entschluss, ihr Opfer mit einem Terpentinersatzmittel in Brand zu setzen, um ihm dadurch Verbrennungen an seinem Körper zuzufügen. Trotz ihrer Alkoholisierung war für sie vorhersehbar, dass ein Brand mittels Brandbeschleuniger an einem Menschen außer Kontrolle geraten und zu tödlichen Brandverletzungen führen kann.<sup>59</sup> Der Sachverhalt im zweiten Benzinguss-Fall war also wesentlich gravierender: Die Täter strebten hier das Inbrandsetzen eines Menschen an! In die Dogmatik des Strafrechts übersetzt: Sie handelten mit Absicht in Bezug auf Tathandlung und Körperverletzungserfolg. Und im Gegensatz zum Dortmunder Fall handelten sie auch nicht auf Wunsch des Opfers, um diesem eine Befriedigung seiner Interessen zu verschaffen, sondern es ging ihn nur um eines: ihr Opfer zu foltern. Und trotz der „äußerst gefährlichen Gewalthandlung“ verneinte das LG Dresden einen Eventualvorsatz aufgrund von „Besonderheiten“ und wurde hierin vom BGH bestätigt: Erstens sei die Tat nicht geplant gewesen, sondern spontan begangen worden. Zweitens habe das Opfer einem der Täter ein Zimmer untervermietet, sodass der Tod des Opfers dem Eigeninteresse des Täters widersprochen hätte.<sup>60</sup> Drittens hätte die Motivation nur in der Zufügung von Qualen gelegen, die Misshandlungen wären „folterähnlich“ gewesen, hätten darauf gezielt, das Opfer „in Todesangst zu versetzen, nicht jedoch es zu töten“. Viertens hätten die Täter aufgrund ihrer Alkoholisierung die Gefährlichkeit und Unbeherrschbarkeit ihres Vorgehens unterschätzt. Und fünftens sprächen das Nachtatverhalten, die Löschversuche und die Erschütterung der Täter „als es richtig brannte“, gegen einen Tötungsvorsatz.<sup>61</sup>

Überzeugend ist all das nicht. Und recht zufrieden wirkt auch der 5. Strafsenat nicht, ruft er doch zum Abschluss seiner Entscheidung nochmals in Erinnerung: „Dem RevGer ist es verwehrt, eine eigene Bewertung der Beweise vorzunehmen, auch wenn eine andere Bewertung näher gelegen haben mag.“<sup>62</sup> Wenn auch im Sachverhalt des LG Dresden die Bejahung des Eventualvorsatzes noch näher lag als im Sacherhalt des LG Dortmund: Dadurch, dass das Dresdener Tatgericht die Ablehnung des Eventualvorsatzes mit einer lückenlosen und widerspruchsfreien Beweiswürdigung aller Tatumstände – Spontaneität, Motivation, Alkoholisierung, Nachtatverhalten – begründet hatte, war sein Urteil revisionsfest.

##### 2. Asylunterkunft-Fälle des LG Regensburg

Welch enormer Argumentationsspielraum den Tatgerichten – und auch den Klausurbearbeitenden – bei der Gesamtschau aller Umstände eröffnet ist, soll abschließend an zwei aktuellen Entscheidungen des BGH verdeutlicht werden. Beiden Entscheidungen lagen einen bedingten Tötungsvorsatz jeweils ablehnende Urteile des LG Regensburg zugrunde. Im Sachverhalt der ersten Entscheidung des 3. Strafsenats vom 27. Juli 2017 (NStZ 2018,

<sup>52</sup> BGH NStZ 2014, 35 = HRRS 2013 Nr. 1076.

<sup>53</sup> BGH NStZ 2000, 583, 584.

<sup>54</sup> BGH NStZ 2000, 583, 584.

<sup>55</sup> BGH NStZ 2017, 25, 26 = HRRS 2016 Nr. 1020.

<sup>56</sup> BGH NStZ 2013, 159 ff. = HRRS 2012 Nr. 780.

<sup>57</sup> BGH NStZ 2000, 583 f.

<sup>58</sup> Nachweis siehe oben in Fn. 53.

<sup>59</sup> BGH NStZ 2013, 159, 160 = HRRS 2012 Nr. 780.

<sup>60</sup> Kritisch zur Berücksichtigung des Eigeninteresses bzw. "Konzepts" des Täters *Puppe* HRRS 10/2018, 393 ff.

<sup>61</sup> BGH NStZ 2013, 159, 160 = HRRS 2012 Nr. 780.

<sup>62</sup> BGH NStZ 2013, 159, 161 = HRRS 2012 Nr. 780.

37) verkündete der Täter, bei dem keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass er der politisch rechts einzuordnenden Szene angehörte, er werde in ein Asylbewerberheim gehen und Asylanten „abschlachten“, „umbringen“, „fertig machen“ oder „platt machen“. Mit einer Machete in der Hand betrat er das Asylbewerberheim und rief wiederholt: „Heil Hitler!“, „Scheiß Ausländer!“, „Sieg Heil!“, „Schaut’s dass ihr euch aus unserem Land verpisst’s!“ und „Arschlöcher!“. Zunächst schlug er mit der Machete gegen eine von innen abgesperrte Wohnungseingangstür. Diese öffnete das Tatopfer um etwa 30 Zentimeter. In diesem Moment schlug der Täter mit der Machete waagrecht auf Brust- bzw. Bauchhöhe in Richtung der Tür. Als das Opfer die Machete auf sich zukommen sah, schloss es die Tür, so dass der Schlag nur die Tür traf. Nachdem das Opfer sie versperrt hatte, schrie der Täter: „Mach die Tür auf! Scheiße!“ und schlug erneut gegen diese. Das Opfer versperrte die Tür, auf welche der Täter weiter einschlug, und flüchtete zunächst aus einem Fenster, kehrte anschließend jedoch in das Asylbewerberheim zurück, um den Täter aus dem Haus zu locken. Der Täter folgte dem Opfer, das auf die Straße zurückwich. Als es ins Stolpern geriet, näherte sich der Täter ihm bis auf einen Abstand von einem Meter, holte mit der Machete auf Schulterhöhe seitlich aus und schlug in Richtung des linken Oberkörpers des Opfers. Dabei nahm er eine lebensgefährliche Verletzung zumindest billigend in Kauf. Das Opfer konnte dem Schlag jedoch ausweichen und dem Täter einen Stoß versetzen, so dass dieser stürzte und die Machete aus der Hand verlor. Der am Boden liegende und „Ich bin Deutschland“ rufende Täter konnte bis zum Eintreffen der Polizei fixiert werden. Nach seiner Festnahme fiel er durch einen torkelnden Gang, eine verwaschene Aussprache und Unruhe auf. Seine Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit betrug etwa drei Promille; infolge der Alkoholisierung war seine Steuerungsfähigkeit erheblich vermindert. Einen direkten Tötungsvorsatz verneinte das LG Regensburg damit, dass der Täter den Tod des Opfers „nicht in nachdrücklicher Weise“ anstrebte.<sup>63</sup> Doch auch einen bedingten Tötungsvorsatz konnte das LG nicht erkennen: Zwar stellte es das objektive Tatgeschehen in die Beweiswürdigung ein, erkannte dessen Gefährlichkeit und wertete diese als für einen bedingten Tötungsvorsatz sprechend. Dennoch verneinte es den Eventualvorsatz aufgrund gegenläufiger vorsatzkritischer Faktoren: Erstens sei die Tat nicht nach längerer Vorplanung, sondern aus einem spontanen Entschluss heraus begangen worden. Zweitens habe der Täter im Zustand deutlicher Alkoholisierung und deshalb erheblich verminderter Schuldfähigkeit gehandelt, wobei es naheliege, dass er aufgrund seiner alkoholbedingten Enthemmung besonders unüberlegt vorgeing. Drittens sei kein überzeugendes konkretes Tötungsmotiv erkennbar: Mit Blick auf seine politische Gesinnung sowie sein Vorleben und sein Wesen, hätte das Handeln mit Tötungsvorsatz einen radikalen Bruch in seiner Persönlichkeit bedeutet. Die dieser Einschätzung widersprechenden Täteräußerungen, wie er mit den Asylbewerbern verfahren wolle, hat das LG dahin gedeutet, sie könnten auch nur „verbale Kraftmeierei“ darstellen oder nur einem Körperverletzungsvorsatz

<sup>63</sup> BGH NStZ 2018, 37, 38 = HRRS 2017 Nr. 995.

Ausdruck verleihen.<sup>64</sup> Der 3. Strafsenat sieht die auf diese Argumentation gestützte Ablehnung des Tötungsvorsatzes als „tragfähig begründet“ an, dagegen wäre „revisionsrechtlich im Ergebnis [...] nichts zu erinnern“.<sup>65</sup>

Dem gegenüber steht eine Entscheidung des 1. Strafsenats vom 5. Dezember 2017, in der ein anderes Urteil des LG Regensburg aufgehoben wurde.<sup>66</sup> Im zugrunde liegenden Fall kam es zunächst zwischen alkoholisiertem Täter und Opfer zu einer kurzen verbalen und geringfügig tätlichen Auseinandersetzung, wobei der Streit durch das Eingreifen Dritter beendet und der Täter in sein Zimmer verbracht werden konnte. Kurze Zeit später kehrte er zurück, trat die Tür zu dem Zimmer ein, in dem sich das Opfer aufhielt, und griff es mit einem Messer bewaffnet an. Der Täter äußerte, er werde das Opfer umbringen, und stach dreimal von oben nach unten in Richtung von dessen Oberkörper. Das Opfer konnte die Stiche jeweils abwehren. Nach dem dritten Stich wurde der Täter durch das Eingreifen Dritter von weiteren Angriffen abgehalten. Das LG verneinte einen bedingten Tötungsvorsatz, vor allem auf vier „Aspekte gestützt, denen es »gewichtige« indizielle Bedeutung“ beimaß: Es habe sich um eine Spontantat gehandelt, der Täter sei alkoholbedingt enthemmt gewesen, wohin der Täter stechen haben wolle, sei nicht näher eingrenzbar, und schließlich sei kein „überzeugendes konkretes Tötungsmotiv“ erkennbar.<sup>67</sup> Der BGH moniert in seiner Entscheidung, dass die Erwägungen zur objektiven Gefährlichkeit der Messerstiche lückenhaft seien, da das mehrfache Einstechen, das lediglich durch das Eingreifen Dritter beendet wurde, nicht berücksichtigt wurde. Dass die geäußerte Tötungsabsicht vom LG als „verbale Kraftmeierei“ oder als „Ausdruck von Erregung“ relativiert wurde, beruhe ebenfalls auf einer lückenhaften Beweiswürdigung, weil sie unberücksichtigt lasse, dass der Täter bereits zuvor in eine tätliche Auseinandersetzung verwickelt war und er anschließend erneut die Konfrontation suchte, diesmal sogar aufgerüstet mit einem Messer. Dadurch dass das LG diesen Umstand nicht berücksichtige, erscheine auch die Annahme der „Spontaneität der Tat nicht ausreichend belegt“. Der BGH vermisst im Zusammenhang mit dem vermeintlich fehlenden Tatmotiv ebenfalls eine Beschäftigung mit der vorausgegangenen Auseinandersetzung sowie der hochgradigen Aggressivität des Täters. Schließlich kritisiert der BGH die lediglich formelhafte Vornahme der Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände; diese dürfe „sich nicht darauf beschränken, die jeweiligen Indizien gesondert zu erörtern und auf ihren jeweiligen Beweiswert zu prüfen“.<sup>68</sup>

Der Auffassung des BGH ist uneingeschränkt zuzustimmen: Spontaneität anzunehmen, trotz tätlichen Vorgehens, Rückzug des Täters und erneutem, diesmal hochgerüsteten Angriffs, ist wirklichkeitsfern und nicht revisionsfest begründet, weil die entsprechenden Umstände noch nicht einmal in Erwägung gezogen wurden. Die vom Täter geäußerte Absicht, sein Opfer töten zu

<sup>64</sup> BGH NStZ 2018, 37, 38 f. = HRRS 2017 Nr. 995.

<sup>65</sup> BGH NStZ 2018, 37, 38 = HRRS 2017 Nr. 995.

<sup>66</sup> BGH NStZ 2018, 206 ff. = HRRS 2018 Nr. 179.

<sup>67</sup> BGH NStZ 2018, 206 = HRRS 2018 Nr. 179.

<sup>68</sup> BGH NStZ 2018, 206, 207 = HRRS 2018 Nr. 179.

wollen, darf nicht mit einer formelhaften Begründung, darin läge nur „verbale Kraftmeierei“, abgetan werden. Darzulegen wären vielmehr tatsächliche Umstände, die diese Annahme belegen, etwa dass der Täter generell vom Charakter ein „Großmaul“ ist, jemand der die „Klappe aufreißt“, aber seinen Worten keine Taten folgen lässt. Ein Tötungsmotiv mag für das LG nicht erkennbar gewesen sein, doch dürfte, wie in so vielen Tötungsfällen, die blinde Aggressivität des Täters bestimmender Antrieb gewesen sein. Dass sich eine solche Motivation einem ruhig-rational denkenden Trichter nicht erschließt, mag menschlich nachvollziehbar sein, juristisch falsch ist es jedoch, in solchen Fällen einen Tötungsvorsatz mit schlichtem Hinweis auf ein fehlendes Motiv abzulehnen.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Siehe auch Hörnle NJW 2018, 1576, 1578: Tatgerichte müssen der Versuchung widerstehen, Einstellungen und Wertungen aus ihrem sozialen Umfeld den Angeklagten zuzuschreiben.

## V. Fazit

Was können Studierende und Referendar\_innen aus den hier vorgestellten Grundsätzen und Entscheidungen mitnehmen? Zum einen: Der Weg ist das Ziel! Zum anderen: Den Mutigen gehört die Welt! Wer in einer Prüfungssituation vor einem Sachverhalt sitzt und sich mit der Frage konfrontiert sieht, ob der Täter mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte, der muss keine Angst davor haben, sich für oder gegen dessen Annahme zu entscheiden. Denn wichtig ist nicht die Entscheidung, sondern allein die Begründung. Wer lückenlos auf alle im Sachverhalt beschriebenen Umstände eingeht und diese in ihrer Gesamtheit widerspruchsfrei bewertet, sollte immer zu einem vertretbaren Ergebnis gelangen, da nicht das Ergebnis für die Korrekturbewertung zählt, sondern der Lösungsweg. In diesem Zusammenhang ist es auch Klausurerstellenden dringend anzuraten, entsprechende Hinweise an ihre Korrekturkräfte zu geben.

### Aufsätze und Anmerkungen

# Die Bedeutung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten für die Einwilligung in die Körperverletzung

Von Katrina Iversen, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg

## I. Einführung

In der strafrechtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass jede die körperliche Integrität berührende Maßnahme des Arztes eine tatbestandliche Körperverletzung darstellt. Diese bedarf, um eigenmächtige Eingriffe auszuschließen, einer besonderen Rechtfertigung, einer Einwilligung,<sup>1</sup> welche eine angemessene Aufklärung voraussetzt.<sup>2</sup> Die Anforderungen an die zivilrechtliche Aufklärungspflicht sind in §§ 630c ff. BGB kodifiziert. Es ist intensiv diskutiert worden, inwiefern die zivilrechtlichen Aufklärungspflichten zwingende Wirksamkeitsmaßstäbe für die Einwilligung im Strafrecht darstellen. Um

<sup>1</sup> Ständige Rspr. seit RGSt 25, 375; BGH NJW 2011, 1088, 1089 = HRRS 2011 Nr. 284; Knauer/Bose, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. (2014), § 223 Rn. 16. Andere vertreten die Ansicht, dass der medizinische Eingriff dem Tatbestand der §§ 223 ff. StGB nicht unterfällt: Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 223 Rn. 30.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 1979, 1925, 1929; BGH NJW 2004, 3703 sog. „informed consent“ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, 7. Aufl. (2015), V. Rn. 5.

die strafrechtliche Bedeutung der zivilrechtlichen Aufklärungspflicht näher zu untersuchen, werden zunächst die zivilrechtlichen Aufklärungspflichten betrachtet (II.) und auf das Strafrecht übertragen (III.). Schließlich werden die Gründe für eine reduzierte Übertragung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten in das Strafrecht geltend gemacht (IV.) und eine mögliche Ausgestaltung dieser vorzugswürdigen Lösung vorgeschlagen (V.).

## II. Die zivilrechtlichen Aufklärungspflichten

Die Rechtmäßigkeit der konkreten Behandlungsmaßnahme ist im Zivilrecht davon abhängig, ob der Patient in diese einwilligt (vgl. § 630d BGB). Voraussetzung der Einwilligung ist eine angemessene Aufklärung.<sup>3</sup> Die zivilrechtliche Aufklärungspflicht dient primär der Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> BVerfG NJW 1979, 1925, 1929; BGH NJW 2004, 3703; Burgert JA 2016, 246, 247.

<sup>4</sup> BGH NJW 1979, 1925, 1929 f.; BT-Drs. 17/10488, S. 24; Weidenkaff, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch,



## 1. Aufklärungsarten

Üblicherweise wird bei der zivilrechtlichen Selbstbestimmungsaufklärung zwischen Risiko-, Diagnose- und Verlaufsaufklärung unterschieden. Die Aufklärungsarten gehen zum Teil fließend ineinander über.

Die Risikoaufklärung verdeutlicht dem Patienten die Gefahren eines konkreten ärztlichen Eingriffs.<sup>5</sup> Dem Patienten soll das Gewicht der medizinischen Indikation, aber auch die Schwere der Schadensfolgen für die Lebensführung im Fall der Risikoverwirklichung verdeutlicht werden.<sup>6</sup> Gegenstand der Risikoaufklärung sind alle behandlingstypischen Risiken, deren Kenntnis beim medizinischen Laien nicht vorausgesetzt werden, aber für die Entscheidung des konkreten Patienten erheblich sein können.<sup>7</sup> Die Diagnoseaufklärung umfasst die Information des Patienten über den medizinischen Befund,<sup>8</sup> wohingegen die Verlaufsaufklärung sich auf Verlauf und Folgen der Krankheit, falls eine Behandlung nicht akzeptiert wird, sowie auf Art, Umfang und Durchführung des Eingriffs erstreckt.<sup>9</sup> Unter Umständen kann das Selbstbestimmungsrecht auch eine Unterrichtung über alternative Behandlungsmöglichkeiten begründen, vor allem dann, wenn mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Wahl stehen.<sup>10</sup>

## 2. Umfang der zivilrechtlichen Selbstbestimmungsaufklärung

Der Arzt ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentliche Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme. Der Umfang der erforderlichen Aufklärung hängt von den Umständen des konkreten Falles ab und wurde im Wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelt.<sup>11</sup> Diese hat keine Richtwerte festgelegt, wann über ein Risiko aufgeklärt werden muss.<sup>12</sup> Der Patient muss „im Großen und Ganzen“ wissen, wozu er einwilligt.<sup>13</sup> Obigem Grundsatz wird durch im Einzelfall „lebensfremde“<sup>14</sup> Anforderungen widersprochen. Beispielsweise hat eine Aufklärung bei eingriffsspezifischen Risiken auch dann zu erfolgen, wenn die Schadenshäufigkeit bei 1:4,4 Millionen liegt.<sup>15</sup> Daher muss der Arzt stets eine Einzelfallbetrachtung vornehmen und ermitteln, in welchem Umfang er aufzuklären hat. Dies ist im hektischen Berufsalltag

77. Aufl. (2018), § 630e Rn. 1; *Spickhoff* a.a.O. (Fn. 1), § 630e Rn. 1.

<sup>5</sup> *Terbille*, in: *Terbille* (Begr.), Münchener Anwalts Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl. (2013), § 1 Rn. 300.

<sup>6</sup> *Greiner*, in: *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. (2014), C. Rn. 42.

<sup>7</sup> *Greiner* a.a.O. (Fn. 6), C. Rn. 49.

<sup>8</sup> *Terbille* a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rn. 293.

<sup>9</sup> *Katzenmeier* a.a.O. (Fn. 2), V. Rn. 14.

<sup>10</sup> BGH NJW 2005, 1718, 1719; BGH NJW 2004, 3703, 3704; *Terbille* a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rn. 311.

<sup>11</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 24; BGH NJW 1980, 1905, 1907.

<sup>12</sup> BGH NJW 1972, 335, 337.

<sup>13</sup> Ständige Rechtsprechung vgl. BGH NJW 2011, 375; BGH NJW 1984, 1397, 1398; BGH NJW 1959, 811, 813.

<sup>14</sup> *Katzenmeier* a.a.O. (Fn. 2), V. Rn. 75.

<sup>15</sup> BGH NJW 2000, 1784, 1785.

eines Arztes oft illusorisch. Es droht eine Unsicherheit auf Seiten der Ärzte, die sich permanent der Gefahr ausgesetzt sehen, sich haftbar zu machen und daher meist eine Totalaufklärung vornehmen werden.

## III. Konsequenzen einer vollständigen Übertragung

### 1. Strafbarkeit des Arztes wegen vorsätzlicher und fahrlässiger Körperverletzung

In der Literatur und Rechtsprechung wird oft darauf hingewiesen, dass die zivilrechtlichen Anforderungen an die Aufklärungspflicht im Strafrecht ebenso zu beachten sind und eine Verletzung der Aufklärungspflicht zur Unwirksamkeit der strafrechtlichen Einwilligung führt.<sup>16</sup>

Der ärztliche Heileingriff erfüllt den Tatbestand der Körperverletzung und bedarf zu seiner Rechtmäßigkeit einer wirksamen Einwilligung. Ob wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Körperverletzung bestraft werden kann, hängt davon ab, ob die Aufklärung vorsätzlich oder fahrlässig unzureichend war.<sup>17</sup>

#### a) Vorsätzliche Körperverletzung

Klärt der Arzt vorsätzlich unzureichend auf und unterliegt der Patient bei der Einwilligung einem Aufklärungsmangel, ist es umstritten, wann die Einwilligung unwirksam ist. Nach einer Ansicht ist jede auf Täuschung beruhende Einwilligung unwirksam.<sup>18</sup> Somit wäre, geht man von einer uneingeschränkten Übertragung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten aus, jede auf fehlender oder mangelhafter Aufklärung beruhende Einwilligung unwirksam.

Nach anderer Ansicht ist die Einwilligung nur bei rechtsbezogenen Irrtümern unwirksam.<sup>19</sup> Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte ist die körperliche Unversehrtheit.<sup>20</sup> Der erforderliche Rechtsbezugsbezug lässt sich bei fehlender oder mangelhafter Aufklärung oft nicht eindeutig feststellen. Insbesondere bei einer mangelhaften Aufklärung über die Diagnose oder Behandlungsalternativen ist die Frage nach dem erforderlichen Rechtsbezugsbezug nicht zweifelsfrei zu beantworten.<sup>21</sup> Bei einer

<sup>16</sup> BGH NJW 2011, 1088, 1089 = HRRS 2011 Nr. 248; *Spickhoff* a.a.O. (Fn. 1), § 630e Rn. 1; *Lechner* MedR 2013, 429, 432; *Dölling*, in: *Dölling/Duttge/Rössner/König* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. (2017), § 228 Rn. 17; *Fischer*, *StGB*, 65. Aufl. (2018), § 228 Rn. 13 ff.

<sup>17</sup> *Roxin*, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (2008), Bd. 1, § 13 Rn. 112; *Rönnau*, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, S. 425.

<sup>18</sup> *Rönnau* JuS 2007, 18, 19; *Roxin* a.a.O. (Fn. 17), § 13 Rn. 97.

<sup>19</sup> *Joecks*, in: *Joecks/Miebach*, *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Aufl. (2017), § 223 Rn. 86; *Eser/Sternberg-Lieben* a.a.O. (Fn. 1), § 223 Rn. 39; *Arzt*, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, S. 20 ff.

<sup>20</sup> *Kühl*, in: *Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch*, 28. Aufl. (2014), § 223 Rn. 1; *Joecks* a.a.O. (Fn. 19), § 223 Rn. 1.

<sup>21</sup> Dazu auch *Immig*, *Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht: Eine kritische Betrachtung der Übertragung*

unzureichenden Diagnoseaufklärung hat der Patient zwar – ist die Aufklärung im Übrigen gelungen – eine hinreichend genaue Vorstellung, wie sich der konkrete Eingriff auf seine körperliche Integrität auswirkt,<sup>22</sup> aber man könnte einen solchen Irrtum durchaus auch als rechts-gutsbezogen qualifizieren, da der Patient die körperliche Unversehrtheit nur aufgrund der fehlerhaften Diagnose preisgibt.<sup>23</sup> Auch bei der mangelhaften Aufklärung über Behandlungsalternativen irrt der Patient nicht über den konkreten Eingriff, es liegt somit auch hier auf den ersten Blick kein unmittelbar rechtsgutsbezogener Irrtum vor. Andererseits kann man jedoch argumentieren, dass eine Aufklärung über Behandlungsalternativen gleichzeitig eine Aufklärung über die mit diesen verbundene körperliche Risiken und Belastungen ist und daher als rechtsgutsbezogen zu qualifizieren ist.<sup>24</sup>

### b) Fahrlässige Körperverletzung

Klärt der Arzt fahrlässig falsch auf, kommt eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung regelmäßig in Betracht. Mit seiner unüberschaubaren Kasuistik ist eine Übertragung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten auf den Sorgfältigkeitsmaßstab im Strafrecht bedenklich. Der Arzt kann dem von ihm erwarteten Sorgfaltsmaßstab oft nur schwer nachkommen und handelt schnell sorgfaltswidrig. Der subjektive Maßstab ist durchaus geeignet, den ausufernden objektiven Sorgfaltsmaßstab zu begrenzen. Vielen Sachverhalten kann jedoch durch die Figur des Übernahmeverschuldens Einhalt geboten werden.<sup>25</sup> Der persönliche Schuldvorwurf des Arztes ist oft zu bejahen, denn der Arzt kann sich im Rahmen der Aufklärung sehr leicht absichern.<sup>26</sup> Er kann den Patienten ohne großen Aufwand umfangreicher aufklären, als er es für notwendig hält. Somit wird eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des Arztes wohl in einem Großteil der Fälle nicht an mangelnder subjektiver Vorwerfbarkeit scheitern.

Die Ausführungen verdeutlichen die Schwierigkeiten, die mit einer Übertragung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten in das Strafrecht einhergehen. Der rechtsgutsorientierte Lösungsansatz ermöglicht keine trennscharfe Abgrenzung, insbesondere, wenn sich der Aufklärungsfehler auf die Diagnose oder Behandlungsalternativen bezieht. Liegt ein Rechtsgutsbezug vor, kommt zumindest die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung regelmäßig in Betracht.

der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht, 2016, S. 76 ff.

<sup>22</sup> Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 65.

<sup>23</sup> So auch Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1997, S. 18; Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 76.

<sup>24</sup> So auch Immig, a.a.O. (Fn. 21), S. 77.

<sup>25</sup> BGH NJW 1998, 1802, 1803 f.; Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 107.

<sup>26</sup> Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 110.

## 2. Begrenzung der Strafbarkeit des Arztes bei Falschaufklärung durch die Konstruktion der hypothetischen Einwilligung

Der strafbegründende Effekt der weiten Aufklärungspflichten könnte durch das Institut der hypothetischen Einwilligung begrenzt werden. Die hypothetische Einwilligung, kodifiziert in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB, bestimmt, dass für den Fall, dass die Aufklärung den Anforderungen des § 630e BGB nicht genügt, der Behandelnde sich darauf berufen kann, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte. Auch wenn die Kausalität zu bejahen ist, so kann der Behandelnde als Folge der Lehre vom Zurechnungszusammenhang den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erheben.<sup>27</sup> An den Nachweis sind hohe Anforderungen zu stellen, damit das Aufklärungs- bzw. Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht unterlaufen wird.<sup>28</sup> Der Bundesgerichtshof hat die Figur zunächst nur im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung, seit 2003 aber auch für Vorsatzdelikte übernommen.<sup>29</sup> In der Literatur ist die Legitimität einer Übertragung der Rechtsfigur in das Strafrecht umstritten.<sup>30</sup> Innerhalb der Befürworter bestehen Kontroversen über die zutreffende dogmatische Verortung.<sup>31</sup> Die Anwendbarkeit im Strafrecht wird vor allem mit der Einheit der Rechtsordnung und dem strafrechtlichen Ultima-ratio-Prinzip begründet.<sup>32</sup>

Ein Großteil der Literatur lehnt die hypothetische Einwilligung im Strafrecht jedoch ab.<sup>33</sup> Es wird eingewandt, dass die hypothetische Einwilligung das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nicht hinreichend berücksichtigt, da die Patientenautonomie nachträglich schlicht nicht mehr herstellbar ist.<sup>34</sup> Auch wird kritisiert, dass die Frage, wie sich ein Patient bei alternativem Kenntnisstand entschieden hätte, in bloße Mutmaßungen münde<sup>35</sup> und die hypothetische Einwilligung die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung untergrabe, indem sie die Selbstbestimmung einer irrtumsanfälligen Rekonstruktion gleichstelle.<sup>36</sup>

Unzutreffend ist ferner der Vergleich der hypothetischen Einwilligung mit der Konstellation des rechtmäßigen

<sup>27</sup> Terbille a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rn. 390.

<sup>28</sup> BGH NJW 2007, 2767, 2770; BGH NJW 1991, 2342, 2344; Terbille a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rn. 393.

<sup>29</sup> BGH NStZ-RR 2007, 340 = HRRS 2007 Nr. 727; BGH NStZ 2004, 442 = HRRS 2004 Nr. 193; BGH NStZ 1996, 34, 35.

<sup>30</sup> Zum Streitstand: Joecks a.a.O. (Fn. 19), § 223 Rn. 112 ff.

<sup>31</sup> Conrad/Koranyi JuS 2013, 979, 982; Kuhlen, in: Festschrift für Roxin (2001), S. 331, 337; Rönnau JZ 2004, 801 Stichwort „rechtmäßiges Alternativverhalten“; Roxin a.a.O. (Fn. 17), § 13 Rn. 122 „strafausschließend.“

<sup>32</sup> Böcker JZ 2005, 925, 928.

<sup>33</sup> Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. (2017), Vorb. §§ 32 ff. Rn. 168a; Eser/Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 1), § 223 Rn. 40h; Joecks a.a.O. (Fn. 19), § 223 Rn. 119; Gaede a.a.O. (Fn. 22), S. 36; Roxin medstra 2017, 129, 134; Sowada NStZ 2012, 1, 10; Puppe GA 2003, 764, 770; jetzt auch: Rönnau JuS 2014, 882, 885.

<sup>34</sup> Sowada NStZ 2012, 1, 7; Conrad/Koranyi JuS 2013, 979, 983.

<sup>35</sup> Puppe GA 2003, 764, 768 f.; Otto Jura 2004, 679, 683.

<sup>36</sup> Gaede a.a.O. (Fn. 22), S. 19; Sowada NStZ 2012, 1, 7 f.

Alternativverhaltens. Der Prüfumfang bei der Bestimmung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs beschränkt sich darauf, den vorwerfbaren Tatumstand wegzudenken und durch sorgfaltsgemäßes Verhalten zu ersetzen.<sup>37</sup> Bei der hypothetischen Einwilligung wird aber darüber hinaus auch die Reaktion des Patienten auf die fiktive Aufklärung hinzugedacht.<sup>38</sup> Gegen das Argument des Gleichlaufs von Straf- und Zivilrecht kann zudem vorgebracht werden, dass die Wirkung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht weit über die im Zivilrecht hinausgeht.<sup>39</sup> Im Zivilrecht reicht es aus, dass der Patient darlegt, er hätte sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt bezüglich der Vornahme des Eingriffs befunden.<sup>40</sup> Im Strafverfahren muss dem Arzt hingegen nachgewiesen werden, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht in die Operation eingewilligt hätte.<sup>41</sup> Verbleiben diesbezüglich Zweifel, ist in dubio pro reo davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erteilt worden wäre.<sup>42</sup> Aufklärungsmängel könnten im Strafrecht somit gänzlich irrelevant werden.<sup>43</sup>

Die hypothetische Einwilligung liefert somit keine hinreichende Begründung für den Ausschluss des Körperverletzungsunrechts und ist nicht in das Strafrecht zu übertragen.<sup>44</sup> Die weite Strafbarkeit des Arztes, die aus einer uneingeschränkten Übertragung der Aufklärungspflichten resultieren würde, kann damit nicht begrenzt werden.

## IV. Begrenzung der strafbegründenden Funktion der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten

Aus den bisherigen Erwägungen ergibt sich, dass eine uneingeschränkte Übertragung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten nicht überzeugt. Ein überzeugender Ansatzpunkt könnte eine reduzierte Übertragung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten in das Strafrecht sein. Für und gegen eine Reduzierung der strafrechtlichen Aufklärungspflicht können verschiedene Überlegungen angestellt werden.<sup>45</sup>

### 1. Einheit der Rechtsordnung

Es wird vertreten, dass die Rechtswidrigkeit von Aufklärungsfehlern im Zivil- und Strafrecht einheitlich beurteilt werden muss.<sup>46</sup> Aus dem Ultima-ratio-Prinzip folgt, dass ein zivil- oder öffentlich-rechtlicher Rechtfertigungs-

grund auch die strafrechtliche Rechtmäßigkeit mit sich bringt.<sup>47</sup> Dies könnte bedeuten, dass eine weitergehende Rechtfertigung im Strafrecht ausgeschlossen ist. Andere hingegen bejahen die Möglichkeit einer speziellen „Strafrechtswidrigkeit.“ Diese ist demnach notwendig, um aus den rechtswidrigen Verhaltensweisen die Verhaltensweisen herauszufiltern, die strafrechtlich relevantes Unrecht darstellen. Dies resultiert aus dem Umstand, dass es sich bei der strafrechtlichen Ahndung um die gravierendste Form der Verhaltensmissbilligung handelt.<sup>48</sup> Zweck des Zivilrechts ist es, durch finanziellen Schadensausgleich den status quo ante herzustellen, im Strafrecht hingegen soll grob sozialwidriges Verhalten unterbunden werden.<sup>49</sup> Diese beiden Zwecke gilt es zu berücksichtigen und demnach auch auf Rechtfertigungsebene zu differenzieren. Die Einwilligung stellt demzufolge eine eigenständige Figur des Strafrechts dar, die nicht nach zivilrechtlichen Vorschriften, sondern nach strafrechtspezifischen Maßstäben beurteilt wird.<sup>50</sup> Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung steht einer reduzierten Übertragung der zivilrechtlichen Anforderungen somit nicht entgegen.

## 2. Schutz des Patienten

Einer Begrenzung der Aufklärungspflichten könnte man auch mit dem Argument entgegenreten, dass die hohen Anforderungen im Zivilrecht dem Schutz des Patienten dienen und eine Begrenzung der Anforderungen dazu führen würde, dass Ärzte nachlässiger aufklären.<sup>51</sup> Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass Ärzte als Folge mangelhafter Aufklärung durchaus zivilrechtlich haften müssen und ein zivilrechtlicher Prozess mit Prestigeverlust und psychischen Belastungen verbunden ist.<sup>52</sup> Der Arzt wird sich daher auch unabhängig von einer möglichen Strafbarkeit bemühen, ordnungsgemäß aufzuklären. Ferner muss berücksichtigt werden, dass zu umfassende Aufklärungspflichten sich durchaus nachteilig für den Patienten auswirken können und zum Beispiel Verwirrung stiften.

<sup>37</sup> BGH NJW 2004, 237, 238 = HRRS 2004 Nr. 57; BGH NJW 1985, 1350, 1351.

<sup>38</sup> Gaede a.a.O. (Fn. 22), S. 22.

<sup>39</sup> Conrad/Koranyi JuS 2013, 979, 983.

<sup>40</sup> BGH NJW 2009, 1209, 1211; BGH NJW 2007, 217, 219; BGH NJW 1994, 799, 801.

<sup>41</sup> BGH NStZ 2012, 205, 206 = HRRS 2011 Nr. 1135; BGH NStZ 1996, 34, 35.

<sup>42</sup> Conrad/Koranyi JuS 2013, 979, 982.

<sup>43</sup> Eser/Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 1), § 223 Rn. 40h.

<sup>44</sup> So auch AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-44/15 (juris), Rn. 25.

<sup>45</sup> So bereits Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 143 ff.

<sup>46</sup> Spickhoff ZRP 2012, 65, 68.

<sup>47</sup> Rönnau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl. (2006), vor § 32 Rn. 21; Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 165.

<sup>48</sup> Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, S. 394; Sternberg-Lieben, in: Festschrift für Beulke (2015), S. 299, 307.

<sup>49</sup> Eser/Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 1), § 223 Rn. 40b; Ulsenheimer, in: Ulsenheimer (Hrsg.), Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. (2015), Kap. 1 Rn. 319.

<sup>50</sup> BGH NJW 1999, 372; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: StGB, 28. Aufl. (2014), Vorb. § 32 Rn. 16; Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 168.

<sup>51</sup> Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 169 ff.

<sup>52</sup> Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 170; Sternberg-Lieben, in: Festschrift für Beulke (2015), S. 299, 307.

### 3. Bestimmtheitsgrundsatz Art. 103 Abs. 2 GG und Rechtssicherheit

Soweit Rechtfertigungsgründe im Strafgesetzbuch geregelt sind, sollen diese Art. 103 Abs. 2 GG unterfallen.<sup>53</sup> Das Zivilrecht fordert bei genauer Betrachtung mehr als eine Aufklärung im „Großen und Ganzen.“<sup>54</sup> Ein Verweis auf das Zivilrecht führt dazu, dass es selbst für einen erfahrenen Juristen sehr schwer ist, zu prognostizieren, wie umfangreich aufgeklärt werden muss. Eine Begrenzung der Aufklärungspflichten würde mehr Bestimmtheit bedeuten und dem Arzt ermöglichen, strafbares von nicht strafbarem Verhalten besser abgrenzen zu können. Sie würde mehr Rechtssicherheit schaffen. Auch würde dies in vielen Fällen einen Rückgriff auf die hypothetische Einwilligung im Strafrecht entbehrlich machen und somit die Unsicherheiten, die mit einer hypothetischen Einwilligung einhergehen, beseitigen.

### 4. Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte

Die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts in den Körperverletzungsdelikten hat Auswirkungen auf den Aufklärungsumfang. Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte ist die körperliche Unversehrtheit.<sup>55</sup> Da die Selbstbestimmungsaufklärung des Zivilrechts die Selbstbestimmung des Patienten schützt, muss bestimmt werden, ob die §§ 223 ff. StGB das Selbstbestimmungsrecht überhaupt schützen und wenn ja, wie weit dieser Schutz reicht.

Nach einer Auffassung ist das Selbstbestimmungsrecht in den Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte miteinbezogen.<sup>56</sup> Einer solchen Einbeziehung wird zum Teil mit dem Argument widersprochen, dass diese den Unterschied zwischen Körperverletzungs- und Freiheitsdelikten zu verwischen droht, da nur die körperliche Integrität geschütztes Rechtsgut der §§ 223 ff. StGB sei.<sup>57</sup> Hiergegen kann man einwenden, dass eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts durch mangelhafte Aufklärung dann nicht ausreichend geahndet werden würde, da die Freiheitsdelikte in Sachverhalten mangelhafter Aufklärung meist nicht betroffen sind.<sup>58</sup> Außerdem ist die Selbstbestimmung oft nicht von der körperlichen Unversehrtheit zu trennen, da Körper und Wille verbunden

sind.<sup>59</sup> Das Selbstbestimmungsrecht ist daher auch ein Schutzgut der §§ 223 ff. StGB.

Unklar ist das Ausmaß des Schutzes. Nach einer Ansicht stehen körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung alternativ und eigenständig nebeneinander.<sup>60</sup> Begründet wird dies mit der andererseits drohenden Gefahr einer Degradierung zum Objekt sowie Patientenschutz Gesichtspunkten.<sup>61</sup> Nach anderer Ansicht können Rechtsgut und Verfügungsbefugnis nicht voneinander getrennt werden, und das Selbstbestimmungsrecht soll daher nicht eigenständiges Rechtsgut der §§ 223 ff. StGB sein.<sup>62</sup> Dafür sprechen vor allem teleologische Erwägungen: Der Schutz der Körperverletzungsdelikte darf nicht soweit gehen, dass das Körperliche aufgehoben wird und das Rechtsgut ein rein psychisches wird.<sup>63</sup> Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts geht nur so weit, als der Betroffene keine materialen Einbußen seines gesundheitlichen Wohles oder seiner körperlichen Verfassung ohne sein Einverständnis hinnehmen muss.<sup>64</sup> Die §§ 223 ff. StGB schützen hiernach primär das körperliche Wohlbefinden, die Dispositionsfreiheit ist lediglich miteinbezogen.<sup>65</sup> Das Selbstbestimmungsrecht stellt somit kein eigenes Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte dar, wird aber als körperbezogenes Dispositionsrecht mitgeschützt. Die Aufklärungspflicht muss an diesen körperlichen Bezug angepasst werden.<sup>66</sup>

### 5. Aufklärungsmängel im Zivil- und Strafprozess

In einem Zivilprozess wird häufig dann auf einen Aufklärungsfehler abgestellt, wenn ein sog. Kunstfehler im Rahmen einer nicht erfolgreichen medizinischen Behandlung kritisiert wird.<sup>67</sup> Eine Verletzung der Aufklärungspflichten dient in solchen Fällen als „Auffangtatbestand“.<sup>68</sup> Aufklärungsfehler sind nämlich vom Arzt zu beweisen, die oft schwierig zu bewältigende Beweislast für Behandlungsfehler im engeren Sinne liegt hingegen beim Patienten.<sup>69</sup> Somit besteht die Gefahr eines Missbrauchs des Aufklärungsrechts allein für Haftungs Zwecke.<sup>70</sup> Eine Überdehnung der Aufklärungspflicht ermög-

<sup>53</sup> Herrschende Meinung: *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 1 Rn. 13; *Paeffgen/Zabel* a.a.O. (Fn. 33), Vorb. §§ 32 ff. Rn. 59.

<sup>54</sup> Zur Aufklärung im Großen und Ganzen vgl. BGH NJW 2011, 375; BGH NJW 1984, 1397, 1398.

<sup>55</sup> *Eser/Sternberg-Lieben* a.a.O. (Fn. 1), § 223 Rn. 1; *Kühl* a.a.O. (Fn. 50), § 223 Rn. 1; *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. (2017), § 223 Rn. 2.

<sup>56</sup> *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000, S. 68; *Wolters*, in: Rudolphi/Wolter, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. (2017), § 223 Rn. 55; *Eser* ZStW 97 (1985), 1, 22 f.

<sup>57</sup> *Lilie*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl. (2005), vor § 223 Rn. 1.

<sup>58</sup> *Immig* a.a.O. (Fn. 21), S. 154.

<sup>59</sup> *Roxin* a.a.O. (Fn. 17), § 13 Rn. 14; so auch BVerfG NJW 1981, 1655, 1656.

<sup>60</sup> *Tag* a.a.O. (Fn. 56), S. 92; *Wolters* a.a.O. (Fn. 56), § 223 Rn. 57.

<sup>61</sup> *Tag* a.a.O. (Fn. 56), S. 92.

<sup>62</sup> *Rönnau* JZ 2004, 801, 802; *Eser/Sternberg-Lieben* a.a.O. (Fn. 1), § 223 Rn. 31; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 534.

<sup>63</sup> *Eser* ZStW 97 (1985), 1, 18; Erfordernis eines somatischen objektivierbaren Zustandes: BGH NStZ 1997, 123; BGH NStZ-RR 2012, 340 = HRRS 2012 Nr. 798.

<sup>64</sup> *Eser/Sternberg-Lieben* a.a.O. (Fn. 1), § 223 Rn. 31.

<sup>65</sup> *Rönnau* JZ 2004, 801, 802; *Gaede* a.a.O. (Fn. 22), S. 52; *Sternberg-Lieben* GA 1990, 289, 293 f.

<sup>66</sup> So auch *Gaede* a.a.O. (Fn. 22), S. 51.

<sup>67</sup> *Ulsenheimer* a.a.O. (Fn. 49), Kap. 1 Rn. 319; *Müller*, in: Festschrift für Geiß (2000), S. 461; *Sternberg-Lieben*, in: Festschrift für Beulke (2015), S. 299, 307.

<sup>68</sup> *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), § 59 Rn. 3; *Ulsenheimer* NStZ 1996, 132.

<sup>69</sup> *Laufs* a.a.O. (Fn. 68), § 59 Rn. 3.

<sup>70</sup> Dazu auch BGH NJW 1984, 1397, 1399; BGH NJW 2007, 2771, 2773.

licht im Zivilrecht oft das Ergebnis, das unter Billigkeits-erwägungen und Mitleidsaspekten durchaus nachvollziehbar erscheinen mag. Diese kompensatorischen Beweggründe, die gegebenenfalls mitursächlich für die hohen Anforderungen an die Aufklärungspflicht im Zivilrecht sind, müssen jedoch bei der Übertragung in das Strafrecht berücksichtigt werden und dürfen nicht ohne weiteres eine Strafbarkeit des Arztes begründen. Ferner muss berücksichtigt werden, dass Ärzte sich ihrer zivilrechtlichen Haftung durch Versicherungen entziehen können und den Schadensersatz oft nicht eigenständig leisten müssen. Im Strafrecht ist eine solche Abwälzung gerade nicht möglich.

## 6. Zwischenergebnis

Neben dem ultima-ratio-Prinzip, dem Bestimmtheitsgrundsatz sowie der Wahrung der Rechtssicherheit sprechen vor allem die Schutzrichtung der Körperverletzungsdelikte und die Bedeutung von Aufklärungsmängeln im Zivilprozess für eine Reduzierung der Aufklärungspflichten im Strafrecht.

## V. Wann hat eine Verletzung der zivilrechtlichen Aufklärungspflicht Auswirkung auf die Wirksamkeit der Einwilligung?

### 1. Versuche der Begrenzung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten

In der Literatur wird ebenfalls vielerorts für eine Begrenzung der Aufklärungspflichten plädiert, nur über die Ausgestaltung ist man sich uneinig. Es wird vertreten, dass nur über bedeutende Risiken aufgeklärt werden muss,<sup>71</sup> eine Verwerflichkeitsprüfung zu erfolgen hat,<sup>72</sup> eine wirksame Einwilligung nur bei einer noch eigenverantwortlichen Entscheidung des Patienten möglich ist<sup>73</sup> oder eine Aufklärung nur bei hinreichendem Rechtsgutzug, statistisch häufigen Risiken und individueller Bedeutung für den jeweiligen Patienten zu erfolgen hat.<sup>74</sup>

Alle diese Ansätze haben gemein, dass sie versuchen, eindeutige Kriterien zu finden, um zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Aufklärungsmängeln zu unterscheiden. Allerdings bleiben sie alle recht unbestimmt. Die Frage, was bedeutende Risiken sind, mag kaum leichter zu beantworten sein als die Frage nach dem Umfang einer Aufklärung „im Großen und Ganzen.“ Auch ist eine einheitliche Einschätzung, wann eine ausgebliebene oder unzureichende Aufklärung als verwerflich anzusehen ist, aufgrund der Individualität der Patienten kaum möglich und führt zu erheblichen Unsicherheiten. Dasselbe gilt für das Kriterium der eigenverantwortlichen Entscheidung und individuellen Bedeutung: Die Kriterien zur Entscheidungsfindung sowie das individuelle Empfinden

divergieren von Patient zu Patient. Eine pauschalisierte Betrachtung ist kaum möglich und mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden.

Ähnliches gilt für den Vorschlag *Roxins*, eine Verletzung der Aufklärungspflicht nur dann als erheblich zu werten, wenn der Patient plausibel darlegt, dass er sich bei sachgerechter Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte.<sup>75</sup> Diese Ansicht hat gegenüber der hypothetischen Einwilligung den Vorteil, dass offenbleiben kann, wie ein Konflikt entschieden worden wäre, weniger Mutmaßungen erfolgen und die Reaktion des Patienten nicht hinzugedacht werden muss. Der Annahme, dass das Vorliegen eines Entscheidungskonflikts durchweg einer objektiven gerichtlichen Feststellung zugänglich ist,<sup>76</sup> kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Nachweis, dass ein innerer Entscheidungskonflikt bestanden hätte, ist nur schwer zu erbringen und kaum nachprüfbar. Verbleiben diesbezüglich Zweifel, ist der Arzt in dubio pro reo freizusprechen.<sup>77</sup> Dieser Ansatz wertet das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zudem zu hoch, die §§ 223 ff. StGB schützen primär die körperliche Unversehrtheit.

Im Interesse der Rechtssicherheit scheint es somit vorzugswürdig, auf ein objektives Kriterium abzustellen, das sich an dem Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte orientiert. In diese Richtung tendiert auch *Gaede*, der zwischen eingriffs- und nicht eingriffsbezogenen Aufklärungsmängeln differenziert und nur eingriffsbezogene Aufklärungsmängel für beachtlich hält.<sup>78</sup>

### 2. Der Körperbezug als Abgrenzungskriterium

Das Selbstbestimmungsrecht ist im Rahmen der Körperverletzungsdelikte lediglich als körperbezogenes Dispositionsrecht mitgeschützt, die §§ 223 ff. StGB schützen primär das körperliche Wohlbefinden. Diesen Grundsatz gilt es nun nach hier vertretener Ansicht konsequent zu übertragen. Jede Aufklärungspflicht, die darüber hinausgeht, ist von dem Schutzzweck der Körperverletzungsdelikte nicht erfasst und kann keine Strafbarkeit des Arztes begründen.

#### a) Diagnoseaufklärung

Bei der Diagnoseaufklärung soll der Patient über das „warum“, also die medizinische Ausgangslage, nicht über das „wie“ des Eingriffs aufgeklärt werden. Folgt man der Auffassung, dass lediglich über die Bedeutung des Eingriffs für das Rechtsgut Körperintegrität aufzuklären ist<sup>79</sup> und das Selbstbestimmungsrecht nur in diesem Rahmen geschützt wird, erscheint es konsequent, die mangelhafte Diagnoseaufklärung als unbeachtlich anzusehen. Die Diagnoseaufklärung betrifft lediglich das Motiv für den Eingriff, nicht den Eingriff selbst, der Patient weiß, in welchem Ausmaß er seine körperliche Unversehrtheit

<sup>71</sup> *Otto/Albrecht* Jura 2010, 264, 270.

<sup>72</sup> *Swoboda* ZIS 2013, 18, 31.

<sup>73</sup> *Saliger*, in: *Festschrift für Beulke* (2015), S. 257, 269 f.

<sup>74</sup> *Sternberg-Lieben*, in: *Festschrift für Beulke* (2015), S. 299, 311.

<sup>75</sup> *Roxin medstra* 2017, 129, 135 f.

<sup>76</sup> *Roxin medstra* 2017, 129, 136.

<sup>77</sup> *Conrad/Koranyi* JuS 2013, 979, 982.

<sup>78</sup> *Gaede a.a.O.* (Fn. 22), S. 63 f.

<sup>79</sup> *Sternberg-Lieben GA* 1990, 289, 295.

preisgibt.<sup>80</sup> Auch wenn diese Ansicht kritisiert wird,<sup>81</sup> so erscheint die Differenzierung in Anbetracht des Stellenwertes der Rechtsgüter der §§ 223 ff. StGB geboten. Der erschlichene Aids-Test<sup>82</sup> stellt demzufolge keine Körperverletzung dar, da der Patient weiß, inwiefern in seine körperliche Integrität eingegriffen wird, er irrt lediglich über den Sinngehalt.

### b) Verlaufsaufklärung

Die Verlaufsaufklärung will dem Patienten verdeutlichen, in welchem Ausmaß er seine körperliche Integrität im Rahmen der Erkrankung preisgibt und welche Auswirkungen der konkrete Eingriff auf sein körperliches Wohlbefinden hat. Diese Rechtsgutsbezogenheit führt dazu, dass die Verlaufsaufklärung Voraussetzung für eine wirkungsvolle Einwilligung im Strafrecht ist.

Unter Umständen kann sich die Aufklärungspflicht des Arztes auch auf Behandlungsalternativen beziehen. In diesem Bereich wurde in der strafrechtlichen Rechtsprechung bereits festgestellt, dass dieser Grundsatz nicht ohne weiteres in das Strafrecht übernommen werden kann.<sup>83</sup> Das Rechtsgut der §§ 223 ff. StGB wird von dieser Art der Aufklärung nicht tangiert, die Aufklärung über Behandlungsalternativen dient primär der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts.<sup>84</sup> Der Patient weiß schließlich, wie sich der Eingriff auf seine körperliche Integrität auswirkt. Verdeutlichen lässt sich dies an dem Surgibone-Dübel-Fall.<sup>85</sup> Der Arzt hatte in einer Operation an der Halsbandscheibe als Abstandhalter Rinderknochen verwendet, obwohl in Deutschland überwiegend Eigenknochen verwendet wurden. Physische – und damit für das Ausmaß des Eingriffs relevante – Vor- oder Nachteile hatten die Rinderknochen nicht. Der Arzt hatte den Patienten nicht darüber aufgeklärt, dass es alternative Materialien gibt und er die in Deutschland nicht zugelassenen Rinderknochen verwenden würde. Der Bundesgerichtshof hat hier eine hypothetische Einwilligung befürwortet. Stellt man auf den körperlichen Bezug ab, gelangt man ebenfalls zu einer Straflosigkeit. Die Rinderknochen waren medizinisch tragfähig und der Patient war über das Ausmaß des Eingriffs hinreichend informiert. Er irrte nicht über das Ausmaß des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit und die erteilte Einwilligung war wirksam.

### c) Risikoauflklärung

Insbesondere im Rahmen der Risikoauflklärung stellt die zivilrechtliche Rechtsprechung sehr umfangreiche Anforderungen an den Aufklärungsumfang.<sup>86</sup> Mit Blick auf die Bedeutung von Aufklärungsmängeln als Auffangtatbestände im Zivilrecht sowie den Schutzbereich der Kör-

perverletzungsdelikte gilt es auch hier, die Anforderungen im Strafrecht abzusenken.

Im Zivilrecht ist ein Patient über ein bestimmtes Risiko, auch wenn es typisch für den Eingriff ist, dann aufzuklären, wenn dessen Verwirklichung für ihn eine starke Belastung bedeuten würde oder generell für ihn überraschend ist.<sup>87</sup> Dies bringt eine erhebliche Unsicherheit mit sich, da es für den Arzt schwer ist zu bestimmen, wann ein Risiko für den Patienten überraschend ist oder wann dessen Verwirklichung eine starke Belastung bedeuten würde.

Im Zivilrecht wird auf die Eintrittswahrscheinlichkeit fast keine Rücksicht genommen.<sup>88</sup> Im Hinblick auf das Rangverhältnis der Rechtsgüter in §§ 223 ff. StGB spricht vieles dafür, die Eintrittswahrscheinlichkeit als Indikator miteinzubeziehen.<sup>89</sup> Die Eintrittswahrscheinlichkeit ist zwar lediglich eine statistische Wahrscheinlichkeit, sie ist jedoch auch der einzige Parameter, der vorab Auskunft darüber gibt, wie wahrscheinlich eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität ist. So kann eine Verbindung zwischen Risiken und dem primären Schutzgut der §§ 223 ff. StGB geschaffen werden. Würde man für die Relevanz der Aufklärung auf patientenspezifische Beweggründe wie auf dessen Kenntnisstand oder Belastung abstellen, so würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu hoch gewichtet werden. Somit hat nach strafrechtlicher Betrachtung ein Arzt einen Patienten nur über die Risiken aufzuklären, deren Verwirklichung nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegen.<sup>90</sup> Hier sollte die Rechtsprechung einheitliche Richtwerte festlegen.

Im Zivilrecht muss der Arzt, wendet er eine neue Methode an oder weicht von den Methoden der Schulmedizin ab, den Patienten auch in dieser Hinsicht aufklären.<sup>91</sup> Auch aus strafrechtlicher Sicht hat eine Aufklärung zu erfolgen, da zum einen die konkrete Durchführung des Eingriffs betroffen ist, zum anderen die Eintrittswahrscheinlichkeit oft höher ist als bei standardgemäßem Vorgehen. Der Arzt unterliegt beispielsweise einer Aufklärungspflicht, wendet er, abweichend von dem medizinischen Standard, herkömmlichen Zitronensaft zur Wundheilung an.<sup>92</sup> Auch die Aufklärung über die Person des Behandelnden ist im Strafrecht von Bedeutung, wenn Person, Erfahrung oder Operationsweise Auswirkung auf den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit haben.

Andere Wertungen ergeben sich bei Außenseiter- oder Neulandmethoden oder der Person des Behandelnden jedoch, wenn die Abweichung keine oder nur minimale Auswirkungen auf die Eintrittswahrscheinlichkeit und somit die körperliche Integrität hat.

<sup>80</sup> Gaede a.a.O. (Fn. 22), S. 65.

<sup>81</sup> Kuhlen GA 2015, 709, 710.

<sup>82</sup> Hierzu: Amelung a.a.O. (Fn. 23), S. 38 ff.

<sup>83</sup> BGH NStZ 1996, 34.

<sup>84</sup> BGH NJW 2006, 2477, 2478.

<sup>85</sup> BGH NStZ 1996, 34.

<sup>86</sup> Katzenmeier a.a.O. (Fn. 2), V. Rn. 75 ff.; Aufklärungserfordernis bei einer Schadenshäufigkeit von 1:4,4 Millionen BGH NJW 2000, 1784, 1785.

<sup>87</sup> BGH NJW 2007, 217, 218; BGH NJW 1990, 1528.

<sup>88</sup> Terbillie a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rn. 255.

<sup>89</sup> Komplikationsdichte: BGH NStZ 1996, 34; Lechner MedR 2013, 429, 432; Immig a.a.O. (Fn. 21), S. 186 ff.

<sup>90</sup> So bereits Tröndle MDR 1983, 881, 886.

<sup>91</sup> Wagner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. (2016), § 630e Rn. 25 f.

<sup>92</sup> BGH NJW 2011, 1088, 1089 = HRRS 2011 Nr. 284.

#### d) Therapeutisches Privileg

Nach der Zivilrechtsprechung kann eine Aufklärung unterbleiben oder eingeschränkt werden, wenn eine vollständige Aufklärung eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit des Patienten bedeuten würde.<sup>93</sup> Im Zivilrecht muss der hohe Stellenwert des Selbstbestimmungsrechts berücksichtigt werden. Berücksichtigt man im Strafrecht das primäre Rechtsgut der §§ 223 ff. StGB, die körperliche Unversehrtheit, so ist diese Handhabung weiter auszulegen, da das Strafrecht das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht in dem Ausmaß berücksichtigt und schützen muss, wie es das Zivilrecht tut.<sup>94</sup> Dies bedeutet, dass je höher der aus einer Aufklärung resultierende Schaden für das Wohlbefinden des Patienten ist, desto wahrscheinlicher muss auch das Risiko sein, damit eine Aufklärungspflicht besteht.

#### e) Der Umfang der Aufklärung

Im Zivilrecht wird der Forderung nach einer Aufklärung „im Großen und Ganzen“<sup>95</sup> durch eine unüberschaubare Kasuistik widersprochen. Zum Teil werden extreme Anforderungen an die Aufklärung des Arztes gestellt.<sup>96</sup> Im Strafrecht hingegen gilt es, den Grundsatz der Aufklärung „im Großen und Ganzen“ zu wahren. Dies dient zum einen der Wahrung der strafrechtlichen Bestimmtheit und zum anderen der Rechtssicherheit.

Im Zivilrecht ist anerkannt, dass der Patient die Aufklärungspflicht durch Fragen erweitern kann, auf die der Arzt ordnungsgemäß antworten muss.<sup>97</sup> Dieser Grundsatz kann im Strafrecht nicht uneingeschränkt von Bedeutung sein.<sup>98</sup> Die Erweiterung durch Patientenfragen dient der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts und kann somit allein keine Strafbarkeit nach §§ 223 ff. StGB begründen. Natürlich soll dies nicht dazu führen, dass Ärzte nicht mehr auf Fragen der Patienten eingehen sollen oder unrichtig antworten dürfen. Lediglich an den Punkt, an dem eine Nachfrage dazu führt, dass von einer Aufklärung „im Großen und Ganzen“ abgewichen wird und der Patient auch über Risiken mit einer minimalen Eintrittswahrscheinlichkeit informiert werden möchte, sollte es dem Arzt möglich sein, den Patienten auf die Unwahrscheinlichkeit einer Verwirklichung des Risikos zu verweisen und dennoch seiner Aufklärungspflicht zur Genüge nachzukommen.<sup>99</sup>

Die zivilrechtliche Rechtsprechung ermittelt den erforderlichen Umfang und Genauigkeitsgrad der Aufklärung im Verhältnis zur Dringlichkeit und zu den Heilungsaussichten.<sup>100</sup> Die Aufklärungslast nimmt in dem Maß zu, in dem der Dringlichkeitsgrad des medizinischen Eingriffs

abnimmt und umgekehrt.<sup>101</sup> Im Blick auf den Stellenwert des Selbstbestimmungsrechts im Strafrecht ist dieser Ausgestaltung zu folgen. Primäres Rechtsgut ist die körperliche Unversehrtheit.<sup>102</sup> Je stärker diese gefährdet ist, umso mehr muss der Schutz des Selbstbestimmungsrechts dahinter zurücktreten und die Anforderungen an die Aufklärung sinken.

#### f) Aktive Täuschung

Es wird vertreten, dass eine aktive Täuschung eine Einwilligung stets unwirksam macht.<sup>103</sup> Bei der Irreführung über Umstände, die den Heileingriff betreffen, handelt es sich um einen schweren Angriff auf die Dispositionsfreiheit des Patienten.<sup>104</sup> Eine aktive Täuschung führt dazu, dass der Patient zur Durchführung des Eingriffs fremdbestimmt wird. Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass das Vorliegen einer Täuschung zu einer anderen Bewertung bei der Frage nach der Wirksamkeit einer hypothetischen Einwilligung führen kann.<sup>105</sup> Auch wenn die Übertragung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht abzulehnen ist, so deutet dies darauf hin, dass die Rechtsprechung die täuschungsbedingte Einwilligung nicht als wirksam erachtet. Der Arzt steuert den Willensbildungsprozess vorsätzlich zugunsten eines Eingriffs in die körperliche Integrität.<sup>106</sup>

Dies geht nach dem hier vertretenen Ansatz zu weit, da die Schutzrichtung der §§ 223 ff. StGB auch in solchen Fällen berücksichtigt werden muss. In Anbetracht der Rechtsgutsgewichtung der Körperverletzungstatbestände ist somit ein Körperbezug zu fordern. Ein Beispiel für das Erfordernis des körperlichen Bezugs der verletzten Aufklärungspflicht im Rahmen der Täuschung liefert der Bandscheiben-Fall.<sup>107</sup> Der Arzt hatte irrtümlich die falsche Etage operiert und täuschte die Patientin über die Notwendigkeit einer erneuten Operation. Der Bundesgerichtshof bejaht eine Strafbarkeit. Stellt man auf den Körperbezug ab, gelangt man ebenfalls zu einer Strafbarkeit, da die Patientin darüber getäuscht wurde, in welcher Etage sie operiert wurde und damit ein Körperbezug vorlag. Auch eine aktive Täuschung führt aber nur dann zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung, wenn der Patient darüber getäuscht wird, inwiefern er seine körperliche Integrität preisgibt.

### VI. Fazit

Abschließend lässt sich feststellen, dass die zivilrechtlichen Aufklärungspflichten keine zwingenden Wirksamkeitsmaßstäbe für die Einwilligung des Strafrechts darstellen. Weder die Einheit der Rechtsordnung noch Patientenschutzgesichtspunkte begründen eine uneinge-

<sup>93</sup> BGH NJW 1984, 1397, 1398.

<sup>94</sup> So bereits *Tröndle* MDR 1983, 881, 886.

<sup>95</sup> Ständige Rspr.: vgl. BGH NJW 2011, 375; BGH NJW 1984, 1397, 1398; BGH NJW 1959, 811, 813.

<sup>96</sup> BGH NJW 2000, 1784, 1785: Aufklärungserfordernis bei einer Schadenshäufigkeit von 1: 4,4 Millionen.

<sup>97</sup> BGH NJW 1987, 2923; *Schöch*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. (2010), S. 70.

<sup>98</sup> So auch *Immig* a.a.O. (Fn. 21), S. 176.

<sup>99</sup> So auch *Immig* a.a.O. (Fn. 21), S. 177.

<sup>100</sup> BGH NJW 2009, 1209, 1210; BGH NJW 1991, 2349; *Terbille* a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rn. 288; *Schöch* a.a.O. (Fn. 99), S. 67.

<sup>101</sup> *Greiner* a.a.O. (Fn. 6), C. Rn. 8; *Laufs* a.a.O. (Fn. 68), § 60 Rn. 5.

<sup>102</sup> *Eser/Sternberg-Lieben* a.a.O. (Fn. 1), § 223 Rn. 1; *Kühl* a.a.O. (Fn. 50), § 223 Rn. 1; *Paeffgen/Böse* a.a.O. (Fn. 55), § 223 Rn. 2.

<sup>103</sup> *Gaede* a.a.O. (Fn. 22), S. 54 f.; *Saliger*, in: *Festschrift für Beulke* (2015), S. 257, 270.

<sup>104</sup> *Rönnau* JZ 2004, 801, 804.

<sup>105</sup> BGH NJW 2013, 1688, 1689 = HRRS 2013 Nr. 500.

<sup>106</sup> *Gaede* a.a.O. (Fn. 22), S. 56 f.

<sup>107</sup> BGH JR 2004, 251.

schränkte Übernahme der Aufklärungspflichten. Vielmehr spricht die Tatsache, dass Aufklärungspflichten im Zivilprozess oft lediglich eine Auffangposition haben, gegen eine Übertragung. Vor allem der Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte gebietet eine Reduzierung der Anforderungen an die Aufklärung im Strafrecht. Die §§ 223 ff. StGB schützen primär das körperliche Wohlbefinden; die Dispositionsfreiheit ist lediglich miteinbezogen. Nimmt man den Bezug zur körperlichen Integrität als Grundlage, so lassen sich alle fraglichen Fallgruppen aufgrund objektiver Kriterien einordnen. In Anbetracht

der aktuellen Praxis, die teilweise vollumfänglich auf die ausgefertigten zivilrechtlichen Aufklärungspflichten verweist, erscheint eine Reduzierung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten für die Einwilligung im Strafrecht dringend geboten. Der hier vertretene Ansatz mag keine vollumfassende und stets eindeutige Lösung darstellen, das konsequente Abstellen auf den Bezug zur körperlichen Integrität als objektives Kriterium ermöglicht jedoch in einem Großteil der fraglichen Fälle, für Rechtssicherheit zu sorgen.

Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

**988. BVerfG 2 BvR 286/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. September 2018 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg)**

Vollzug der Sicherungsverwahrung und vollzugsöffnende Maßnahmen (Resozialisierungsgebot; Vollzugslockerungen; Ausführungen; begleitete Ausgänge; Versagung nur bei HRRS November 2018 (11/2018)

konkreter Flucht- oder Missbrauchsgefahr; Begleitung durch Vollzugsbedienstete; keine pauschale Koppelung von Ausführungen an vor- und nachbereitende Gespräche); Recht auf effektiven Rechtsschutz (Verbot der verkürzten Auslegung von Anträgen; Absehen von einer Entscheidungsbegründung durch das Rechtsbeschwerdegericht).



Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 13 HmbSVVollzG

**989. BVerfG 2 BvR 708/18 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. September 2018 (LG Aurich)**

Auswertung sichergestellter Datenträger (Verdacht des Besitzes kinderpornographischer Schriften aufgrund eines Internet-Chats; Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; vorläufige Sicherstellung zur Durchsicht unter denselben Voraussetzungen wie eine Durchsichtung; Anfangsverdacht nur bei ausreichender tatsächlicher Grundlage; kriminalistische Erfahrung; Begründung eines Verdachts durch legales Verhalten; Beweisverwertungsverbot nicht ohne Weiteres bei rechtswidriger Beweiserhebung; Abwägung im Einzelfall; Gewicht des Verstoßes; hypothetisch rechtmäßiger Ermittlungsverlauf; regelmäßig kein Beschlagnahmeverbot bei beschuldigtem Zeugnisverweigerungsberechtigtem).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; § 97 Abs. 5 StPO; § 102 StPO; § 110 StPO; § 184b StGB

**990. BVerfG 2 BvR 1649/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. September 2018 (KG / LG Berlin)**

Versagung von Lockerungen und Langzeitbesuchen im Strafvollzug (Resozialisierungsanspruch des Strafgefangenen; Vollzugslockerungen; Ausführungen; Versagung nur bei konkreter Flucht- oder Missbrauchsgefahr; Beurteilungsspielraum der Justizvollzugsanstalt; Nachprüfung durch die Vollstreckungsgerichte; Schutz von Familienbeziehungen des Gefangenen; Besuchskontakte zum Ehepartner; Schutz des Besuchers als ungeeigneter Versagungsgrund); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtswegerschöpfung bei unzulässigem Rechtsmittel).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 11 Abs. 2 StVollzG; § 24 Abs. 2 StVollzG; § 109 StVollzG

**991. BVerfG 2 BvR 1845/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Oktober 2018 (KG)**

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung an Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Menschenwürdegarantie; Recht auf den gesetzlichen Richter und Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof; Mindestanforderungen an die Haftbedingungen im ersuchenden Staat; Beschränkung der Prüfung auf die Anstalten, in denen eine Inhaftierung konkret zu erwarten ist; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Art. 3 EMRK; Art. 4 GRCh

**992. BGH 2 StR 108/18 – Beschluss vom 28. August 2018 (LG Darmstadt)**

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

**993. BGH 2 StR 131/18 – Urteil vom 8. August 2018 (LG Aachen)**

Revisionsbegründung (Darlegungsanforderungen bei der Aufklärungsrüge; Rüge eines zu Unrecht angenommenen Beweisverwertungsverbot; zusätzliches Erfordernis der Anbringung einer zulässigen Verfahrensrüge).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**994. BGH 2 StR 14/18 – Urteil vom 25. April 2018 (LG Gießen)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (gesamtschuldnerische Haftung, Kennzeichnung im Urteilstenor); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussichten: sprachunkundige Ausländer).  
§ 64 StGB; § 73 StGB; § 316h EGStGB

**995. BGH 2 StR 142/18 – Beschluss vom 28. August 2018 (LG Bonn)**

BGHR; Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Rückfallverjährungsfrist).  
§ 66 Abs. 4 Satz 3 StGB

**996. BGH 2 StR 147/18 – Beschluss vom 4. September 2018 (LG Bonn)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (gesamtschuldnerische Haftung).  
§ 73 StGB

**997. BGH 2 StR 169/18 – Beschluss vom 23. Mai 2018 (LG Bonn)**

BGHSt; tätige Reue (Erheblichkeit des entstandenen Schadens: Wertgrenze; freiwillige Brandlöschung: Anforderungen; Ausschluss aufgrund konkreter Gefährdung von Personen; richterliches Ermesse).  
§ 306e Abs. 1 StGB; § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

**998. BGH 2 StR 172/18 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Rostock)**

Absolute Revisionsgründe (Entfernung des Angeklagten bei Vernehmung von Mitangeklagten und Zeugen: Ausschluss von der Verhandlung während der Vernehmung der Nebenklägerin in gesetzeswidriger Weise; mangelnde Verzichtbarkeit des Anwesenheitsrechts des Angeklagten in der Hauptverhandlung).  
§ 338 Nr. 5 StPO i.V.m. § 247 StPO

**999. BGH 2 StR 186/14 – Beschluss vom 28. August 2018 (BGH)**

Festsetzung des Kostensatzes.

**1000. BGH 2 StR 193/18 – Beschluss vom 8. August 2018 (LG Bonn)**

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

**1001. BGH 2 StR 231/18 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Darmstadt)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Bewertung eines Geständnisses); Grundsätze der Strafzumessung (Verbot der Doppelverwertung; Gewinnerzielungsabsicht bei Betäubungsmitteldelikten); Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (richterliche Überzeugung von illegaler Herkunft der Gegenstände; Subsidiarität).  
§ 261 StPO; § 46 Abs. 3 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 73a Abs. 1 StGB

**1002. BGH 2 StR 264/18 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Aachen)**

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

**1003. BGH 2 StR 305/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Bonn)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (gesamtschuldnerische Haftung).  
§ 73 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

1. Dass der Angeklagte nur als Gesamtschuldner mit seinen Mittätern haftet, bedarf auch nach neuem Recht der Kennzeichnung im Tenor. Damit wird ermöglicht, dass den Beteiligten das aus der Tat Erlangte entzogen wird, aber zugleich verhindert, dass dies mehrfach erfolgt.

2. Der Senat hat den Ausspruch über die gesamtschuldnerische Haftung in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO nachgeholt; hierfür ist die Angabe eines Namens des jeweiligen weiteren Gesamtschuldners nicht erforderlich.

**1004. BGH 2 StR 306/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Bonn)**

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

**1005. BGH 2 StR 320/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Gera)**

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

**1006. BGH 2 StR 454/17 – Urteil vom 5. September 2018 (LG Marburg)**

Ausschluss der Öffentlichkeit (Antragsstellung außerhalb der Hauptverhandlung; Umfang); Vergewaltigung (qualifiziertes Nötigungsmittel: Anforderungen an ein „Klima ständiger Gewalt“; ausnahmsweise verringerte Anforderungen an die Sachdarstellung bei Tatserien).  
§ 171b Abs. 3 Satz 1 GVG; § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.

**1007. BGH 4 StR 154/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Paderborn)**

Adhäsionsentscheidung (mangelndes rechtliches Feststellungsinteresse).  
§ 406 Abs. 1 Satz 3 StPO

**1008. BGH 4 StR 406/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Essen)**

Zuständigkeit für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde.  
§ 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG

**1009. BGH 4 StR 228/18 – Beschluss vom 1. Oktober 2018 (LG Essen)**

Zurückweisung der Erinnerung.  
§ 66 Abs. 1 GKG

**1010. BGH 4 StR 296/18 – Beschluss vom 30. August 2018 (LG Essen)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Erfordernis des symptomatischen Zusammenhangs).

§ 63 StGB

**1011. BGH 2 StR 196/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Aachen)**

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

**1012. BGH 2 StR 300/18 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Kassel)**

Tateinheit (natürliche Handlungseinheit).  
§ 52 Abs. 1 StGB

**1013. BGH 2 StR 31/18 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Aachen)**

Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis (Eröffnungsentscheidung in fehlerhafter Besetzung); Beihilfe (Voraussetzungen); Betrug (Vollendung; Gefährdungsschaden); Tateinheit und Tatmehrheit (Abgrenzung bei mehreren Beteiligten bzw. Beihilfe).  
§ 76 Abs. 1 1. Halbsatz GVG; § 206a Abs. 1 StPO; § 27 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**1014. BGH 2 StR 321/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Bonn)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Erledigung der Vollstreckung; Zeitpunkt).  
§ 55 StGB

**1015. BGH 2 StR 416/16 – Urteil vom 18. Juli 2018 (LG Köln)**

Tatbestandsirrtum (Irrtum über normative Tatbestandsmerkmal; Maßstab der sog. Parallelwertung in der Laiensphäre); Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit; Differenzierung bei Irrtum über ein Genehmigungserfordernis); verbote- ne Geschäfte und Handeln ohne Erlaubnis (Tateinheit); Verbot der Verschlechterung (keine Anwendung auf Umstellung des Schuldspruches).  
§ 16 Abs. 1 StGB; § 17 S. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG; § 331 Abs. 1 StPO

**1016. BGH 2 StR 428/17 – Urteil vom 15. August 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Aufhebung des Straf- und Maßregelauspruchs.  
§ 349 Abs. 5 StPO

**1017. BGH 4 StR 51/17 – Beschluss vom 4. Oktober 2018 (LG Detmold)**

Keine Übersetzung des Einstellungsbeschlusses in die hebräische Sprache; Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlamentes vom 20. Oktober 2010 (Anwendbarkeit auf verdächtige oder angeklagte Personen; Unanwendbarkeit für den Nebenkläger).  
§ 187 Abs. 2 GVG; Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlamentes vom 20. Oktober 2010

**1018. BGH 4 StR 54/18 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Essen)**

Hehlerei (Versuch; Absatzhilfe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Prognose eines hinreichend konkreten Therapieerfolgs; Absehen von der Maßregelanzahlung im Einzelfall).  
§ 27 StGB; § 64 StGB; § 67d Abs. 1 Satz 1 oder 3 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB

**1019. BGH 4 StR 78/18 – Urteil vom 27. September 2018 (LG Dortmund)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (durch oder für eine rechtswidrige Tat erlangt Vermögensgegenstände: erwirtschaftete Geldbeträge beim Absatz von Betäubungsmitteln in einer Handelskette).

§ 73 Abs. 1 StGB

**1020. BGH 4 StR 99/18 – Beschluss vom 17. Oktober 2018 (LG Arnsberg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1021. BGH 4 StR 153/18 – Beschluss vom 27. September 2018 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1022. BGH 4 StR 159/18 – Beschluss vom 27. September 2018 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1023. BGH 4 StR 174/18 – Urteil vom 13. September 2018 (LG Detmold)**

Hehlerei (Tatbestandsmerkmal des Ankaufens: Erlangung mittelbaren Besitzes ausreichend); Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Tatbestandslosigkeit des sog. transitorischen Besitzes).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**1024. BGH 4 StR 184/18 – Beschluss vom 16. Oktober 2018**

Zurücknahme der Bestellung eines Pflichtverteidigers (analoge Anwendung auf Beistand der Nebenklage).

§ 143 StPO

**1025. BGH 4 StR 191/18 – Beschluss vom 27. September 2018 (LG Kaiserslautern)**

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft ohne eigenhändigen Transport); Urteilsgründe (keine geschlossene Wiedergabe der Angaben von gehörten Zeugen).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 267 StPO

**1026. BGH 4 StR 192/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Magdeburg)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (strafschärfende Berücksichtigung von Folgewirkungen für das Tatopfer); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten; Differenzierung zur Gefährlichkeit für die Allgemeinheit).

§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB; § 176 StGB

**1027. BGH 4 StR 224/18 – Beschluss vom 26. September 2018 (LG Münster)**

Tateinheit (Deliktserie mit mehreren Beteiligten).

§ 52 Abs. 1 StGB

Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tat-

mehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und nach dem Umfang seines Tatbeitrages zu entscheiden. Erbringt der Täter oder Teilnehmer im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tateinheitlich begangen haben.

**1028. BGH 4 StR 264/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1029. BGH 4 StR 267/18 – Beschluss vom 27. September 2018 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1030. BGH 4 StR 270/18 – Beschluss vom 27. September 2018 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1031. BGH 4 StR 276/18 – Beschluss vom 27. September 2018 (LG Bielefeld)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen; symptomatischer Zusammenhang; Beschaffungstaten auch zur Schuldenbegleichung).

§ 64 StGB

Für einen Hang gemäß § 64 StGB ausreichend ist eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer psychischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Konsum von Rauschmitteln ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene aufgrund seiner Neigung sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Letzteres ist der Fall bei der Begehung von zur Befriedigung des eigenen Drogenkonsums dienenden Beschaffungstaten. Auch bei Taten, die nicht unmittelbar der Beschaffung von Betäubungsmitteln, sondern der Begleichung von Schulden aus dem eigenen Drogenkonsum dienen, kann ein symptomatischer Zusammenhang mit dem Betäubungsmittelkonsum gegeben sein. Dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum die Gesundheit sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigt sind, kommt nur indizielle Bedeutung zu. Das Fehlen solcher Beeinträchtigungen schließt die Bejahung eines Hangs nicht aus.

**1032. BGH 4 StR 280/18 – Beschluss vom 28. August 2018 (LG Zweibrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1033. BGH 4 StR 308/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Zweibrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1034. BGH 4 StR 325/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Halle)**

Grundsätze der Strafzumessung (keine Strafschärfung aufgrund fehlender verständlicher Motive).

§ 46 Abs. 3 StGB

**1035. BGH 4 StR 354/18 – Beschluss vom 26. September 2018 (LG Detmold)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1036. BGH 4 StR 391/18 – Beschluss vom 26. September 2018 (LG Stendal)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1037. BGH 4 StR 591/17 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Essen)**

BGHSt; Diebstahl (Diebstahl von Pfandleergut; Abgrenzung von Individual- und Einheitspfandflaschen; überschießende Innentendenz).

§ 242 Abs. 1 StGB

**1038. BGH 4 ARs 9/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018**

Anfrageverfahren zur Sachbeschädigung (Verhältnis zum zugleich begangenen schweren Bandendiebstahl oder Wohnungseinbruchsdiebstahl: Tateinheit).

§ 303 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 244a Abs. 1 StGB

**1039. BGH 1 StR 36/18 – Beschluss vom 30. Mai 2018 (LG Landshut)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: erforderliche Darstellung im Urteil).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

**1040. BGH 1 StR 122/18 – Urteil vom 18. Juli 2018 (LG Mosbach)**

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (Voraussetzungen).

§ 66 StGB; § 316f Abs. 2 Satz 2 EGStGB

**1041. BGH 1 StR 149/18 – Urteil vom 14. August 2018 (LG München I)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln unter Mitsichführen eines gefährlichen Gegenstands (Begriff des Mitsichführens: teleologische Reduktion bei schlechterdings fehlender Gefährlichkeit des Teilakts des Handeltreibens, hier: telefonische Absprache der Übergabe von Betäubungsmitteln; Begriff des Handeltreibens: Aufbewahren von Betäubungsmittelverkäufe erlöste Gelder kein Teil des Handeltreibens).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**1042. BGH 1 StR 159/17 – Urteil vom 15. Mai 2018 (LG Frankfurt a. M.)**

Bandenmäßige Umsatzsteuerhinterziehung (Begriff der Bande; mögliche bandenmäßige Begehung mit dolus eventualis; Verlust der Vorsteuerabzugsberechtigung durch wissentliche Beteiligung an einem Umsatzsteuer-

karussell: Wissenszurechnung in der AG, kein Vertrauensschutz durch unterbliebenes staatliches Einschreiten); Strafzumessung (keine strafmildernde Berücksichtigung eines unterbliebenen staatlichen Einschreitens gegen die Tat: Steuerhinterziehung; strafmildernde Berücksichtigung des Versagens von Kontrollstrukturen; strafschärfende Berücksichtigung des Vorliegens von Regelbeispielen, die keinen besonders schweren Fall begründen; strafschärfende Berücksichtigung der Verstrickung Dritter in die Tat); Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (kein Verstoß bei Bitte des Vorsitzenden Richters an einzelne Zuschauer, den Sitzungssaal zu verlassen); Verfahrensrüge (anzuwendende Rechtslage: Zeitpunkt der Vornahme der richterlichen Handlung); Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit (Presseäußerungen des Richters zu einem den gleichen Sachverhalt betreffenden anderen Verfahren); Mittäterschaft (erforderliche Gesamtbetrachtung: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Hinweispflicht des Gerichts bei Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts (Beurteilung des Angeklagten als Allein- statt Mittäter: ausnahmsweise keine Hinweispflicht, wenn Beiträge des vermeintlichen Mittäter nicht zugerechnet werden sollen); Beihilfe (Voraussetzungen; Beihilfe durch berufstypisches Verhalten: Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter; psychische Beihilfe: Voraussetzungen).

§ 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 AO; § 1 UStG; § 46 Abs. 1 StGB; § 169 GVG; § 338 Nr. 6 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 24 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 265 Abs. 1 StPO; § 27 Abs. 1 StGB

**1043. BGH 1 StR 211/18 – Beschluss vom 30. August 2018 (LG Stade)**

Gewerbsmäßiger Schmuggel (erforderliche Darstellung der hinterzogenen Zölle im Urteil).

§ 373 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 2 StPO

**1044. BGH 1 StR 234/18 – Beschluss vom 6. Juli 2018 (LG Darmstadt)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (erforderliche Feststellungen zu den geschuldeten Beträgen im Urteil: Darstellung der Berechnungsgrundlagen und Berechnungen); Steuerhinterziehung (erforderliche Darstellung der Besteuerungsgrundlagen im Urteil).

§ 266a StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**1045. BGH 1 StR 261/18 – Beschluss vom 6. Juli 2018 (LG München I)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).

§ 64 Abs. 1 StGB

**1046. BGH 1 StR 307/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG München II)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (erforderliche Darstellung im Urteil).

§ 21 StGB; § 267 Abs. 2 StPO

**1047. BGH 1 StR 320/17 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Tübingen)**

BGHSt; Übersetzung von Urteilen des Bundesgerichtshofs (kein Anspruch auf Übersetzung; Anspruch auf Entscheidung des Gerichts über Entscheidung des Vorsitzenden

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. e EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 187 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GVG; § 238 Abs. 2 StPO

**1048. BGH 1 StR 321/18 – Beschluss vom 18. Juli 2018 (LG Landshut)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Darstellung im Urteil).

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

**1049. BGH 1 StR 323/18 – Beschluss vom 14. August 2018 (LG Augsburg)**

Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten (Art und Gefährlichkeit des Rauschgifts: Amphetamin als Droge mit mittlerer Gefährlichkeit).

§ 46 Abs. 1 StGB

**1050. BGH 1 StR 326/18 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Berlin)**

Einziehung (Umfang der Einziehung: keine Einziehung des aus der Tat Erlangten bei Einstellung der Tat nach § 154 Abs. 2 StPO).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

**1051. BGH 1 StR 370/18 – Beschluss vom 16. August 2018 (LG Augsburg)**

Heimtückemord (Ausnutzungsbewusstsein: Entnahme aus dem objektiven Geschehensbild auch bei Spontanat).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**1052. BGH 1 StR 374/18 – Beschluss vom 29. August 2018 (LG Würzburg)**

Steuerhinterziehung (zulässige Schätzung des Steuer Schadens durch den Tatrichter: Übernahme von Schätzungen der Finanzverwaltung).

§ 370 Abs. 1 AO; § 261 StPO

**1053. BGH 1 StR 382/17 – Beschluss vom 31. Juli 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Vernehmung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft als Zeugen (unzulässige weitere Mitwirkung des Staatsanwalts am weiteren Verfahren: unlösbarer Zusammenhang zwischen Zeugenaussage und nachfolgender Mitwirkung).

§ 22 Abs. 5 StPO analog

**1054. BGH 1 StR 392/17 – Beschluss vom 15. August 2018 (LG Essen)**

Unerlaubte Verbringung von Abfällen (Verhältnis zu Ordnungswidrigkeiten nach dem Abfallverbringungs gesetz).

§ 326 Abs. 2 StGB; § 18 AbfVerbrG

**1055. BGH 1 StR 397/17 – Beschluss vom 15. August 2018 (LG Essen)**

Unerlaubte Verbringung von Abfällen (Verhältnis zu Ordnungswidrigkeiten nach dem Abfallverbringungs gesetz).

§ 326 Abs. 2 StGB; § 18 AbfVerbrG

§ 18 AbfVerbrG ist nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers lex specialis zu § 326 Abs. 2 StGB.

**1056. BGH 1 StR 399/18 – Beschluss vom 12. September 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1057. BGH 1 StR 413/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Ulm)**

Raub (erforderliche Verknüpfung von Nötigungshandlung und Wegnahme: Finalzusammenhang, nachträgliche Ausnutzung der Wirkung eines Nötigungsmittels nicht ausreichend).

§ 249 Abs. 1 StGB

**1058. BGH 1 StR 421/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Mannheim)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1059. BGH 1 StR 454/18 – Beschluss vom 18. September 2018 (LG Karlsruhe)**

Ausschließung von der Ausübung des Richteramtes (vorheriges Tätigwerden in der Sache: Begriff der Sache: enger Sachzusammenhang, Identität auch bei mehreren prozessualen Taten möglich).

§ 22 Nr. 4 StPO; § 264 StPO

**1060. BGH 1 StR 489/17 – Beschluss vom 29. August 2018 (LG Würzburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1061. BGH 1 StR 535/17 – Beschluss vom 22. Januar 2018 (LG Hof)**

Steuerhinterziehung (Konkurrenzen bei Abgabe mehrere Steuerhinterziehungen über verschiedene Steuerarten und unterschiedliche Veranlagungszeiträume: Tatmehrheit trotz Zusammenfallen der Abgabe der Erklärungen in einem äußeren Vorgang).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 52 StGB; § 53 StGB

**1062. BGH 1 StR 616/17 – Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG Essen)**

Anwesenheitspflicht des Angeklagten (eigenmächtige Anwesenheit des Angeklagten durch Reise in Ausland bei vorhersehbarer Verhaftung dort); Aussetzung des Verfahrens bei Änderung der Sachlage (Voraussetzung, erforderliche Begründung einer Ablehnung); Garantienpflicht (notwendiges Bestehen der Pflicht zum Zeitpunkt der Tatbegehung).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 231 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 265 Abs. 4 StPO

**1063. BGH 1 StR 643/17 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Aachen)**

Steuerrechtliches Zwangsmittelverbot (suspendierte Strafbewehrtheit der Steuererklärungs pflicht).

§ 393 Abs. 1 Satz 2 AO, Abs. 3 AO

**1064. BGH 1 ARs 9/18 – Beschluss vom 18. September 2018**

Sachbeschädigung (Verhältnis zum zugleich begangenen schweren Bandendiebstahl oder Wohnungseinbruchsdiebstahl: Tateinheit).

§ 303 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 244a Abs. 1 StGB

**1065. BGH 3 StR 13/18 – Urteil vom 5. April 2018 (LG Hannover)**

BGHR; schwere Brandstiftung (ganz oder teilweise Zerstören durch Brandlegung bei gemischt genutztem Gebäude; Einwirkung auf die Sachsubstanz einer selbständigen Wohninheit; Unbrauchbarkeit zum Wohnen; verständiger Wohnungsinhaber; nicht unbeträchtliche Zeitspanne; ausschließliche Beschädigung von nicht dem Wohnen dienenden Gebäudeteilen; in Kellerräumen verlaufende Versorgungsleitungen; mittelbare Zurückführung auf Brandlegung; erhebliche Verrußung).  
§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306 StGB

**1066. BGH 3 StR 128/18 – Beschluss vom 22. August 2018 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhafte Berücksichtigung aufgehobener Feststellungen nach Zurückverweisung (Verfahrensrüge; sachlich-rechtlicher Fehler); fehlende Feststellungen zur objektiven Förderung der Haupttat bei der Verurteilung wegen psychischer Beihilfe.  
§ 261 StPO; § 353 Abs. 2 StPO; § 224 StGB; § 27 StGB

**1067. BGH 3 StR 145/18 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Düsseldorf)**

Entscheidung über die Gesamtstrafenbildung nach Teileinstellung und Beschränkung der Strafverfolgung; Erstreckung des Verbots der Schlechterstellung auf die Einziehungsentscheidung.  
§ 55 StGB; § 73 StGB; § 154 StPO; § 358 Abs. 2 StPO

**1068. BGH 3 StR 149/18 – Urteil vom 23. August 2018 (OLG Stuttgart)**

Bestrafung als Täter bei rechtswidriger und schuldhafter Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale (unmittelbare Täterschaft; Mittäterschaft; extreme Ausnahmefälle); Freiheitsberaubung durch Aufrechterhaltung einer Freiheitsentziehung (Einsperren; Dauerdelikt; Vollendung; Beendigung); Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen (Angriff; Gewaltanwendung); ausländerrechtliche Folgen einer Verurteilung grundsätzlich keine bestimmenden Strafzumessungsgründe; Voraussetzungen einer strafmildernden Berücksichtigung medialer Berichterstattung.  
§ 25 StGB; § 46 StGB; § 239 StGB; § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VStGB

**1069. BGH 3 StR 306/18 – Beschluss vom 23. August 2018 (LG Trier)**

Springmesser als verbotener Gegenstand.  
§ 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG

**1070. BGH 5 StR 107/18 – Urteil vom 13. September 2018 (LG Braunschweig)**

Voraussetzungen der Strafmilderung aufgrund eines Täter-Opfer-Ausgleichs (Vertrag zwischen angeklagten und Verletztem; Vergleich; Adhäsionsverfahren; Motivation des Angeklagten; taktisches Vorgehen in der Hoffnung auf milde Strafe; ernsthaftes Bemühen um Schadenswiedergutmachung; friedensstiftende Akzeptanz); Heimtücke bei von langer Hand geplanter Tat.  
§ 46a Nr. 1 StGB; § 211 StGB

**1071. BGH 5 StR 214/18 – Urteil vom 29. August 2018 (LG Potsdam)**

Zum Verhältnis von Erziehungsgedanke und Schuldausgleich bei der Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (Vorrangigkeit des Erziehungsgedankens; Berücksichtigung anderer Strafzwecke; Sühnegedanke; charakterliche Haltung und Persönlichkeitsbild; Bestimmung der Schuld nach jugendspezifischen Kriterien; individuelle Schuld als Rahmen auch bei der Jugendstrafe).  
§ 17 JGG; § 18 JGG; § 105 JGG

**1072. BGH 5 StR 216/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Hamburg)**

Einheitliche Hehlereität bei Erwerb von aus verschiedenen Vortaten stammenden Sachen durch einen Akt; notwendige Bestimmtheit bei der Anordnung der Einziehung von Gegenständen.  
§ 74 StGB; § 259 StGB; § 52 StGB

**1073. BGH 5 StR 228/18 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Berlin)**

Keine unzulässige Beschränkung der Verteidigung bei fehlender frontaler Sicht des Angeklagten auf das Gesicht einer Zeugin aufgrund der Bestimmung der Sitzordnung (generelle Anforderungen an die Bestimmung der Sitzordnung; Möglichkeit der Besprechung mit dem Verteidiger; Störung des Verhandlungsablaufs; Aufklärungspflicht; Gewährung der optischen Teilhabe an der Zeugenvernehmung für die Verfahrensbeteiligten; Sichtmöglichkeit für den Verteidiger; bauliche Gegebenheiten; Konfrontationsrecht; faires Verfahren)  
§ 238 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c und d EMRK; § 176 GVG

**1074. BGH 5 StR 232/18 – Beschluss vom 12. September 2018 (LG Chemnitz)**

Voraussetzungen einer mittäterschaftlich begangenen Einfuhr von Betäubungsmitteln (keine Erforderlichkeit eigenhändigen Handelns; konkreter Einfluss auf den Einfuhrvorgang; keine ausschlaggebende Bedeutung des Interesses am Gelingen der Einfuhr); Einziehung (Taterträge; Tatobjekte; Wertersatz).  
§ 25 Abs. 2 StGB; § 29 BtMG; § 73 StGB; § 74 StGB

**1075. BGH 5 StR 278/18 – Urteil vom 12. September 2018 (LG Dresden)**

Konkurrenzverhältnis zwischen Fahren ohne Fahrerlaubnis und Besitz von Betäubungsmitteln (Tateinheit aufgrund eines inneren Beziehungszusammenhangs); sachlich-rechtlich nicht zu beanstandende Beweiswürdigung.  
§ 21 Abs. 1 StVG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB; § 261 StPO

**1076. BGH 5 StR 291/18 – Beschluss vom 12. September 2018 (LG Görlitz)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit; ernsthafte Verhandlungen mit dem Verkäufer; Vorbereitungshandlungen; ergebnislose Anfragen; Erkundungsfahrten; Antritt einer Fahrt zum Ort eines beabsichtigten Umsatzgeschäfts); vertypter Milderungsgrund und minder schwerer Fall; rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

(Hang; Symptomcharakter der Tat; ablehnende Haltung gegenüber der Therapie allein kein Grund für mangelnde Erfolgsaussicht.

§ 29 BtMG; § 49 BtMG; § 64 StGB

**1077. BGH 5 StR 295/18 – Beschluss vom 28. August 2018 (LG Zwickau)**

Falschangaben des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse (keine strafprozessuale Wahrheitspflicht; *nemo tenetur*-Grundsatz; Grenzen zulässigen Verteidigerungsverhaltens; Täuschung des Nebenklägers; betrugsnahes Verhalten).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

**1078. BGH 5 StR 318/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Hamburg)**

Verspätete Rüge der Verletzung eines Verteidigerverbotes (Protokollberichtigung; besondere Verfahrenslage; rechtliches Gehör; Wiedereinsetzungsfrist).

§ 45 StPO; § 60 Nr. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

**1079. BGH 5 StR 324/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Saarbrücken)**

SchuldSpruchänderung nach Teileinstellung.

§ 154 StPO

**1080. BGH 5 StR 325/18 – Beschluss vom 28. August 2018 (LG Dresden)**

Einziehung von Taterträgen (Voraussetzungen für eine Rückausnahme vom Abzugsverbot Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat).

§ 73 StGB; § 73d Abs. 1 StGB

**1081. BGH 5 StR 335/18 – Beschluss vom 28. August 2018 (LG Leipzig)**

Konkurrenzen bei gleichzeitigem Besitz verschiedener Datenträger mit kinderpornographischen Dateien (einheitliche Tat; selbständige Verschaffungsstaten).

§ 52 StGB; § 184b StGB

**1082. BGH 5 StR 347/18 – Beschluss vom 12. September 2018 (LG Leipzig)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Entscheidung über die Vollstreckungsreihenfolge bei Anordnung der Unterbringung neben einer Freiheitsstrafe.

§ 64 StGB; § 67 StGB

**1083. BGH 5 StR 365/18 – Beschluss vom 24. September 2018 (LG Berlin)**

Urkundenfälschung (Konkurrenzen; einheitliche Tat bei von vornherein geplantem mehrfachem Gebrauch einer verfälschten Urkunde; Klammerwirkung).

§ 267 StGB; § 52 StGB

Es liegt in konkurrenzrechtlicher Hinsicht nur eine Urkundenfälschung vor, wenn eine verfälschte Urkunde mehrfach gebraucht wird und dieser mehrfache Gebrauch von vornherein dem ursprünglichen Tatplan des Täters entspricht (vgl. zuletzt BGH HRRS 2018 Nr. 487 m.w.N.).

**1084. BGH 5 StR 371/18 – Beschluss vom 29. August 2018 (LG Dresden)**

Tenorierung bei Verurteilung wegen qualifizierten Wohnungseinbruchsdiebstahls (gesetzliche Überschrift; Klarstellung des Unrechts; anzuwendende Vorschriften).

§ 244 Abs. 4 StGB; § 267 StPO

**1085. BGH 5 StR 400/18 – Beschluss vom 12. September 2018 (LG Cottbus)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit; Nichtberücksichtigung einer für den Angeklagten günstigen Tatvariante trotz greifbarer Anhaltspunkte).

§ 261 StPO

**1086. BGH 5 StR 421/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Berlin)**

Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung im Rahmen der Notwehr (Bedeutung der Kampfplage; lebensgefährliche Mittel als letztes Mittel der Verteidigung; kein Verweis auf hinsichtlich ihrer Eignung zweifelhafte Verteidigungsmittel; sofortige und endgültige Beseitigung des Angriffs; Androhung des Einsatzes eines bis dahin nicht in Erscheinung getretenen Messers gegenüber dem unbewaffneten Angreifer; nicht lebensbedrohlicher Einsatz des Messers).

§ 32 StGB

**1087. BGH 5 StR 428/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Bremen)**

Teilweise Einstellung wegen Verjährung.

§ 78 StGB; § 206a StPO

**1088. BGH 5 StR 484/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Kiel)**

Unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag nach wirksamer Rücknahme des Rechtsmittels (Voraussetzungen der Wirksamkeit; besondere Ermächtigung; Ausschluss von Widerruf und Irrtumsanfechtung).

§ 44 StPO; § 302 StPO

1. Für die wirksame Rücknahme der Revision bedarf es einer besonderen – allerdings an keine Form gebundenen – Ermächtigung seitens des Angeklagten (§ 302 Abs. 2 StPO). Ausreichend kann hierfür die Erklärung eines Rechtsanwaltes sein, das Rechtsmittel „in besonderer Vollmacht“ zurückzunehmen.

2. Eine wirksame Rücknahmeerklärung führt zum Verlust des Rechtsmittels. Als Prozesshandlung kann sie weder widerrufen noch wegen Irrtums angefochten werden. Ein Wiedereinsetzungsantrag ist nach einer wirksamen Rechtsmittelrücknahme deshalb rechtlich ausgeschlossen und bereits insoweit unzulässig.

**1089. BGH StB 43 u. 44/18 – Beschluss vom 5. Oktober 2018**

Keine diplomatische Immunität bei privatem Urlaub in einem Drittstaat (Durchreise durch einen Drittstaat; Amtsantritt; Rückkehr in den Heimatstaat; Aufenthalt im Drittstaat zu touristischen Zwecken; keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen des Auswärtigen Amtes

mit Blick auf Rechtsfragen); Statthaftigkeit der Beschwerde trotz Wegfalls der angefochtenen Maßnahme (prozessuale Überholung; Feststellungsinteresse); dringender Tatverdacht; Haftgrund der Fluchtgefahr.  
Art. 40 WÜD; § 112 StPO; § 304 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

**1090. BGH 5 StR 528/17 – Urteil vom 24. September 2018 (LG Görlitz)**

Anforderungen an die Darstellung der Gutachtenergebnisse bezüglich einer DNA-Spur.  
§ 261 StPO