

## 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

Dr. Christoph Henckel (Redaktionsas-  
sistent); 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. Carina Dorneck, M.mel., MLU Halle – **Beweisverwertungsverbot bei Verlet-  
zung der Selbstbelastungsfreiheit im medizinischen Kontext** Anmerkung zu  
BGH HRRS 2018 Nr. 528 S. 510

Constantin Ladwig, Bucerius Law School, Hamburg – **Notwehr gegen den un-  
vermeidbaren Erlaubnistatumsirrtum** S. 514

Dr. Christina Lang/Dr. Detlev Binder/Robin Oberschelp, Bielefeld – **Aufklärungs-  
pflichten des Gebrauchtwagenhändlers** S. 523

Die Ausgabe enthält weiterhin eine Rezension.

## Entscheidungen

BVerfG **Umfassendes rechtliches Gehör bei Untersuchungshaft**

BGHSt **KFZ-Prüfplakette als öffentliche Urkunde**

BGHSt **Absehen von Strafe wegen Aufklärungshilfe**

BGHSt **Einschränkung des Kompensationsverbots bei der Umsatz-  
steuer**

BGHR **Schleusen von Kindern und Jugendlichen**

BGH **Große Zahl von unechten oder verfälschten Urkunden**

BGH **Beweisverwertung nach Vorhalt unzulässig erlangter Erkennt-  
nisse**

BGH **Vermögensschaden bei täuschungsbedingter Kreditauszahlung**

Die Ausgabe umfasst 115 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, Dezember 2018, Ausgabe

# 12

Rechtsprechung

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

### **1091. BVerfG 2 BvR 745/18 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. September 2018 (OLG Oldenburg / LG Oldenburg)**

Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft und Anspruch auf rechtliches Gehör (umfassendes Gehör bezüglich Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren jedenfalls in der Beschwerdeinstanz; Möglichkeit der Stellungnahme zu Erklärungen der Staatsanwaltschaft; Heranziehung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR bei der Bestimmung des sachlichen Gehalts des Gehörsanspruchs; Grundsatz der Waffengleichheit; Unterrichtung auch über Stellungnahmen, die keine neuen Tatsachen enthalten; Anwendbarkeit des Beruhensgrundsatzes); Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; er-

höhtes Gewicht des staatlichen Strafanspruchs nach gerichtlicher Verurteilung; Resozialisierungsgebot; keine Untersuchungshaft bis zur Vollverbüßung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (hinreichende Substantiierung; Erfordernis der Vorlage auch einer in der angegriffenen Entscheidung in Bezug genommenen Entscheidung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 59 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 46 EMRK; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 33 StPO; § 33a StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

1. Der konventionsrechtliche Grundsatz der Waffengleichheit gebietet es, einen Verfahrensbeteiligten über Stellungnahmen eines anderen Verfahrensbeteiligten in

Kenntnis zu setzen und ihm die realistische Möglichkeit zu gewähren, seinerseits Stellung zu nehmen. Nach der Rechtsprechung des EGMR (Urteil vom 7. September 2017, Nr. 8844/12, Stollenwerk gegen Deutschland) gilt dies unabhängig davon, ob die Stellungnahme dem Beteiligten bislang unbekannte Tatsachen enthält oder nicht.

2. Soweit Eingriffsmaßnahmen – wie die Untersuchungshaft – ohne vorige Anhörung angeordnet werden können, darf eine Beschwerdeentscheidung zu Lasten des Beschuldigten nicht ergehen, ohne dass dieser zu der erforderlichen Erklärung der Staatsanwaltschaft Stellung nehmen konnte.

3. Hiervon unberührt bleibt die Anwendung des Berufsgrundsatzes, wonach ein Gehörverstoß nur dann zur Aufhebung einer Entscheidung führt, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Gewährung rechtlichen Gehörs zu einer anderen Entscheidung geführt hätte. Die praktische Wirksamkeit der konventionsrechtlichen Garantie der Waffengleichheit wird dadurch nicht gemindert.

4. §§ 33, 33a StPO beschränken die gebotene Anhörung nicht auf Tatsachen und Beweisergebnisse, sondern erfassen über den Gesetzeswortlaut hinaus jeden Aspekt des rechtlichen Gehörs.

5. Namentlich in Haftsachen darf eine gerichtliche Entscheidung jedenfalls in der Beschwerdeinstanz nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, die dem Beschuldigten durch Akteneinsicht der Verteidigung bekannt sind.

6. Bei der Bestimmung des sachlichen Gehalts des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer Konkretisierung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte heranzuziehen. Dies zielt allerdings nicht auf eine schematische Parallelisierung einzelner verfassungsrechtlicher Begriffe, sondern auf eine funkti-

onsanaloge Adaption der Gewährleistungsgehalte der EMRK.

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

8. Mit einer gerichtlichen Verurteilung vergrößert sich das Gewicht des staatlichen Strafanspruchs. Allerdings ist es mit dem Resozialisierungsgebot nicht vereinbar, den Angeklagten in Untersuchungshaft zu halten, bis die Strafe überwiegend oder vollständig verbüßt ist.

9. Eine Verfassungsbeschwerde ist nicht hinreichend substantiiert, wenn die angegriffene Entscheidung maßgeblich auf die Gründe einer anderen Entscheidung verweist und der Beschwerdeführer diese weder vorlegt, noch ihrem wesentlichen Inhalt nach mitteilt.

#### **1092. BVerfG 2 BvR 2172/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. November 2018 (OLG Naumburg)**

Rechtswegerschöpfung im Klageerzwingungsverfahren (Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Erfordernis einer Anhörungsgrüge; vom Gericht übersehener Sachvortrag).

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 33a StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO

Eine Verfassungsbeschwerde gegen die einen Klageerzwingungsantrag als unzulässig zurückweisende Entscheidung ist mangels Erschöpfung des Rechtswegs unzulässig, wenn der Beschwerdeführer zuvor keine Anhörungsgrüge erhoben hat, obwohl das Oberlandesgericht seine Ausführungen zum Gang des Ermittlungsverfahrens offensichtlich übersehen hat.

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### **1116. BGH 2 StR 113/18 – Urteil vom 12. September 2018 (LG Meiningen)**

Rücktritt (beendeter Versuch: Ingangsetzen einer neuen Kausalkette); Mord (niedrige Beweggründe: Würdigung von Motivbündeln).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB; § 211 Abs. 2 StGB

1. Der Täter kann für das gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB von ihm geforderte Ingangsetzen einer neuen

Kausalkette, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich, oder jedenfalls mitursächlich wird, auch Dritte hinzuziehen. Dass daneben andere, vom Willen des Täters unabhängige Umstände zur Verhinderung der Tatvollendung beitragen, steht einem strafbefreienden Rücktritt ebenso wenig entgegen wie die Möglichkeit, etwas anderes oder mehr zu tun, um die Vollendung der Tat mit größerer Sicherheit zu verhindern.

2. Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv oder die vorherrschenden Motive,

welche der Tat ihr Gepräge geben, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich sind.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**1097. BGH 1 StR 172/18 – Beschluss vom 16. August 2018 (LG Stuttgart)**

BGHSt; Falschbeurkundung im Amt (Begriff der öffentlichen Urkunde: Reichweite der Beweiswirkung, Bestimmung anhand des gesetzlichen Rahmens, hier: HU-Prüfplakette, Beweiswirkung auch für Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs zum Zeitpunkt der Hauptuntersuchung).

§ 348 Abs. 1 StGB; § 29 Abs. 3 StVZO

1. Die an dem Fahrzeugkennzeichen angebrachte Prüfplakette beurkundet mit besonderer Beweiskraft im Sinne des § 348 Abs. 1 StGB neben dem Termin der nächsten Hauptuntersuchung auch die Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs zum Zeitpunkt der Durchführung der Hauptuntersuchung. (BGHSt)

2. Der Begriff der öffentlichen Urkunde im Sinne von § 348 StGB umfasst nur solche Urkunden, die bestimmt und geeignet sind, Beweis für und gegen jedermann zu erbringen (vgl. BGHSt 22, 201, 203). Dabei erfasst auch bei einer öffentlichen Urkunde die Strafbewehrung in § 348 StGB nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen und Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, d.h. die volle Beweiswirkung für und gegen jedermann, erstreckt. Welche Angaben dies im Einzelnen sind, ist der Inhaltsbestimmung durch gesetzliche Regelung zu entnehmen (vgl. BGHSt 44, 186). (Bearbeiter)

3. Fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift, sind die Angaben mittelbar den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, die für die Errichtung und den Zweck der Urkunde maßgeblich sind. Wesentliche Kriterien zur Bestimmung der Reichweite des öffentlichen Glaubens sind dabei neben dem Beurkundungsinhalt als solchem das Verfahren und die Umstände des Beurkundungsvorgangs sowie die Möglichkeit des die Bescheinigung ausstellenden Amtsträgers, die Richtigkeit der Beurkundung zu überprüfen; auch ist die Anschauung des Rechtsverkehrs zu beachten (vgl. BGHSt 44, 186, 188). (Bearbeiter)

4. Die HU-Prüfplakette stellt in Verbindung mit dem amtlich zugelassenen Kennzeichen und der entsprechenden Eintragung in der Zulassungsbescheinigung Teil I eine (zusammengesetzte) öffentliche Urkunde dar. (Bearbeiter)

**1128. BGH 2 StR 400/17 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Wiesbaden)**

Mittelbare Falschbeurkundung (keine Erfassung von Gewerbeanmeldungen mangels öffentlichen Glaubens; Konkurrenzen: Bewirken und Gebrauch der falschen Beurkundung entsprechend den Regeln für das Verhältnis zwischen Herstellung und Gebrauch einer unechten Urkunde).

§ 267 StGB; § 271 Abs. 1 StGB; § 271 Abs. 2 StGB;

1. Bei einer Gewerbeanmeldung gemäß § 15 Abs. 1 GewO handelt es sich um die Empfangsbescheinigung der Anzeige, mit der der Gewerbetreibende nach 14 Abs. 1 S. 1 GewO den selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes anzuzeigen hat. Diese genießt keinen öffentlichen Glauben und wird daher von § 271 Abs. 2 StGB nicht erfasst.

2. Nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum, der sich der Senat anschließt, bestimmt sich das Verhältnis zwischen dem Bewirken einer falschen Beurkundung (§ 271 Abs. 1 StGB) und dem anschließenden Gebrauch (§ 271 Abs. 2 StGB) der falschen Beurkundung nach denselben Regeln, die für das Verhältnis zwischen dem Herstellen einer unechten Urkunde und dem späteren Gebrauch des Falsifikats im Rahmen der Urkundenfälschung gemäß § 267 StGB gelten.

3. Im Rahmen der Urkundenfälschung entspricht es einhelliger Auffassung, dass der Täter, der eine unechte Urkunde herstellt, um sie zu einer bestimmten Täuschung zu gebrauchen, und sie nachfolgend entsprechend gebraucht, nur eine Straftat der Urkundenfälschung begeht. Maßgebend ist insofern der Täuschungsvorsatz, den der Täter bei der Herstellung der Urkunde hat.

**1104. BGH 1 StR 260/18 – Beschluss vom 31. Juli 2018 (LG Ulm)**

Mord aus niedrigen Beweggründen (erforderliche Gesamtwürdigung; subjektive Voraussetzungen; Umgang mit Besitzansprüchen).

§ 211 Abs. 2 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Beweggründe im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB niedrig, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind und in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag als verachtenswert erscheinen, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maß-

geblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu erfolgen (vgl. BGHSt 47, 128, 130). Bei einer Tötung aus Wut, Ärger, Hass oder Rache kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen (st. Rspr.). In subjektiver Hinsicht muss hinzukommen, dass der Täter die Umstände, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung in sein Bewusstsein aufgenommen hat und, soweit gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen in Betracht kommen, diese gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern kann (vgl. BGH StV 2017, 516 mwN).

**1178. BGH 5 StR 153/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Hamburg)**

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Prepaid-Kreditkarte; „Drei-Partner-System“; Verwendbarkeit gegenüber anderen als dem Aussteller); besonders schwerer Fall der Urkundenfälschung (große Zahl von unechten oder verfälschten Urkunden; numerische Mindestzahl von 25 Urkunden; erhebliche Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs); Beweiswürdigung.

§ 152b StGB; § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB; § 261 StPO

1. Eine „große Zahl“ von unechten oder verfälschten Urkunden i.S.d. § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB setzt eine numerische Mindestanzahl von 25 Urkunden voraus. Denn die Annahme eines besonders schweren Falles der Urkundenfälschung führt zu einer gravierenden Verschärfung des zur Verfügung stehenden Strafrahmens gegenüber demjenigen des Grundtatbestands. Deshalb darf die „große Zahl“ von unechten oder verfälschten Urkunden nicht zu niedrig bestimmt werden.

2. Auch sogenannte Prepaid-Kreditkarten sind taugliche Tatobjekte des § 152b Abs. 4 StGB. Die Vorschrift erfasst Kredit-, Eurocheck- und sonstige Karten (insbesondere aufladbare Geldkarten mit Chip), die es ermöglichen, den Aussteller im Zahlungsverkehr zu einer garantierten Zahlung zu veranlassen, sofern sie durch Ausgestaltung oder Codierung besonders gegen Nachahmung gesichert sind und die Karten auch gegenüber anderen als dem Aussteller benutzt werden können. Ob das gegenüber dem Zahlungsempfänger abgegebene Zahlungsverprechen des Kartenausstellers auf einer garantierten Kreditgewährung des Ausstellers gegenüber dem Karteninhaber beruht oder – wie bei Prepaid-Kreditkarten – auf einem durch Einzahlung erlangten Guthaben, ist unerheblich.

**1142. BGH 4 StR 239/18 – Urteil vom 25. Oktober 2018 (LG Landau)**

Besonders schwere Vergewaltigung (Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs „bei der Tat“ liegt in zeitlicher Hinsicht; Einsatz der Waffe oder des gefährlichen Werkzeuges gerade als Nötigungsmittel nicht erforderlich; Definition: schwere körperliche Misshandlung); Adhäsionsantrag (Prozesszinsen: Andeutung der Abkehr von bisheriger Rechtsauffassung). § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB; § 404 Abs. 2 Satz 1 und 2 StPO; § 187 Abs. 1 BGB

1. Das Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs „bei der Tat“ liegt in zeitlicher Hinsicht vor, wenn das gefährliche Werkzeug zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung der Tat eingesetzt wird.

2. Die Erfüllung der Qualifikation setzt nicht voraus, dass die Waffe oder das gefährliche Werkzeug gerade als Nötigungsmittel eingesetzt wird, es reicht der Einsatz als Werkzeug bei der sexuellen Handlung. Dafür genügt es auch, wenn ein „einheitlicher Vorgang mit Sexualbezug“ vorliegt.

3. Der Senat braucht unter diesen Umständen nicht zu entscheiden, ob nach der Neufassung des § 177 StGB durch das 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 4. November 2016 nicht jegliche Verwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs im Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Beendigung der Tat auch ohne Nötigungswirkung und sexuellen Bezug ausreicht, die Qualifikation des § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB zu erfüllen.

4. Nach den Feststellungen kommt zudem das Vorliegen des Qualifikationsmerkmals der schweren körperlichen Misshandlung in Betracht. Ausreichend dafür ist es, dass die körperliche Integrität des Opfers „bei der Tat“ in einer Weise verletzt wird, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist.

5. Der Senat neigt unter Aufgabe seiner früher vertretenen Rechtsauffassung dazu, dass gemäß § 404 Abs. 2 Satz 1 und 2 StPO Prozesszinsen ohne Rücksicht auf § 187 Abs. 1 BGB bereits ab dem Tag geschuldet werden, an dem der Adhäsionsantrag bei Gericht eingeht (so auch der 1. und 3. Strafsenat). Dem steht allerdings Rechtsprechung des 5. Strafsenats entgegen.

**1118. BGH 2 StR 134/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Hanau)**

Vergewaltigung (eigenhändige Tathandlung für Verwirklichung eines Regelbeispiel).

§ 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB

Der Senat lässt die Frage offen, ob das Regelbeispiel der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB in der Fassung des 50. Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (BGBl. I 2460) – wie noch § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB aF die eigenhändige Verwirklichung einer der dort aufgeführten Tathandlungen verlangt.

**1140. BGH 4 StR 149/18 – Beschluss vom 17. Oktober 2018 (LG Dessau-Roßlau)**

Urkundenfälschung (Tateinheit auch bei mehrfachem selbstständigen Gebrauch einer unechten Urkunde bei Vorliegen eines Gesamtvorsatzes); Fahren ohne Fahrerlaubnis (Unterbrechung des Dauerdeliktes nur nach neu gefasstem Willensentschluss des Täters).

§ 267 Abs. 1 StGB; § 21 Abs. 1 Satz 1 StVG; § 6 Abs. 1 PflVG

1. Auch der mehrfache selbständige Gebrauch einer unechten Urkunde bildet mit dem Herstellen der unechten Urkunde eine tatbestandliche Handlungseinheit und damit eine materiellrechtliche Tat, wenn der mehrfache Gebrauch dem schon bei der Fälschung bestehenden konkreten Gesamtvorsatz des Täters entspricht. Bringt der Täter die für ein anderes Fahrzeug ausgegebenen amtlichen Kennzeichen an einem Fahrzeug an, um dieses als vermeintlich zugelassen im öffentlichen Straßenverkehr zu nutzen, ist ein solcher Gesamtvorsatz naheliegender gegeben.

2. Die Dauerdelikte des § 21 Abs. 1 Satz 1 StVG und § 6 Abs. 1 PflVG umfassen die gesamte von vornherein auch über eine längere Wegstrecke geplante Fahrt bis zu deren endgültigem Abschluss, ohne dass kurzzeitige Fahrtunterbrechungen zu einer Aufspaltung der einheitlichen Tat führen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Fortsetzung der Fahrt auf einem neu gefassten Willensentschluss des Täters beruht. Dementsprechend beginnt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine neue Dauerstraftat, wenn der Täter nach einem Unfallgeschehen weiterfährt, weil er den Entschluss gefasst hat, sich der Feststellung seiner Unfallbeteiligung durch Flucht zu entziehen.

**1158. BGH 4 StR 395/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Kaiserlautern)**

Hehlerei (Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt als Voraussetzung des Sichverschaffens und Ankaufens; Versuchsbeginn).  
§ 22 StGB; § 259 Abs. 1 StGB

1. Sowohl das Sichverschaffen als auch das Ankaufen – als Unterfall des Sichverschaffens – setzen die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt durch den Hehler.

2. Dementsprechend setzt der Versuch sowohl des Sichverschaffens als auch des Ankaufens ein unmittelbares Ansetzen zur Übernahme eigener Verfügungsgewalt voraus; die bloße Vereinbarung mit dem Vortäter, die Sache abnehmen zu wollen, reicht für den Versuchsbeginn nicht aus.

**1189. BGH 5 StR 241/18 – Urteil vom 7. November 2018 (LG Hamburg)**

Besonders schwerer Raub (Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs; jeder zweckgerichtete Gebrauch zur Nötigung mittels Gewalt oder Drohung; schwere körperliche Misshandlung; schwere Beeinträchtigung der körperlichen Integrität; erhebliche Folgen für Gesundheit oder Schmerzen; heftige Faustschläge ins Gesicht; Bewusstlosigkeit); keine räuberische Erpressung bei Nötigung zur Ermöglichung einer anschließenden Wegnahme durch Preisgabe einer PIN zur Öffnung eines Tresors.  
§ 249 StGB; § 250 Abs. 2 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

1. Der Begriff des Verwendens im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch. Er bezieht sich auf den Einsatz des Nötigungsmittels im

Grundtatbestand, so dass ein Verwenden immer dann zu bejahen ist, wenn der Täter zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für deren Leib oder Leben gebraucht.

2. Von einer schweren körperlichen Misshandlung im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB ist grundsätzlich bei einer schweren Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Opfers auszugehen, die mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder erheblichen Schmerzen einhergeht. Diese Voraussetzungen sind bei heftigen Faustschlägen in das Gesicht, in deren Folge das Opfer bewusstlos wird, regelmäßig erfüllt.

**1170. BGH 3 StR 292/18 – Urteil vom 18. Oktober 2018 (LG Oldenburg)**

Strafrahmenwahl bei schwerer Vergewaltigung (minder schwerer Fall; Regelbeispiel; Qualifikation; Strafuntergrenze; strenge Anforderungen an die tatrichterliche Gesamtwürdigung; Entkräftung der Regelwirkung nur bei ganz außergewöhnlichen Milderungsgründen).  
§ 177 StGB

1. Beim Zusammentreffen eines Regelbeispiels nach § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB aF mit einer Qualifikation gemäß § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB aF ist die Annahme eines minder schweren Falles nach § 177 Abs. 5 Hs. 2 StGB aF grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Allerdings muss der Tatrichter bei Annahme eines solchen minder schweren Falles die Strafuntergrenze des § 177 Abs. 2 Satz 1 StGB aF beachten, sofern dieser Strafrahmen auch ohne das Vorliegen der Qualifikation gegeben wäre; anderenfalls wäre ein Täter, der neben einem Regelbeispiel einen Qualifikationstatbestand erfüllt, günstiger gestellt als derjenige, der kein qualifizierendes Merkmal verwirklicht.

2. Ein Absehen vom Regelstrafrahmen des § 177 Abs. 2 S. 1 StGB aF kommt in derartigen Fällen, in denen der Täter durch die Erfüllung des Qualifikationstatbestandes zusätzliches gravierendes Unrecht auf sich geladen hat, nur bei Vorliegen ganz außergewöhnlich mildernder Umstände in Betracht. Dementsprechend sind an die gebotene Gesamtwürdigung besonders strenge Anforderungen zu stellen, wenn der Tatrichter die Untergrenze des Strafrahmens des § 177 Abs. 2 Satz 1 StGB aF unterschreiten will.

3. Die bloße Bezugnahme auf die Erwägungen, die zur Annahme des minder schweren Falles nach § 177 Abs. 5 Hs. 2 StGB aF geführt haben, genügt regelmäßig nicht. Vielmehr muss sich das Tatgericht mit dem systematischen Zusammenhang zwischen dem Qualifikationstatbestand, der nur eine sexuelle Nötigung im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB aF, nicht aber eine Vergewaltigung im Sinne des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB aF voraussetzt, und dem Regelbeispiel auseinandersetzen und zu erkennen geben, dass es bedacht hat, dass in solchen Fällen eine Entkräftung der Regelwirkung nur ausnahmsweise bei ganz außergewöhnlichen Milderungsgründen in Betracht kommt.

**1159. BGH 4 StR 414/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Detmold)**

Misshandlung von Schutzbefohlenen (Definition des Quälens).

§ 225 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Quälen im Sinne des § 225 Abs. 1 Nr. 1 StGB bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender (erheblicher) Schmerzen oder Leiden körperlicher oder seelischer Art. Es wird im Allgemeinen durch mehrere Tathandlungen bewirkt, wobei oft erst deren ständige Wiederholung den besonderen Unrechtsgehalt des Quälens verwirklicht. Die zugefügten Schmerzen oder Leiden müssen dabei über die typischen Auswirkungen einzelner Körperverletzungshandlungen hinausgehen und der Vorsatz des Täters sich auch hierauf erstrecken. Das Erfordernis, dass die zugefügten Schmerzen oder Leiden über die typischen Auswirkungen der einzelnen Körperverletzungshandlungen hinausgehen müssen, ist dabei insbesondere dann von Bedeutung, wenn die einzelnen Körperverletzungshandlungen für sich genommen eher niederschwellig sind und erst deren ständige Wiederholung den gegenüber § 223 StGB gesteigerten Unrechtsgehalt ausmacht.

2. Bringt der Täter dem Tatopfer vorsätzlich in enger Folge mehrere schwere Verletzungen bei, die jeweils schon für sich zu länger dauernden und erheblichen Schmerzen führen, sodass die neu zugefügten Schmerzen und Leiden zu noch nicht oder gerade abgeklungenen Schmerzen und Leiden aus früheren Gewalthandlungen hinzutreten oder sich an diese anschließen, ist auch damit ein Quälen gegeben.

**1179. BGH 5 StR 179/18 – Urteil vom 10. Oktober 2018 (LG Leipzig)**

Besonders schwere Vergewaltigung (anal eingeführter Dildo als gefährliches Werkzeug; schwere körperliche

Misshandlung bei stundenlanger schmerzhafter Quälerei).

§ 177 Abs. 8 StGB

1. Ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 177 Abs. 8 Nr. 1 Var. 2 StGB liegt vor, wenn ein – auch für sich gesehen ungefährlicher – Gegenstand nach der konkreten Art seiner Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Dies ist regelmäßig bei einem Dildo der Fall, wenn er überraschend und kräftig in den After gestoßen wird und hierdurch ganz erhebliche Schmerzen und eine Hautunterblutung am Aftereingang verursacht.

2. Eine schwere körperliche Misshandlung im Sinne des nach § 177 Abs. 8 Nr. 2a StGB ist jede schwere Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens; die körperliche Integrität muss in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, beeinträchtigt sein. Auch wenn die insoweit anzustellenden Anforderungen nicht zu niedrig angesetzt werden dürfen, liegt dieses Merkmal bei einer stundenlangen Quälerei mit Zufügung „thermischer Hautverletzungen“ und erheblicher Schmerzen durch anale Penetration überaus nahe und muss erörtert werden.

**1111. BGH 1 StR 517/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG München I)**

Besonders schwerer Raub (keine Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs bei Verwendung einer ungeladenen Schusswaffe als Drohmittel).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 Nr. 1 StGB

Eine ungeladene Schusswaffe bzw. Gas- oder Schreckschusspistole, die vom Täter als Drohmittel zur Verhinderung oder Überwindung von Widerstand einer anderen Person eingesetzt wird, unterfällt (lediglich) dem Tatbestand des schweren Raubes nach § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB, erfüllt aber nicht den Tatbestand des besonders schweren Raubes nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**1190. BGH 5 StR 251/18 – Urteil vom 25. September 2018 (LG Dresden)**

BGHSt; Absehen von Strafe wegen Aufklärungshilfe (Ermessensentscheidung; alle strafzumessungsrelevanten Umstände des Einzelfalles; Präklusion; Unbeachtlichkeit der Gründe für ein Versäumen des Präklusionszeitpunktes; Berücksichtigung nicht fristgerechter Aufklärungshilfe bei der allgemeinen Strafzumessung; Konnexität zwischen der aufgedeckten und der dem Täter zur Last gelegten Tat).

§ 46b Abs. 2 StGB; § 31 BtMG

1. Bei der Ermessensentscheidung nach § 31 Satz 1 BtMG sind gemäß § 31 Satz 3 BtMG in Verbindung mit § 46b Abs. 2 StGB alle strafzumessungsrelevanten Umstände des Einzelfalles einzubeziehen. (BGHSt)

2. Die Gründe für ein Versäumen des Präklusionszeitpunktes (§ 46b Abs. 3 StGB) sind ohne Bedeutung. (BGHSt)

3. Eine nicht fristgerechte Aufklärungshilfe kann nur bei der allgemeinen Strafzumessung berücksichtigt werden. In diesem Rahmen kann es gewichtet werden, wenn die Verspätung auf Umständen beruht, die nicht in die Verantwortungssphäre des Angeklagten fallen. (Bearbeiter)

4. Der nach § 31 S. 1 Nr. 1 BtMG erforderliche Zusammenhang zwischen der aufgedeckten und der dem Täter zur Last liegenden Tat setzt einen inneren und verbindenden Bezug zwischen der eigenen und der offenbarten Tat voraus. Für eine derartige Konnexität genügt weder

ein bloß örtliches und zeitliches Zusammentreffen offenbarer und eigener Straftaten noch eine langjährige persönliche Beziehung zwischen dem Angeklagten und dem Täter der offenbaren Straftat. (Bearbeiter)

5. Bei der Ermessensentscheidung nach § 31 Satz 1 BtMG können auch eine verspätete Aufklärungshilfe oder nicht unter § 31 Satz 1 BtMG fallende Aufklärungsbemühungen des Täters berücksichtigt werden. Sie sind aber regelmäßig mit niedrigerem Gewicht einzustellen als Aufklärungsbeiträge im Sinne des § 31 Satz 1 BtMG, auf die gemäß § 31 Satz 3 BtMG in Verbindung mit § 46b Abs. 2 Nr. 1 StGB besonderes Augenmerk („insbesondere“) zu legen ist. (Bearbeiter)

**1153. BGH 4 StR 318/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Paderborn)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Berücksichtigung der Einziehung wertvoller Gegenstände bei der Strafzumessung); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Anforderungen an Urteilsgründe für den Fall, dass Tatrichter sich ohne eigene Erwägungen einem Sachverständigengutachten anschließt).

§ 74 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StGB; § 261 StPO

1. Eine Maßnahme nach § 74 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StGB hat – ebenso wie nach alter Rechtslage – den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, so ist dies deshalb ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

2. Beschränkt sich der Tatrichter darauf, sich ohne eigene Erwägungen einem Sachverständigengutachten anzuschließen, ist er aber aus Gründen sachlichen Rechts regelmäßig gehalten, die für die Schlussfolgerungen des Sachverständigen maßgeblichen Anknüpfungs- und Befundtatsachen insoweit in den Urteilsgründen mitzuteilen, als dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner gedanklichen Schlüssigkeit im Revisionsrechtszug erforderlich ist.

**1126. BGH 2 StR 367/18 – Beschluss vom 17. Oktober 2018 (LG Erfurt)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung; Doppelverwertungsverbot).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Dass sich der Angeklagte über die Interessen des missbrauchten Kindes hinwegsetzt, gehört zum Regelatbild der Tatbestände der §§ 176 und 176a StGB und kann deshalb nicht als den Unrechtsgehalt der Taten erhöhender Umstand angesehen werden.

**1182. BGH 5 StR 202/18 – Urteil vom 10. Oktober 2018 (LG Dresden)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeit des Angeklagten; Prognose; Erheblichkeit der zu erwartenden Straf-

taten; erhebliche Störung des Rechtsfriedens; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; schwerwiegende psychische Schäden; Vergewaltigung).

§ 66 StGB

1. Die in § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB als materielle Anordnungsvoraussetzung genannte Gefährlichkeit eines Angeklagten für die Allgemeinheit liegt vor, wenn infolge eines bei ihm bestehenden Hanges ernsthaft zu besorgen ist, dass er auch in Zukunft Straftaten begehen wird, die eine erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen. Als wesentlichen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Erheblichkeit zu erwartender Straftaten nennt das Gesetz eine schwere seelische oder körperliche Schädigung der Opfer. Bezugspunkt sind demnach die wahrscheinlichen Folgen der zu erwartenden Straftaten.

2. Mit Taten des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern ist im Hinblick auf die für die Tatopfer oftmals gewichtigen psychischen Auswirkungen unabhängig von körperlicher Gewaltanwendung typischerweise die Gefahr schwerwiegender psychischer Schäden verbunden. Dabei existiert kein gesicherter Erfahrungssatz des Inhalts, dass solche Schäden bei älteren Kindern unwahrscheinlicher sind als bei jüngeren.

**1113. BGH 1 StR 611/17 – Urteil vom 13. September 2018 (LG Landshut)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten: Voraussetzungen, besonders vorsichtige Prognose bei in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang stehenden Anlasstaten); Heimtückemord; tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. Als Hang im Sinne des § 66 StGB ist ein eingeschliffener innerer Zustand des Täters anzusehen, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Er kann sowohl bei einem Täter vorliegen, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist, wie bei einem Täter, der aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit dazu bietet (st. Rspr.). Der Hang muss sich auf erhebliche rechtswidrige Taten richten und zur Zeit des tatgerichtlichen Urteils gegeben sein (vgl. BGHSt 50, 188, 193 mwN). Die Beurteilung des Vorliegens eines Hanges ist anhand einer Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit des Angeklagten, der Symptom- und Anlasstaten unter Einbeziehung aller objektiven und subjektiven Umstände vorzunehmen.

2. In formeller Hinsicht setzt § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB voraus, dass der Täter zwei rechtlich selbständige Katalogtaten im Sinne von § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB begangen hat. In dem Fall, dass die beiden Katalogtaten in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang, begangen wurden, bedarf die Hangprüfung allerdings einer besonders eingehenden, kritischen Würdigung. Denn es erscheint nur in Ausnahmefällen denkbar, auf der Basis von nur einer Verurteilung wegen zweier, im unmittelbaren Zusammenhang tatmehrheitlich begangener Taten, einen Hang – gerichtet auf die Begehung erheblicher rechtswidriger Taten – mit hinreichender Sicherheit feststellen zu kön-



nen, da die Prognosebasis in einem solchen Fall noch wesentlich schmäler ist als in den Fällen des engen zeitlichen Zusammenhangs bei den drei Taten des § 66 Abs. 2 StGB oder den übrigen von § 66 Abs. 3 Satz 1 oder 2 StGB erfassten Fällen.

**1094. BGH 1 StR 140/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Stuttgart)**

Gesamtstrafenbildung (Bemessung der Gesamtstrafe).  
§ 54 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 StGB

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Bildung der Gesamtstrafe ein eigenständiger und zu begründender Strafzumessungsakt, der gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB durch die Erhöhung der höchsten Einzelstrafe (sog. Einsatzstrafe) erfolgt und sich nicht an der Summe der Einzelstrafen oder an rechnerischen Grundsätzen zu orientieren hat, sondern an gesamtstrafenspezifischen Kriterien (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 40 f.). Dabei sind bei der erforderlichen Gesamtschau der Taten namentlich das Verhältnis der einzelnen Straftaten zueinander, insbesondere ihr Zusammenhang, ihre größere oder geringere Selbständigkeit, ferner die Häufigkeit der Begehung, die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und der Begehungsweise sowie das Gesamtgewicht des abzuurteilenden Sachverhalts zu berücksichtigen. Ferner ist in einer Würdigung der Person des Täters seine Strafempfindlichkeit, seine größere oder geringere Schuld im Hinblick auf das Gesamtgeschehen und seine innere Einstellung zu den Taten zu erörtern.

**1141. BGH 4 StR 195/18 – Urteil vom 11. Oktober 2018 (LG Detmold)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitsprognose: Prüfungsmaßstab, maßgeblicher Zeitpunkt).  
§ 63 StGB

1. Eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt kommt nur dann in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustands erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Dabei muss es sich um Taten handeln, die zumindest dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sind. Zudem ist eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades erforderlich. Die zu stellende Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat zu entwickeln. Dabei sind neben der konkreten Krankheits- und Kriminalitätsentwicklung auch die auf die Person des Täters und seine konkrete Lebenssituation bezogenen Risikofaktoren, die eine individuelle krankheitsbedingte Disposition zur Begehung von Straftaten jenseits der Anlasstaten belegen können, einzustellen.

2. Bei der auf den Zeitpunkt der Entscheidung zu stellenden Gefährlichkeitsprognose sind auch abzusehende zukünftige Entwicklungen in den Blick zu nehmen und in die Erwägungen einzustellen. Zwischenzeitlich erzielte

Behandlungserfolge und eingetretene Stabilisierungen können daher die Annahme einer die Unterbringung rechtfertigenden Gefährlichkeitsprognose nicht hindern, wenn mit einer Verschlechterung der Verhältnisse und in der Folge mit erneuten rechtswidrigen Taten zu rechnen ist.

3. Für die Entscheidung, ob eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus anzuordnen ist, kommt es nicht darauf an, ob die von dem Täter (aktuell noch) ausgehende Gefahr für die Allgemeinheit durch eine konsequente medizinische Behandlung oder andere Maßnahmen außerhalb des Maßregelvollzugs abgewendet werden kann. Ein derartiges täterschonendes Mittel würde erst bei der Frage der Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel zur Bewährung Bedeutung erlangen können.

**1144. BGH 4 StR 255/18 – Beschluss vom 16. August 2018 (LG Bielefeld)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Voraussetzung bei mehreren Beteiligten); Körperverletzung (bedingter Körperverletzungsvorsatz bei hoher Gefahr für die körperliche Unversehrtheit).  
§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Die Einziehung des Wertes von Taterträgen gemäß § 73c Satz 1 StGB knüpft an § 73 Abs. 1 StGB an und setzt daher voraus, dass der Täter durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt hat. Hierzu ist in Fällen der Beteiligung mehrerer an einer Tat erforderlich, dass die mehreren Tatbeteiligten faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über die Beute erlangt haben. Dabei kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft nur in Betracht, wenn sich die Beteiligten darüber einig waren, dass dem jeweiligen Mittäter zumindest Mitverfügungsgewalt über die Beute zukommen sollte und er diese auch tatsächlich hatte.

2. Die Annahme eines bedingten Körperverletzungsvorsatzes kann sich – letztlich nicht anders als im Fall des bedingten Tötungsvorsatzes – auch daraus ergeben, dass der Täter (oder ein Mittäter) eine Handlung vornimmt, die eine so hohe Gefahr für die körperliche Integrität des Opfers beinhaltet, dass im Einzelfall ohne weiter gehende Begründung aus der Kenntnis der Tatumstände auf das Wissens- und der gleichwohl erfolgten Tatausführung auf das Wollenselement des bedingten Vorsatzes geschlossen werden kann.

**1197. BGH 5 StR 449/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit; Fehlen der Unrechtseinsicht; Steuerungsfähigkeit; Prüfungsreihenfolge; Unklarheiten in den Urteilsgründen; Unmöglichkeit der revidierenden Überprüfung).  
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Feststellung einer erheblichen verminderten Einsichtsfähigkeit erfüllt für sich nicht die Voraussetzungen

des § 21 StGB und ist damit auch keine ausreichende Grundlage für die Anordnung der Unterbringung nach § 63 StGB. Eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Unrechtseinsicht zur Folge hat. Ein Täter, der trotz erheblich verminderter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall die Einsicht in das Unrecht seiner Tat gehabt hat, ist – sofern nicht seine Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt war – voll schuldfähig, womit auch die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht in Betracht kommt.

2. Wird die Anwendung des § 20 StGB zugleich auf beide Alternativen fehlender oder erheblich eingeschränkter Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gestützt, ist zu bedenken, dass die Frage der Steuerungsfähigkeit grundsätzlich erst dann zu prüfen ist, wenn der Täter in der konkreten Tatsituation einsichtsfähig war. Bleibt nach den Urteilsgründen zweifelhaft, welche Alternative das Tatgericht annehmen wollte, so ist dem Revisionsgericht eine rechtliche Überprüfung, ob die Voraussetzungen der Vorschrift zu Recht bejaht worden sind, nicht möglich. Eine etwaig darauf gestützte Anordnung nach § 63 StGB kann dann mangels eindeutiger Feststellung ihrer Voraussetzungen keinen Bestand haben.

#### **1192. BGH 5 StR 274/18 – Urteil vom 10. Oktober 2018 (LG Hamburg)**

Ermessensentscheidung bei der Anordnung von Sicherungsverwahrung ohne frühere Verurteilung (hinreichende Warnung durch die festgesetzte Freiheitsstrafe; relativ junges Alter bei Tatbegehung; nicht abgeschlossene Persönlichkeitsbildung; Therapiebereitschaft; Täter-Opfer-Ausgleich; revisionsgerichtliche Kontrolle).  
§ 66 Abs. 1, Abs. 3 StGB

1. § 66 Abs. 3 S. 2 StGB räumt dem Tatgericht die Möglichkeit ein, sich trotz der festgestellten hangbedingten Gefährlichkeit eines Angeklagten im Rahmen einer revisionsgerichtlichen nur eingeschränkt überprüfbaren Ermessensentscheidung auf das Festsetzen einer Freiheitsstrafe zu beschränken, sofern erwartet werden kann, dass der Täter sich schon dies hinreichend zur Warnung dienen lässt. Damit wird dem Ausnahmecharakter der Vorschrift Rechnung getragen, der sich daraus ergibt, dass sie eine frühere Strafverbüßung oder auch nur Verurteilung des Täters nicht voraussetzt.

2. Sieht das Tatgericht im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens von der Anordnung der Sicherungsverwahrung ab, kann es diese Entscheidung u.a. darauf stützen, dass der Angeklagte bei den Taten noch relativ jung war (hier: Tatbegehungen im Alter von 21-26 Jahren) und dass seine Persönlichkeitsentwicklung insofern noch nicht abgeschlossen ist. Ferner können eine grundsätzliche Therapiebereitschaft sowie das Bemühen um einen Täter-Opfer-Ausgleich berücksichtigt werden.

#### **1150. BGH 4 StR 312/18 – Urteil vom 25. Oktober 2018 (LG Konstanz)**

Grundsätze der Strafzumessung (regelmäßig keine Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft).  
§ 46 Abs. 2 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

Erlittene Untersuchungshaft ist regelmäßig für die Strafzumessung ohne Bedeutung, weil sie grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet wird. Auch beim erstmaligen Vollzug der Untersuchungshaft kommt eine mildernde Berücksichtigung nur in Betracht, sofern im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten.

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### **1172. BGH 3 StR 390/17 – Urteil vom 3. Mai 2018 (LG Wuppertal)**

Verwertbarkeit von im Zusammenhang mit einer rechtfertigbaren Durchsuchung erlangten Beweisen (Vorhalt unzulässig erlangter Erkenntnisse; grundsätzliches Verwertungsverbot; Selbstbelastungsfreiheit; qualifizierte Belehrung; Abwägung; Richtervorbehalt; Schweigerecht; Willkür); Anforderungen an den Revisionsvortrag bei Verfahrensrüge (Prüfungsumfang; Angriffsrichtung; Verfahrenstatsachen).

§ 105 Abs. 1 StPO; § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 252 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

1. Macht der Beschuldigte seine Angaben unter dem Eindruck des Vorhalts von unzulässig erlangten Erkenntnissen, etwa solchen aus einer rechtswidrigen Telekommunikationsüberwachung, ist er selbst dann, wenn er gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt worden ist, nicht

mehr frei in seiner Entschließung, ob und wie er sich zu einzelnen Punkten einlassen soll, die ihm aufgrund der unzulässig erlangten Beweismittel vorgehalten werden. Die in dieser Weise verfahrensfehlerhaft erlangte Aussage ist grundsätzlich unverwertbar. Eine Abwägung mit dem Interesse an der Sachverhaltsaufklärung scheidet insoweit aus.

2. Es ist anerkannt, dass ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO auch zur Unverwertbarkeit von späteren Aussagen des Beschuldigten führen kann, sofern dieser nicht durch eine „qualifizierte Belehrung“ auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussage hingewiesen wird (vgl. zuletzt etwa BGH HRRS 2015 Nr. 240). Ob eine Pflicht zur qualifizierten Belehrung bei einer späteren Vernehmung auch darauf gestützt werden kann, dass der Angeklagte bei seiner ersten Befragung mit Beweismitteln konfrontiert wurde, die einem

Beweisverwertungsverbot unterlagen – hier wegen eines Verstoßes gegen den Richtervorbehalt nach § 105 Abs. 1 StPO –, muss der Senat nicht entscheiden.

3. Unterbleibt eine gebotene qualifizierte Belehrung, folgt daraus nicht ohne Weiteres die Unverwertbarkeit der neuerlichen Aussage. Es ist vielmehr – nach den in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen – eine Abwägung vorzunehmen. In deren Rahmen kommt dem Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung regelmäßig nicht dasselbe Gewicht zu wie dem vorangegangenen Verstoß. Das gilt auch, wenn die ursprüngliche Unverwertbarkeit auf den Vorhalt unzulässig erlangter Beweismittel bei einer früheren Vernehmung resultiert. Da in diesen Fällen eine Pflicht zur qualifizierten Belehrung bislang höchstrichterlich nicht anerkannt ist, wird das Unterlassen einer solchen Belehrung zudem regelmäßig nicht willkürlich sein.

4. Der Umfang der Prüfung durch das Revisionsgericht wird durch die Angriffsrichtung der von der Revision erhobenen Verfahrensbeanstandung bestimmt. Das folgt aus der Dispositionsbefugnis des Revisionsführers, die sich aus § 352 Abs. 1 StPO ergibt. Danach unterliegen der Prüfung des Revisionsgerichts nur die gestellten Revisionsanträge und, soweit die Revision auf Mängel des Verfahrens gestützt wird, nur diejenigen Tatsachen, die innerhalb der Revisionsbegründungsfrist bezeichnet sind. Dementsprechend steht es dem Revisionsführer frei, ein Prozessgeschehen nur unter einem bestimmten Gesichtspunkt zu rügen, einen etwa zusätzlich begangenen Verfahrensverstoß dagegen hinzunehmen.

5. Das Revisionsgericht hat zu der Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, nicht lediglich diese Würdigung auf Rechtsfehler zu überprüfen, sondern selbst im Wege des Freibeweises festzustellen, ob der behauptete Verfahrensfehler vorliegt. Gemäß den danach geltenden allgemeinen Grundsätzen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO muss der Beschwerdeführer im Rahmen einer Verfahrensrüge die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen grundsätzlich so vollständig und genau darlegen, 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 oder eingefügte Abschriften oder Ablichtungen – zum Bestandteil der Revisionsbegründung zu machen.

### **1131. BGH 2 StR 421/17 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Hinzuziehung eines Ergänzungsschöffen (Verhinderung des zur Entscheidung berufenen Schöffen; Entscheidungszeitpunkt- und Maßstab; tatrichterliches Ermessen: zu berücksichtigende Interessen; revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 192 Abs. 2, Abs. 3 GVG; § 229 Abs. 1 StPO

1. Nach § 192 Abs. 2, Abs. 3 GVG tritt ein zu der Hauptverhandlung zugezogener Ergänzungsschöffe in das Quorum ein, wenn ein zur Entscheidung berufener Schöffe

an der weiteren Mitwirkung verhindert ist. Die Feststellung, ob ein Verhinderungsfall vorliegt, obliegt dem Vorsitzenden. Der Vorsitzende hat bei der Entscheidung einen Ermessensspielraum. Dieser umfasst auch den Zeitpunkt seiner Entscheidung.

2. Eine zeitweise, sich prognostisch innerhalb der Frist des § 229 Abs. 1 StPO bewegende Verhinderung eines Spruchkörpermitglieds begründet nicht notwendig den Vertretungsfall; sie schließt jedoch die Annahme einer Verhinderung auch nicht aus. Bei der Wahl des Entscheidungszeitpunktes hat der Vorsitzende die widerstreitenden Interessen zwischen dem Prinzip des gesetzlichen Richters einerseits und den auf Beschleunigung und Konzentration gerichteten sonstigen Prozessmaximen andererseits zu berücksichtigen.

3. Während das Prinzip des gesetzlichen Richters dafür streitet, die Hauptverhandlung zu unterbrechen und abzuwarten, ob sie noch fristgemäß unter Mitwirkung des erkrankten Spruchkörpermitglieds fortgesetzt werden kann, lassen es die Beschleunigungs- und Konzentrationsmaxime sachgerecht erscheinen, die Verhinderung baldmöglichst festzustellen, um die Hauptverhandlung ohne Zeitverzug fortzusetzen. Die Entscheidung des Vorsitzenden bedarf daher substantiiertem Erwägungen im Einzelfall. Dabei können neben dem – in Haftsachen in verstärktem Maße in den Blick zu nehmenden – Beschleunigungsgebot beispielsweise das auf eine effektive, zügige und für alle Verfahrensbeteiligten ressourcenschonende Durchführung der Hauptverhandlung gerichtete Konzentrationsgebot, die konkrete Planung der Beweisaufnahme sowie die Anzahl der (noch) geplanten Hauptverhandlungstermine oder auch ein drohender Beweismittelverlust Bedeutung gewinnen. Bei der Entscheidung im Einzelfall ist jedoch stets das grundrechtsgleiche Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter im Blick zu behalten.

4. Die Entscheidung des Vorsitzenden ist vom Revisionsgericht nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur darauf hin zu überprüfen, ob sie sich als unvertretbar und damit als objektiv willkürlich erweist. Eingedenk des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs des Angeklagten aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG liegt Willkür in diesem Sinne nicht erst bei einer bewussten Fehlentscheidung, sondern bereits dann vor, wenn die mit der Verhinderungsfeststellung des Schöffen verbundene Bestimmung des gesetzlichen Richters grob fehlerhaft ist und sich so weit von der verfassungsmäßigen Garantie des gesetzlichen Richters entfernt, dass sie nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

### **1138. BGH 4 StR 135/18 – Urteil vom 27. September 2018 (LG Bielefeld)**

Revisionsbegründung (Anforderungen an den Revisionsvortrag; Darlegung revisionsbegründender Tatsachen im Falle der Behauptung eines zu Unrecht angenommenen Beweisverwertungsverbot); Unverletzlichkeit der Wohnung (Dispositionsbefugnis eines Mieters über den Hausflur eines Mietshauses); Raub (Voraussetzungen eines minder schweren Falles); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang: Prüfungsmaßstab).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 13 Abs. 1 GG; § 64 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

1. Der Beschwerdeführer muss im Rahmen einer Verfahrensrüge die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen grundsätzlich so vollständig und genau darlegen, 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 zum Bestandteil der Revisionsbegründung zu machen.

2. Diese Anforderungen gelten auch dann, wenn die Beschwerdeführer rügt, das Gericht habe zu Unrecht das Vorliegen eines Verwertungsverbotes für ein Beweismittel angenommen, das auf Grund einer Wohnungsdurchsuchung erlangt wurde. Zwar kann das Revisionsgericht die für das Vorliegen eines Verwertungsverbotes in tatsächlicher Hinsicht entscheidungserheblichen Fragen gegebenenfalls im Wege des Freibeweises überprüfen; dies kann jedoch wie auch sonst bei behaupteten Verletzungen von Verfahrensvorschriften nur auf der Grundlage eines entsprechenden zulässigen Revisionsvortrags erfolgen. Ist die Annahme eines Beweisverwertungsverbots tragender Grund für die Ablehnung eines Beweisantrags, sind regelmäßig Beweisantrag und Ablehnungsbeschluss im Wortlaut mitzuteilen, da sich die Fehlerhaftigkeit der Annahme eines Beweisverwertungsverbots als Grundlage für die Zurückweisung des Beweisantrags bereits allein aus dessen Begründung ergeben kann. Lässt der Inhalt des Ablehnungsbeschlusses eine abschließende Beurteilung des Vorliegens eines Verwertungsverbots indes nicht zu, ist für die Darlegung des geltend gemachten Verfahrensfehlers weiterer Vortrag zu den maßgeblichen Verfahrenstatsachen erforderlich, um den Anforderungen zu genügen.

3. Der Flur eines Apartmenthauses fällt mangels allgemeiner Zugänglichkeit jedenfalls als befriedetes Besitztum in den – weit auszulegenden – Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 GG. Der Angeklagte als einer der Mieter des Hauses ist Inhaber des Mitgewahrsams bzw. des Hausrechts an gemeinschaftlich genutzten Hausfluren. Er kann deshalb sein Einverständnis mit der Nachschau durch Polizeibeamte erklären.

4. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein minder schwerer Fall des Raubes dann vor, wenn das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrahfrahmens geboten erscheint. Die danach erforderliche Gesamtbetrachtung und die Würdigung aller wesentlichen entlastenden oder belastenden Gesichtspunkte ist – ebenso wie die Strafzumessung im engeren Sinne – in erster Linie Aufgabe des Tatrichters. Seine Wertung muss das Revisionsgericht bis zur Grenze des Vertretbaren hinnehmen. In die Einzelakte der Strafzumessung kann es in der Regel nur eingreifen, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn die verhängte Strafe auch unter Be-

rücksichtigung des dem Tatrichter eingeräumten Ermessensspielraums nicht mehr als gerechter Schuldausgleich anzusehen ist. Eine bis ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist dem Revisionsgericht dagegen verwehrt.

5. Der für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt erforderliche symptomatische Zusammenhang zwischen dem Hang des Täters zum übermäßigen Drogengenuss und den begangenen Taten sowie seiner zukünftigen Gefährlichkeit wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht dadurch infrage gestellt, dass neben dem Hang auch andere Umstände mit dazu beigetragen haben, dass der Angeklagte erhebliche rechtswidrige Taten begangen hat und dies auch für die Zukunft mit dem erforderlichen Grad von Wahrscheinlichkeit zu besorgen ist. Mit Blick auf den Sicherungszweck der Maßregel ist eine Verbesserung der öffentlichen Sicherheit durch eine Suchtbehandlung schon dann erreicht, wenn bei ihrem erfolgreichem Verlauf das Ausmaß der Gefährlichkeit des Täters nach Frequenz und krimineller Intensität den von ihm zu befürchtenden Straftaten deutlich herabgesetzt wird.

**1195. BGH 5 StR 389/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Gründen (Indiz- oder Hilfstatsache; kein Zusammenhang mit der Urteilsfindung; kein Einfluss auf die richterliche Überzeugung im Fall der Bestätigung; nur möglicher Schluss auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels; Einstellung in das bisherige Beweisergebnis; prognostische Prüfung).

§ 244 Abs. 3 StPO

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

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

**1151. BGH 4 StR 314/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Konstanz)**

Notwendige Auslagen des Nebenklägers (Auferlegung gegenüber einem verurteilten Jugendlichen aus erzieherischen Gründen).

§ 472 Abs. 1 StPO; § 74 JGG

Die notwendigen Auslagen der Nebenklage können auch einem verurteilten Jugendlichen aus erzieherischen Gründen auferlegt werden. Ist der Jugendliche wegen eines Tötungsdeliktes verurteilt worden, lässt sich ihm auf diese Weise vor Augen führen, dass durch seine Tat auch Angehörige betroffen sind. Zudem kann hierdurch eine Abschwächung der Verurteilung vermieden werden, die in einer umfassenden Kostenfreistellung gesehen werden könnte.

**1114. BGH 1 StR 666/17 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Bonn)**

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit im Revisionsverfahren (letztmögliche Geltendmachung bei Entscheidung des Revisionsgerichts im Beschlusswege, keine Verlängerung durch Anhörungsrüge).

§ 24 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 StPO; § 356a StPO

Entscheidet das Gericht über die Revision außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, so kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur solange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist. Etwas anderes gilt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann nicht, wenn gegen den die Revision verwerfenden Senatsbeschluss eine Anhörungsrüge nach § 356a StPO erhoben wird, die sich mangels Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als unbegründet erweist. Denn die Regelung des § 356a StPO soll dem Revisionsgericht die Möglichkeit geben, einem Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör durch erneute Sachprüfung selbst abzuwehren; der Rechtsbehelf dient indes nicht dazu, einem unzulässigen Ablehnungsgesuch durch die unzutreffende Behauptung der Verletzung rechtlichen Gehörs doch noch Geltung zu verschaffen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 214).

**1130. BGH 2 StR 417/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Gera)**

Gang der Hauptverhandlung (Informationspflicht: Mitteilung über Erörterungen, soweit diese Möglichkeit einer Verständigung betreffen; Vermutung des Beruhens des Urteils auf Verstößen gegen Mitteilungspflichten); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Verpflichtung zur Bildung der Gesamtstrafen bei Vorliegen der Voraussetzungen).

§ 202a StPO; 212 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 257c StPO; 273 Abs. 1 a Satz 2 StPO; § 55 StGB

1. Nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO teilt der Vorsitzende des Gerichts mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Diese Pflicht gilt nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhand-

lung ergeben haben. Die Pflicht zur Mitteilung der mit dem Ziel einer Verständigung über den Verfahrensausgang geführten Gespräche erstreckt sich deshalb auch auf die Darlegung, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde, welche Standpunkte gegebenenfalls von den einzelnen Gesprächsteilnehmern vertreten wurden und auf welche Resonanz diese bei den anderen am Gespräch Beteiligten jeweils gestoßen sind. Dementsprechend hat der Vorsitzende zur Gewährleistung einer effektiven Kontrolle Verlauf und Inhalt der Gespräche in das Protokoll der Hauptverhandlung aufzunehmen (§ 273 Abs. 1a Satz 2 StPO), wobei die Dokumentationspflicht auch für erfolglos geführte Gespräche gilt, in deren Verlauf keine Verständigung zustande gekommen ist.

2. Bei Verstößen gegen die Mitteilungspflichten ist regelmäßig davon auszugehen, dass das Urteil darauf beruht, da sich – bis auf eng begrenzte Ausnahmefälle – nicht ausschließen lässt, dass das Gericht bei gesetzesmäßigem Vorgehen infolge eines anderen Prozessverlaufs zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

3. Liegen die Voraussetzungen für eine Gesamtstrafenbildung vor, ist der Tatrichter hierzu grundsätzlich verpflichtet.

**1137. BGH 2 ARs 311/18 (2 AR 176/18) – Beschluss vom 31. Oktober 2018**

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen (grundsätzlich keine nachträgliche „Heilung“ fehlender Zuständigkeit durch den Bundesgerichtshof).

§ 4 Abs. 2 StPO; § 154 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

1. Eine nachträgliche „Heilung“ fehlender Zuständigkeit durch den nicht gleichzeitig als Revisionsgericht zuständigen Bundesgerichtshof in einer Vielzahl von Fällen würde Verstöße gegen § 4 Abs. 2 StPO weitgehend sanktionslos lassen und dessen Anwendungsbereich damit unangemessen einschränken. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen hält der Senat die Nachholung einer Verfahrensverbindung in entsprechender Anwendung des § 4 Abs. 2 StPO für zulässig, nämlich wenn das Revisionsverfahren bei ihm anhängig ist und durch diese Verfahrensweise unter Ausschluss jeglicher Beschwer für den Angeklagten endgültig erledigt werden kann.

2. Dies setzt voraus, dass das Verfahren, soweit es infolge unwirksamer Verfahrensverbindung an einer Verfahrens- (oder: Sachurteils-)voraussetzung fehlt, gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt und zugleich insgesamt nach § 349 Abs. 2 StPO verfahren werden kann.

**1187. BGH 5 StR 229/18 – Urteil vom 24. Oktober 2018 (LG Lübeck)**

Abgrenzung von Vernehmung zur Sache und Vernehmung zu den persönlichen Verhältnissen (über die Identitätsfeststellung hinausgehende Angaben zu Werdegang, Vorleben oder wirtschaftlichen Verhältnissen); keine räuberische Erpressung bei erzwungener Preisgabe eines Tresorschlüssels (Möglichkeit zur anschließenden Wegnahme); Teilabsehen von der Wertersatz einziehung.

§ 243 StPO; § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 249 StGB;  
§ 253 StGB; § 255 StGB

Über die bloße Identitätsfeststellung hinausgehende Angaben eines Angeklagten zu seinem Werdegang, seinem Vorleben oder seinen wirtschaftlichen Verhältnissen sowie zu sonstigen Umständen, die für die Beurteilung der Tat und den Rechtsfolgenausspruch von Bedeutung sein können, gehören zu der von der Aussagefreiheit erfassten Vernehmung zur Sache im Sinne des § 243 Abs. 5 Satz 2 StPO und nicht – wie dies der Wortlaut des § 243 Abs. 2 Satz 2 StPO auf den ersten Blick nahezu legen scheint – zur Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse.

**1107. BGH 1 StR 399/15 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Traunstein)**

Anhörungsrüge (Zulässigkeit: erforderliche Begründung der Rüge).

§ 356a Satz 2 StPO

1. In Fällen, in denen sich die Einhaltung der Frist des § 356a Satz 2 StPO nicht schon aus dem aus den Akten ersichtlichen Verfahrensgang ergibt, gehört die Mitteilung des nach § 356a Satz 2 StPO für den Fristbeginn maßgeblichen Zeitpunkts der Kenntniserlangung von den tatsächlichen Umständen, aus denen sich die Gehörsverletzung ergeben soll, und dessen Glaubhaftmachung (§ 356a Satz 3 StPO) zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsbehelfs (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 351).

2. Dem Begründungserfordernis in § 356a Satz 2 StPO ist nicht nur bei Fehlen jeglicher Begründung, sondern auch dann nicht Genüge getan, wenn die Begründung völlig ungeeignet ist, um einen Gehörsverstoß schlüssig darzutun; dem Fehlen einer Begründung ist eine völlig ungeeignete Begründung rechtlich gleichzustellen.

**1169. BGH 3 StR 92/18 – Beschluss vom 18. September 2018 (LG Hannover)**

Zustellung des Urteils an den Verteidiger (kein Zustellungsmangel; mangelnde Lesefähigkeit des inhaftierten Angeklagten; unterbleibende Verlesung); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zulässigkeit; Wochenfrist; Fristbeginn; Kenntniserlangung; Zweifel an der Fristeinhaltung; Glaubhaftmachung; konkreter Vortrag):

§ 35 StPO; § 37 StPO; § 45 StPO

1. Der Umstand, dass nach Nr. 154 Abs. 1 Satz 1 RiStBV die Zustellung des Urteils an den Verteidiger gerichtet werden sollte, steht der Wirksamkeit der Zustellung an den Angeklagten nicht im Wege. Ein Gebot der Zustellung an den Verteidiger ergibt sich auch nicht aus § 37 Abs. 1 StPO i.V.m. § 172 Abs. 1 ZPO; vielmehr sind allein die Vorschriften der StPO maßgeblich.

2. Die Wirksamkeit der Zustellung wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Angeklagte nur unzureichend lesen lernte; auch wenn eine auf Grund der mangelnden Lesefähigkeiten des in Haft befindlichen Angeklagten an sich nach § 35 Abs. 3 StPO gebotene Verlesung unterbleibt, begründet dies keinen Zustel-

lungsmangel, sondern kann lediglich zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand führen.

3. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist binnen einer Woche nach Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 45 Abs. 1 Satz 1 StPO). Entscheidend für den Fristbeginn der Wochenfrist für die Wiedereinsetzung ist der Zeitpunkt der Kenntniserlangung durch den Angeklagten. Zweifel an der Fristeinhaltung gehen zu Lasten des Antragstellers.

4. Innerhalb der Wochenfrist muss der Antragsteller auch Angaben über den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses machen. Diese Angaben sind ebenso wie ihre Glaubhaftmachung Zulässigkeitsvoraussetzungen.

**1134. BGH 2 StR 578/16 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Rostock)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (Wiedereinsetzung zur Nachholung einer Verfahrensrüge nur in Ausnahmefällen).

§ 44 StPO

1. Das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung dient nicht der Heilung von Zulässigkeitsmängeln von fristgemäß erhobenen Verfahrensrügen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Wiederholung einer zunächst vom Verteidiger nicht formgerecht vorgetragenen und daher unzulässigen Verfahrensrüge widerspricht im Übrigen der Systematik des Revisionsverfahrens. Könnte ein Angeklagter, dem durch die Antragschrift des Generalbundesanwalts ein formaler Mangel in der Begründung einer Verfahrensrüge aufgezeigt worden ist, diese unter Hinweis auf ein Verschulden seines Verteidigers nachbessern, würde im Ergebnis die Formvorschrift des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO außer Kraft gesetzt. Da den Angeklagten selbst an dem Mangel regelmäßig keine Schuld trifft, wäre ihm auf einen entsprechenden Antrag hin stets Wiedereinsetzung zu gewähren. Dies stünde nicht mit dem öffentlichen Interesse in Einklang, einen geordneten Fortgang des Verfahrens zu sichern und ohne Verzögerung alsbald eine klare Verfahrenslage zu schaffen.

2. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung einer Verfahrensrüge kommt daher nur in besonderen Prozesssituationen ausnahmsweise in Betracht, wenn dies zur Wahrung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) unerlässlich erscheint.

**1146. BGH 4 StR 269/18 – Urteil vom 8. November 2018 (LG Arnsberg)**

Revisionsbegründung (Auslegung der Rechtsmittelerklärung); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Sinn und Zweck; Zäsurwirkung der frühesten nicht erledigten Verurteilung; Härteausgleich bei Vollstreckung, Verjährung oder Erlass einer zunächst erkannten Strafe).

§ 344 StPO; § 53 StGB; § 54 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

1. Sind die Ausführungen zum Angriffsziel widersprüchlich, ist die Reichweite des Revisionsangriffs durch Auslegung der Rechtsmittelerklärungen zu ermitteln.

2. § 55 StGB soll seinem Grundgedanken nach sicherstellen, dass Taten, die bei gemeinsamer Aburteilung nach den §§ 53, 54 StGB behandelt worden wären, auch bei getrennter Aburteilung dieselbe Behandlung erfahren, sodass der Täter im Ergebnis weder besser noch schlechter gestellt ist.

3. Folgen der Beendigung der neu abgeurteilten Tat mehrere Verurteilungen des Täters nach, ist bei der Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe von der frühesten nicht erledigten Verurteilung auszugehen. Dieser Verurteilung kommt regelmäßig eine Zäsurwirkung zu.

4. Scheitert eine an sich mögliche nachträgliche Gesamtstrafenbildung daran, dass die zunächst erkannte Strafe bereits vollstreckt, verjährt oder erlassen ist, so fordert eine darin liegende Härte einen angemessenen Ausgleich bei der Bemessung der neuen Strafe. Bezugspunkt für den zu gewährenden Härteausgleich ist die Gesamtstrafenbildung, wie sie ohne die eingetretene Erledigung der früheren Verurteilungen vorzunehmen gewesen wäre. Für die Bemessung des Härteausgleichs ist der Tatrichter daher gehalten, sich Klarheit über die ohne Berücksichti-

gung der Erledigung an sich gegebene Gesamtstrafenlage zu verschaffen.

### **1124. BGH 2 StR 340/17 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Gera)**

Urteilsgründe (Umfang der Urteilsgründe).  
§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Die Urteilsgründe müssen die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden; die Sachverhaltsschilderung soll ein geschlossenes Ganzes bilden und – unter Weglassung alles Unwesentlichen – kurz, klar und bestimmt sein.

2. Die Beweiswürdigung wiederum soll keine Dokumentation der Beweisaufnahme enthalten, sondern belegen, warum bestimmte bedeutsame Umstände so festgestellt worden sind. Es ist regelmäßig verfehlt, die Aussagen von Zeugen aus der Hauptverhandlung in ihren Einzelheiten mitzuteilen, wenn sich der Angeklagte umfassend geständig einlässt.

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### **1115. BGH 1 StR 642/17 – Urteil vom 13. September 2018 (LG Darmstadt)**

BGHSt; Steuerhinterziehung (Kompensationsverbot: Begriff des Anspruchs auf einen Steuervorteil aus „anderen Gründen“, keine Anwendbarkeit bei unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang zwischen Steuervorteilen und verschleierte steuererhöhenden Tatsachen, mindernde Berücksichtigung nicht geltend gemachter Vorsteuern bei hinterzogener Umsatzsteuer).

§ 370 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 AO; § 15 UStG

1. Vorsteuern können dann bei der Ermittlung des Verkürzungsumfangs unmittelbar mindernd angesetzt werden, wenn ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Ein- und Ausgangsumsatz besteht. (BGHSt)

2. Steuern sind nach § 370 Abs. 4 Satz 1 AO namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden. Eine Steuerverkürzung nach § 370 Abs. 4 Sätze 1 und 2 AO liegt nach § 370 Abs. 4 Satz 3 AO auch dann vor, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt oder der Steuervorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können (Kompensationsverbot). Demnach dürfen aufgrund des Kompensationsverbots nach § 370 Abs. 4 Satz 3 AO nur solche Steuerermäßigungen versagt werden, die der Steuerpflichtige aus „anderen Gründen“ hätte beanspruchen können. (Bearbeiter)

3. Demnach sind dem Täter nur derartige Steuervorteile anzurechnen, die sich aus der unrichtigen Erklärung selbst ergeben oder die – im Falle des Unterlassens – ihm bei richtigen Angaben zugestanden hätten. Dies gilt jedenfalls, wenn diese mit den verschleierte steuererhöhenden Tatsachen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen und dem Täter ohne weiteres von Rechts wegen zugestanden hätten (vgl. BGH wistra 2010, 484, 493 Rn. 75). (Bearbeiter)

4. Einen derartigen wirtschaftlichen Zusammenhang, der gleichsam in eine automatische Berücksichtigung der steuermindernden Tatsachen führte, hat die Rechtsprechung bisher nur für Werbungskosten bzw. Ausgaben im Ertragssteuerrecht anerkannt, soweit diese mit den steuerbegründenden Geschäften in unmittelbarem Zusammenhang standen (vgl. BGH wistra 1984, 183), für das Umsatzsteuerrecht jedoch abgelehnt (vgl. BGHSt 47, 343, 348 f.). Hieran hält der Senat jedenfalls in der vorliegenden Fallgestaltung nicht weiter fest. (Bearbeiter)

5. Zu abzugsfähigen Vorsteuern aus dem Bezugsgeschäft besteht ein wirtschaftlicher Zusammenhang. Die tatbestandliche Handlung, die Umsatzsteuer auf den steuerpflichtigen Ausgangsumsatz nicht zu erklären, zieht die Nichtgeltendmachung des an sich bestehenden Vorsteueranspruchs regelmäßig nach sich. Es besteht daher ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Ein- und Ausgangsumsatz, der zur Folge hat, dass der Vorsteuervergü-

tungsanspruch im Rahmen der Verkürzungsberechnung von Rechts wegen zu berücksichtigen ist. (Bearbeiter)

6. Soweit eine nicht erklärte steuerpflichtige Ausgangsleistung eine tatsächlich durchgeführte Lieferung war und die hierbei verwendeten Wirtschaftsgüter unter den Voraussetzungen des § 15 UStG erworben wurden, hat deshalb eine Verrechnung von Vorsteuer und Umsatzsteuer stattzufinden. Maßgeblich ist allerdings, dass auch die übrigen Voraussetzungen aus § 15 UStG – insbesondere die Vorlage einer Rechnung – im maßgeblichen Besteuerungszeitraum gegeben sind. (Bearbeiter)

7. Ob in Fällen der unterlassenen Steuerklärung (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) in der Konsequenz dessen niemals Gründe vorliegen können, die nicht mit steuerhöhenden Tatsachen zusammenhängen, so dass in diesen Fällen das Kompensationsverbot nicht anwendbar ist, kann der Senat offen lassen. (Bearbeiter)

#### **1102. BGH 1 StR 212/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Passau)**

BGHR; Einschleusen von Ausländern (Erforderlichkeit einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Geschleusten: besondere Prüfung des Tatvorsatzes zur unerlaubten Einreise bei der Schleusung von Kindern und Jugendlichen, mögliche Gesetzesreform; lebensgefährliche Behandlung des Geschleusten: abstrakte Lebensgefahr ausreichend, keine strafbefreiende Einwilligung des Geschleusten).

§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 96 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 AufenthG; § 25 Abs. 1 StGB; § 1 Abs. 2 JGG

1. Zur Schleusung von Kindern und Jugendlichen. (BGHR)

2. Durch die Strafvorschrift des § 96 Abs. 1 AufenthG werden nach den allgemeinen Regeln (§§ 26, 27 StGB) strafbare Teilnahmehandlungen an den in § 96 Abs. 1 AufenthG in Bezug genommenen Taten nach § 95 AufenthG zu selbständigen, in Täterschaft (§ 25 StGB) begangenen Straftaten heraufgestuft, wenn der Teilnehmer zugleich eines der in § 96 Abs. 1 AufenthG geregelten Schleusermerkmale erfüllt (vgl. BGHSt 58, 262, 265 f. Rn. 9). Trotz dieser tatbestandlichen Verselbständigung zur Täterschaft gelten für die Tathandlungen des § 96 Abs. 1 AufenthG die allgemeinen Regeln der Teilnahme einschließlich des Grundsatzes der limitierten Akzessorität (vgl. BGHSt 62, 85, 89 f. Rn. 18). Die Strafbarkeit wegen vollendeten Einschleusens von Ausländern setzt daher das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Geschleusten voraus. (Bearbeiter)

3. Das jugendliche – und erst recht ein geringeres – Alter und die Unreife des Haupttäters können gegen eine Vorsatztat sprechen (vgl. BGH ZJJ 2005, 205). Auch die Wertungen von § 3 JGG, § 19 StGB sprechen dafür, den Tatvorsatz von Jugendlichen und erst recht von Kindern kritisch zu prüfen. Bei Jugendlichen (§ 1 Abs. 2 JGG) liegt es zwar keineswegs fern, dass der subjektive Tatbestand der unerlaubten Einreise zu bejahen ist. Der Tatrichter muss aber begründen, weshalb auch das ju-

gendliche Alter der ihm obliegenden Überzeugungsbildung nicht entgegensteht. (Bearbeiter)

4. Das Problem der schwer zu belegenden Vorsatzerfordernisse bei den Geschleusten (insbesondere minderjährigen Personen) ist Folge des gesetzgeberischen Konzepts der sog. limitierten Akzessorität, auch im Rahmen von § 96 Abs. 2 Satz 2 nF AufenthG. Es ließe sich durch die Schaffung eines eigenständigen Tatbestands sachgerecht vermeiden. Denn der Schuldumfang des Einschleusens von Ausländern wird maßgeblich von der geförderten Zahl der Haupttaten mitbestimmt. Soweit eine (zurück-tretende) Versuchsstrafbarkeit des Angeklagten nach § 96 Abs. 3 AufenthG in Betracht kommt, ist eine solche von gemindertem Erfolgsunwert. Dasselbe würde gelten, sollte – was der Gesetzessystematik allerdings fremd wäre – die Hilfe „zugunsten mehrerer Ausländer“ nur einen Haupttäter erfordern und zugleich auch andere Personen erfassen. (Bearbeiter)

5. Eine das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne des § 96 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG setzt ebenso wenig wie § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB voraus, dass eine konkrete Lebensgefahr eingetreten ist. (Bearbeiter)

6. Eine Einwilligung der geschleusten Personen in die lebensgefährliche Behandlung kann – sollte der Qualifikationstatbestand nicht ohnehin (auch) Gemeininteressen schützen – selbst ohne konkrete Todesgefahr bei die Sittenwidrigkeit der Taten begründenden Gesamtumständen (vgl. dazu BGHSt 58, 140, 144 ff. Rn. 10 ff.) keine rechtfertigende Wirkung entfalten. Dafür spricht auch die Gesetzessystematik. Denn bei der ebenso in § 96 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG geregelten unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung vermag die Einwilligung der Geschleusten angesichts der geschützten Menschenwürde ein tatbestandsmäßiges Handeln des Schleusers nicht zu rechtfertigen. (Bearbeiter)

#### **1119. BGH 2 StR 210/16 – Beschluss vom 8. August 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Marktmanipulation (keine Ahnungslücke bzw. „Generalamnestie“ durch vorzeitige Bezugnahme auf EU-Verordnung in Blankettnormen); Meistbegünstigungsprinzip (keine verfassungsrechtliche Verankerung; Möglichkeit der Suspendierung durch einfaches Gesetz; kein Konflikt von Übergangsvorschrift mit EU-Grundrechtecharta mangels Ahnungslücke).

Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EUGrCharta; Art. 103 Abs. 2 GG; § 2 Abs. 3 StGB; § 38 WpHG aF; § 39 WpHG aF; § 52 Abs. 1 WpHG aF; § 137 Abs. 1 WpHG

1. Die durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG) bewirkten und zum 2. Juli 2016 in Kraft getretenen gesetzlichen Änderungen haben im Bereich strafbarer Marktmanipulation nicht zu einer Ahnungslücke an diesem Tag mit der Folge geführt, dass unter Berücksichtigung des Meistbegünstigungsprinzips des § 2 Abs. 3 StGB von Straflosigkeit auszugehen wäre.

2. Der Gesetzgeber hat den Zeitpunkt des Inkrafttretens des 1. FiMaNoG auf den 2. Juli 2016 bestimmt, während die Vorschriften der MAR, auf welche die Straf- und



Bußgeldvorschriften der §§ 38, 39 WpHG nun verweisen, erst ab dem 3. Juli 2016 in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Geltung erlangt haben und für die Normadressaten unmittelbar verbindlich geworden sind. Dabei handelte es sich nicht um ein gesetzgeberisches Versehen, sondern um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung. Eine vorzeitige Bezugnahme auf die in der MAR enthaltenen Verhaltensgebote und -verbote im Hinblick auf Insiderhandel und Marktmanipulation war rechtstechnisch möglich.

3. Die Auslegung der §§ 38, 39 WpHG in der Fassung des 1. FiMaNoG unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte und gesetzgeberischem Willen ergibt, dass das Verbot der Marktmanipulation in Fällen, in denen die Tathandlung einen Einwirkungserfolg in dem dort genannten Sinne herbeigeführt hat, auch am 2. Juli 2016 unter Strafe gestellt war. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ging die in den §§ 38, 39 WpHG nF enthaltene Verweisung auf die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 am 2. Juli 2016 nicht gleichsam „ins Leere“ mit der Folge, dass es an diesem Tag an einer den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügenden Strafvorschrift gefehlt hätte und das Verbot der Marktmanipulation an diesem Tag nicht strafbewehrt gewesen wäre.

4. Die Übergangsregelung des § 52 Abs. 1 WpHG bzw. § 137 Abs. 1 WpHG, die für Straftatbestände zwingend die Anwendung des Tatzeitrechts anordnet, begegnet weder verfassungsrechtlichen noch europarechtlichen Bedenken.

5. Das in § 2 Abs. 3 StGB verankerte Meistbegünstigungsprinzip ist nach herrschender Auffassung, von der abzurücken kein Anlass besteht, nicht verfassungsrechtlich fundiert. Der Gesetzgeber ist sonach nicht gehindert, das einfachgesetzliche Meistbegünstigungsprinzip durch einfaches Gesetz zu suspendieren, wenn und soweit die Regelung im Übrigen verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.

6. Die Übergangsvorschrift des § 52 Abs. 1 bzw. § 137 Abs. 1 WpHG gerät nicht in Konflikt mit Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EUGrCharta, da es an einer Ahnungslücke fehlt.

#### **1166. BGH 3 StR 251/18 – Urteil vom 4. Oktober 2018 (LG Mönchengladbach)**

Betrug (täuschungsbedingte Auszahlung eines Kredits; Vermögensschaden; Saldierung; wirtschaftliche Betrachtung; Marktwert des Rückzahlungsanspruchs; keine Berücksichtigung rechtlich selbständiger Sicherheiten; bankübliche Bewertungsverfahren; keine „eins zu eins“-Anwendung bilanzrechtlicher Vorschriften; Vorsichtsprinzip; Gläubiger- und Kapitalschutz; Bonität; Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit; täuschungsbedingtes Risikoungleichgewicht; Schädigungsvorsatz; Kenntnis von gefälschten Unterlagen und hohen Vermittlungsprovisionen); Einziehung von Taterträgen (erlangtes Etwas; Abzugsverbot; Rückausnahme; Schadenswiedergutmachung; Entreicherung).  
§ 263 StGB; § 15 StGB; § 73 StGB; § 73d StGB; § 73e StGB

1. Wird durch Täuschung i.S.d. § 263 StGB die Auszahlung eines Darlehens erlangt, hat die Bank bereits ihre Hauptleistungspflicht (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) erfüllt und die Grundsätze eines Eingehungsbetrugs sind allenfalls bedingt anwendbar. Der Schaden ist – nach allgemeinen Grundsätzen – im Wege einer Saldierung des Auszahlungsbetrags (mit seinem nominellen Geldwert) und des Werts des dadurch erlangten Rückzahlungsanspruchs (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu ermitteln (vgl. hierzu bereits BGH HRRS 2016 Nr. 289). Dabei gilt im Einzelnen:

a) Ein etwaiger Wert des Rückzahlungsanspruchs ist nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise konkret festzustellen und zu beziffern. Zu ermitteln ist grundsätzlich der Marktwert der Forderung anhand von Zahlungsfähigkeit und -willigkeit des Schuldners unter Berücksichtigung des Wertes gegebenenfalls gestellter Sicherheiten.

b) Sofern der Darlehensgeber durch eigene Verträge (etwa mit Versicherungsunternehmen) gegen den Ausfall von Darlehensrückzahlungsforderungen abgesichert ist, führen solche Versicherungsleistungen nicht zur Schadenskompensation, da bei der Gesamtsaldierung solche Vermögensmehrungen außer Betracht bleiben, die nicht aus der Verfügung resultieren, sondern auf einem anderen rechtlich selbständigen Grund.

c) Bankübliche Bewertungsansätze für die Wertberichtigung können im Ausgangspunkt bei der Bewertung des Rückzahlungsanspruchs berücksichtigt werden. Dabei darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass das handelsbilanzielle Vorsichtsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB) die Vorschriften der § 340e Abs. 1 S. 2 Hs. 1, § 253 Abs. 4 HGB zur Bewertung von Darlehensrückzahlungsforderungen des Umlaufvermögens bestimmt; dies dient dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und damit dem Gläubigerschutz. Mithin können die handelsbilanziellen Abschreibungen nicht stets „eins zu eins“ für die strafrechtliche Bestimmung des (tatsächlich realisierten) Minderwerts übernommen werden.

d) Das grundsätzlich jeder Darlehensrückzahlungsforderung anhaftende Ausfallrisiko wird regelmäßig in den Bedingungen des jeweiligen Vertrags berücksichtigt sein. Im Ergebnis ist daher der Umfang des erhöhten Ausfallrisikos, das die Bank in Unkenntnis der schlechten Einkommensverhältnisse unbewusst eingeht, mit dem Umfang des marktüblichen Ausfallrisikos zu vergleichen, das anzunehmen gewesen wäre, wenn die Angaben des Täters zu den risikobestimmenden Faktoren zutreffend gewesen wären.

2. Der Vorsatz bzgl. eines entsprechenden Vermögensschadens erfordert die Feststellung, dass sich der potenzielle Täter die Voraussetzungen eines minderwertigen Rückzahlungsanspruchs vorgestellt hat. Das setzt zwar regelmäßig konkrete Feststellungen zur Zahlungsfähigkeit und -willigkeit der Kreditnehmer sowie zu den Vertragsbedingungen – und zur diesbezüglichen Kenntnis des Angeklagten – voraus. Im Einzelfall kann aber die Kenntnis davon ausreichen, dass die Kredite unter Vorlage gefälschter Unterlagen sowie mit außergewöhnlich hohen Vermittlungsprovisionen beantragt wurden.

**1200. BGH 5 StR 477/17 – Urteil vom 24. Oktober 2018 (LG Braunschweig)**

Betrug (konkludente Täuschung; Fehlen eindeutiger Urteilsfeststellungen zum Täuschungsgegenstand; Vertragsauslegung; Empfängerhorizont; Rückvergütung; Innenprovision; „Kick Back“; Täuschung durch Unterlassen; Gewerbsmäßigkeit bei lediglich mittelbarem Vorteilszufluss); einheitliche Tat beim uneigentlichen Organisationsdelikt (Aufbau und der Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 133 BGB; § 157 BGB

1. Soweit der Inhalt eines Vertrages – als möglicher Gegenstand einer konkludenten Täuschung – nicht eindeutig im Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Erklärungen zum Ausdruck kommt, ist er vom Tatgericht im Rahmen einer vom Revisionsgericht nur eingeschränkt zu überprüfenden Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln und in den Urteilsgründen darzustellen.

2. Empfängt der Angeklagte von einem Dritten eine Leistung, über die er den potenziell Getäuschten (vgl. § 263 StGB), der mit diesem Dritten einen Vertrag abschließt, nicht aufklärt, legt dies die Existenz einer Innenprovisions- oder Rückvergütungsvereinbarung („Kick Back“) zwischen dem Dritten und dem Angeklagten nahe. Für die Annahme einer konkludenten Täuschung über das Nichtvorliegen einer solchen Vereinbarung bedarf es indes stets einer aus den Äußerungen und dem Verhalten des Angeklagten schlüssig sich ergebenden Erklärung, dass eine entsprechende Vereinbarung nicht besteht.

3. Erschöpfen sich die Tathandlungen eines Angeklagten im Aufbau und der Aufrechterhaltung eines auf die Begehung von Straftaten (hier solchen des Betruges) ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“, so sind diese Tathandlungen als – uneigentliches – Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen. Für die konkurrenzrechtliche Beurteilung der Taten kommt es dabei nicht darauf an, ob die anderen Beteiligten, die die tatbestandlichen Ausführungshandlungen vornehmen, (Mit-)Täter oder Gehilfen sind oder ob es sich um gutgläubige Werkzeuge handelt.

**1110. BGH 1 StR 512/17 – Beschluss vom 20. September 2018 (LG Koblenz)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Erfolgsdelikt: Erfolgseintritt bei Steueranmeldung).

§ 370 Abs. 1 AO; § 168 AO

Bei der Straftat der Steuerhinterziehung, bei der es sich nicht lediglich um ein Erklärungsdelikt, sondern auch um ein Erfolgsdelikt handelt, tritt Vollendung erst dann ein, wenn der Täter durch seine Tathandlung Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt (§ 370 Abs. 1 AO). Betreffen die Taten die Hinterziehung von Umsatzsteuer durch Abgabe inhaltlich unzutreffender Steuererklärungen, hängt die Tatvollendung davon ab, ob die unrichtigen Steueranmeldungen – seien es Umsatzsteuerjahreserklärungen oder Umsatzsteuervoranmeldungen – zu einer Zahllast oder zu einer Steuervergütung geführt haben. Zwar steht eine Steueranmeldung gemäß § 168 Satz 1

AO einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleich. Führt allerdings die Steueranmeldung zu einer Herabsetzung der bisher zu entrichtenden Steuer oder zu einer Steuervergütung, so gilt dies erst dann, wenn die Finanzbehörde zugestimmt hat (§ 168 Satz 2 AO). Das Tatgericht muss daher Feststellungen dazu treffen, ob die jeweilige Steueranmeldung eine Zahllast oder eine Steuervergütung zum Inhalt hatte und – im Falle der Steuervergütung – ob die Finanzbehörden dieser zugestimmt haben (st. Rspr.).

**1121. BGH 2 StR 324/17 – Beschluss vom 19. September 2018 (LG Aachen)**

Vertrag über den Erwerb oder das Überlassen von Kriegswaffen ohne Genehmigung (Anwendung nur auf im Inland befindliche Waffen).

§ 22a Abs. 1 Nr. 7 KWKG

§ 22a Abs. 1 Nr. 7 KWKG findet auf ein Verpflichtungsgeschäft, das auf eine inländische Kriegswaffe bezogen ist, keine Anwendung; er erfasst vielmehr nur Auslandskriegswaffengeschäfte (§ 4a Abs. 2 KWKG). Handelt es sich bei der Waffe oder einem einer Waffe gleichstehenden Teil einer Waffe um eine im Inland befindliche Waffe, so scheidet eine Strafbarkeit nach § 22a Abs. 1 Nr. 7 KWKG aus.

**1163. BGH 3 StR 113/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Düsseldorf)**

Besitz im Betäubungsmittelstrafrecht (tatsächliches Herrschaftsverhältnis; Besitzwille; Unerheblichkeit der tatsächlichen Dauer der Sachherrschaft; kurze Dauer als Indiz für fehlenden Herrschaftswillen).

§ 29 BtMG

Besitz im Sinne des Betäubungsmittelstrafrechts setzt ein tatsächliches Innehaben, ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis und einen Besitzwillen voraus, der darauf gerichtet ist, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten. Auf die tatsächliche Dauer der Sachherrschaft kommt es dabei jedenfalls dann nicht an, wenn der bisherige Besitzer seine Verfügungsgewalt aufgibt und der Angeklagte durch Entgegennahme der Betäubungsmittel ein entsprechendes Herrschaftsverhältnis begründet. Eine lediglich für einen kurzen Zeitraum währende Verfügungsgewalt kann jedoch ein Indiz für eine – die Annahme von Besitz ausschließende – kurze Hilfstätigkeit ohne Herrschaftswillen sein.

**1176. BGH 3 StR 655/17 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Düsseldorf)**

Voraussetzungen der täterschaftlichen Einfuhr von Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; kein eigenhändiger Transport erforderlich; keine ausschlaggebende Bedeutung des Interesses am Gelingen der Einfuhr; Tatherrschaft).

§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

1. Der Tatbestand der Einfuhr von Betäubungsmitteln erfordert keinen eigenhändigen Transport des Betäubungsmittels über die Grenze. Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) einer Einfuhr kann ein Beteiligter deshalb auch dann sein, wenn das Rauschgift von einer anderen Person in das Inland verbracht wird. Bei der Begründung einer

solchen (Mit-)Täterschaft kann indes dem Interesse eines mit der zu beschaffenden Betäubungsmittelmenge Handelstreibenden am Gelingen des Einfuhrvorgangs keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Vielmehr gewinnt insbesondere die Tatherrschaft bei der Einfuhr oder der Wille hierzu an Gewicht. Das bloße Veranlassen einer Beschaffungsfahrt ohne Einfluss auf deren Durchführung genügt nicht.

2. Wird bei zwei Angeklagten, die eingeführte Betäubungsmittel im Inland gewinnbringend verkaufen, nicht festgestellt, welcher Beteiligte die Betäubungsmittel eingeführt hat, kann keiner der beiden als (Mit-)Täter der Einfuhr von Betäubungsmitteln verurteilt werden. Vielmehr muss zugunsten jedes Angeklagten davon ausgegangen werden, dass der jeweils andere die Betäubungsmittel eigenhändig über die Grenze brachte. Die eigenhändige Einfuhr durch einen Angeklagten dem anderen als mittäterschaftlich begangen zuzurechnen, scheidet aus, sofern ein Einfluss des nicht in den Vorgang der Einfuhr selbst eingebundenen Angeklagten auf diesen und somit eine mögliche Tatherrschaft des nicht eigenhändig agierenden Angeklagten nicht festgestellt ist.

**1143. BGH 4 StR 247/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Bielefeld)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (eigennütziges Handeln); Urteilsgründe (keine vollständige Wiedergabe von Vorstrafen).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG setzt eigennütziges Handeln voraus. Eigennützig ist eine Tätigkeit, wenn das Tun des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird oder

wenn er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder – objektiv messbar – immateriell bessergestellt wird. Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn ein Täter nur den Eigennutz eines anderen mit seinem Tatbeitrag unterstützen will.

2. Eine Wiedergabe von Vorstrafen im vollen Wortlaut ist regelmäßig überflüssig und belastet das Urteil unnötig: Eine kurze, prägnante Zusammenfassung genügt.

**1101. BGH 1 StR 193/18 – Urteil vom 11. September 2018 (LG Hechingen)**

Anwendung von Jugendstrafrecht auf einen Heranwachsenden (erforderliche Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit und der Lebensumstände des Heranwachsenden, Beurteilungsspielraum des Tatrichters).

§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG

Gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG ist auf einen Heranwachsenden Jugendstrafrecht anzuwenden, wenn die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters bei Berücksichtigung auch der Umweltbedingungen ergibt, dass er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand. Einem Jugendlichen gleichzustellen ist der noch ungefestigte und prägbare Heranwachsende, bei dem Entwicklungskräfte noch in größerem Umfang wirksam sind. Ist das nicht der Fall und stehen Reiferückstände nicht im Vordergrund, hat der Täter vielmehr die eines jungen Erwachsenen kennzeichnende Ausformung erfahren, ist auf ihn allgemeines Strafrecht anzuwenden (st. Rspr.). Ob dies der Fall ist, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung seiner Persönlichkeit und unter Berücksichtigung der sozialen Lebensbedingungen und Umweltbedingungen zu beurteilen. Dem Tatrichter steht hierbei ein weiter Beurteilungsspielraum zu (vgl. BGHSt 36, 37 f. mwN.).

# Beweisverwertungsverbot bei Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit im medizinischen Kontext

## Anmerkung zu BGH HRRS 2018 Nr. 528

Von Dr. Carina Dorneck, M.Mel., Lehrstuhl Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Die Selbstbelastungsfreiheit ist von ausschlaggebender Bedeutung für ein rechtsstaatliches Strafverfahren. Sie steht im Mittelpunkt der hier vorliegenden Entscheidung, die deshalb Anlass bietet, die Garantie der Selbstbelastungsfreiheit näher zu beleuchten und Gefährdungslagen zu ermitteln, in denen sie droht, unterlaufen zu werden. Das Augenmerk richtet sich hier auf Gefährdungslagen im medizinischen Kontext; denn im vorliegenden Fall drohte die Angeklagte aufgrund ihrer prekären gesundheitlichen Situation zum Spielball der Ermittler zu werden. Dabei zeigt sich einmal mehr, dass Gesundheitsdaten besonders sensible und im höchsten Maße persönliche Informationen beinhalten, die es auch im Strafverfahren zu schützen gilt. Die Ermittlungsmaßnahmen müssen diesem Umstand stets Rechnung tragen, um die verfassungsrechtliche Garantie der Persönlichkeitsrechte (und ggf. der Menschenwürde) der betroffenen Personen zu wahren. Dabei kann nicht verkannt werden – und auch dies zeigt der vorliegende Fall eindrücklich – wie schmal der Grat ist, auf dem sich die Ermittler bewegen.

### I. Verfahrensgang und Urteil

Die 6. Strafkammer des Landgerichts Traunstein hatte die Angeklagten, Mutter und Tochter, wegen vorsätzlicher Brandstiftung jeweils zu Freiheitsstrafen von vier Jahren bzw. von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Das Landgericht stützte seine Verurteilung maßgeblich auf die Angaben der angeklagten 75-jährigen Mutter, die diese gegenüber dem sie behandelnden Krankenhausarzt tätigte. Die Verbringung der Angeklagten ins Krankenhaus erfolgte aufgrund ihrer Medikamentenintoxikation, ihres allgemein schlechten gesundheitlichen Zustandes sowie zur Abklärung möglicher gesundheitlicher Schäden durch die Raueinwirkung. Der behandelnde Arzt, der von der Angeklagten nicht von seiner ärztlichen Schweigepflicht entbunden wurde, verweigerte vor Gericht die Aussage. Jedoch war während der medizinischen Behandlung der Angeklagten auch stets eine Kriminalbeamtin anwesend gewesen. Diese gab als Zeugin im Prozess an, dass die Angeklagte auf die Frage des Arztes zur Brandentstehung mit folgenden Worten geantwortet hätte: „Da war viel Rauch. Wir haben Benzin ausgeschüttet und

das ausgeschüttete Benzin angezündet, überall im Erdgeschoss. Davor haben wir die Tabletten genommen.“. Die Kammer ging von einer Verwertbarkeit dieser Äußerungen aus, weil die Angeklagte zum fraglichen Zeitpunkt bereits zweimal ordnungsgemäß belehrt worden war und sie außerdem von der Kriminalbeamtin in Kenntnis gesetzt worden war, dass es sich bei dieser um eine Polizeibeamtin handelte. Ergänzt sieht die Kammer ihre tatrichterliche Überzeugung durch Äußerungen der Angeklagten, die nicht anlässlich sachaufklärender Nachfragen am Krankenbett erfolgten. Die Angeklagte gab an, dass sie „einfach nicht mehr konnte“ und teilte zudem mit: „Wir haben einfach alles angezündet!“. Das Gericht nahm hinsichtlich dieser Aussagen Spontanäußerungen an und verneinte eine Vernehmungssituation. Nicht verwertet hat das Gericht dagegen die Angaben der mitangeklagten Tochter, weil diese nach der Belehrung über ihr Schweigerecht und der Erklärung, sie wolle keine Angaben zur Sache machen, weiter befragt wurde. Allerdings stützten weitere Beweisanzeichen die Äußerungen der Mutter, wie etwa ein aufgefundenener Tankbeleg im Portemonnaie der Tochter über genau die Höhe des zur Brandlegung verwendeten Benzins, der sichergestellt entsprechend große Benzinkanister im Wohnhaus sowie die Tatsache, dass es keinerlei Anhaltspunkte dafür gegeben hat, dass weitere Personen in dem Gebäude gewesen wären. Insgesamt lag der Verurteilung eine über 40 Seiten umfassende Beweiswürdigung sowie eine eingehende Auseinandersetzung der Strafkammer mit dem Fall zugrunde.<sup>1</sup>

Dennoch wurde das erstinstanzliche Urteil auf die Revision der beiden Angeklagten hin vom BGH aufgehoben. Der BGH stützte dies auf eine Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Selbstbelastungsfreiheit der angeklagten Mutter. Sie habe sich nach der ersten Belehrung in ununterbrochenem Gewahrsam befunden, in dem zu keinem Zeitpunkt Rücksicht auf ihr Recht zu Schweigen genommen wurde. Sie sei letztlich einer dauerhaften Befragung ausgesetzt gewesen. Außerdem hätten die Gesamtumstände der ärztlichen Untersuchung die Angeklagte in ihrer Aussagefreiheit beeinträchtigt. Nach einer Gesamtbetrachtung der Vorgänge sei daher

<sup>1</sup> LG Traunstein, Urt. v. 3.2.2017 – 6 Kls 402 Js 73330/16 (nicht veröffentlicht).

ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen.<sup>2</sup> Der BGH wies zugleich allerdings darauf hin, dass nicht auszuschließen sei, dass die Strafkammer auch ohne die unverwertbaren Erkenntnisse von der Täterschaft der beiden Angeklagten überzeugt gewesen wäre. Zwar haben die Angeklagten den Tathergang zu keinem anderen Zeitpunkt mehr in solch einer Eindeutigkeit beschrieben, wie in der Behandlungssituation der Mutter geschehen; die späteren Aussagen, insbesondere jene verwertbaren Spontanäußerungen am Krankenbett, hätten dann allerdings in eine Gesamtwürdigung aller Indizien eingestellt werden müssen.<sup>3</sup> Insofern wurde die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Mittlerweile hat die 1. Strafkammer des Landgerichts Traunstein den Fall neu verhandelt und entschieden. Das Gericht hielt den Schuldspruch aufrecht; lediglich die Strafen wurden auf vier Jahre und drei Monate bzw. drei Jahre und drei Monate herabgesetzt. Die Verurteilung stützt sich nunmehr maßgeblich auf die Zeugenaussagen des zuständigen Gerichtsvollziehers, der am Tattag die Zwangsräumung vollziehen sollte, auf die Zeugenaussage der betroffenen Nachbarn und der am Brandort tätigen Einsatzkräfte sowie auf die angehörten Sachverständigen. Außerdem wertete die Kammer den im Auto der angeklagten Tochter aufgefundenen Tankbeleg und den sichergestellten Benzinkanister als starke Indizien für die Tatbegehung. Ausdrücklich nicht von der Kammer zur Entscheidung herangezogen wurde die Frage, ob und in welcher Weise sich die beiden Angeklagten nach der Festnahme gegenüber den ermittelnden Polizeibeamten äußerten. Die Kammer ging vielmehr davon aus, dass sich die beiden Angeklagten nicht mehr gegenüber den ermittelnden Polizeibeamten zur Tat geäußert hätten.<sup>4</sup> *Jahn* zweifelt allerdings daran, dass Beweisverwertungsverbote in der Realität Auswirkungen auf die Entscheidung nach der Zurückverweisung haben, weil fraglich ist, ob die unverwertbaren Tatsachen bei der Entscheidungsfindung im zweiten Rechtsgang wirklich – und nicht nur formal – ausgeblendet werden können.<sup>5</sup> Jedenfalls im vorliegenden Fall können diese Bedenken nicht geteilt werden. Die Beweiswürdigung der 1. Strafkammer erscheint nunmehr durchaus nachvollziehbar. Dies findet überdies seine Bestätigung darin, dass bereits aus dem Urteil der 6. Strafkammer hervorging, dass, auch bei Ausblendung der unverwertbaren Teile der Beweiswürdigung, die Feststellungen so hätten getroffen werden können.

## II. Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit

Die Kernaussage des BGH ist klar: Eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit kann auch außerhalb von Ver-

nehmungen zu einem Beweisverwertungsverbot führen.<sup>6</sup> Die Gesamtbewertung des Senats überzeugt: Die Angeklagte konnte hinsichtlich ihrer Mitwirkung am Strafverfahren keine eigenverantwortliche Entscheidung mehr treffen. Sie befand sich nach ihrer ersten Belehrung in ununterbrochenem polizeilichem Gewahrsam, wo trotz ihrer Erklärung, sie wolle keine Angaben zur Sache machen, keine Rücksicht auf ihr Recht zu Schweigen genommen wurde. Durch die Verwicklung der Angeklagten in Gespräche – auch zur allgemeinen Informationsgewinnung – war sie gleichsam einer dauerhaften Befragung ausgesetzt. Dabei wäre aufgrund der Tatsache, dass die bereits ältere Angeklagte nicht nur unter Schock, sondern zudem unter einer Überdosis Psychopharmaka stand, besondere Rücksicht geboten gewesen. Allein diese Umstände hätten ein Befragungsverbot nahegelegt, wurzelt der *nemo-tenetur*-Grundsatz doch darin, „dass selbst der Tatverdächtige oder Straffällige der Gesamtheit stets als selbstverantwortliche, sittliche Persönlichkeit gegenübersteht“.<sup>7</sup> An der Selbstverantwortlichkeit der Angeklagten bestehen aufgrund der Gesamtumstände erhebliche Zweifel.

Insofern überzeugt auch die Annahme der 6. Strafkammer des Landgerichts nicht, die Aussagen seien wegen der bereits zweimal erfolgten Belehrung der Angeklagten verwertbar. Zu beachten war außerdem, dass sich die Angeklagte während der ärztlichen Behandlung in einer Zwangssituation befand; denn ohne genaue Angaben zum Tathergang und zur Brandentstehung wäre eine ärztliche Diagnose und Behandlung nicht möglich gewesen. Diese Zwangssituation nutzte die Ermittlungsbeamtin durch ihre permanente Anwesenheit aus. Dem steht – entgegen der Ansicht der 6. Strafkammer – nicht entgegen, dass die Kriminalbeamtin der Angeklagten gegenüber offen zugab, sie sei Polizistin, und dass sie während der Behandlung angeboten hat, den Raum zu verlassen. Die dringende Behandlungsbedürftigkeit sowie die offensichtliche Verwirrtheit der Angeklagten hätten die Polizeibeamtin zu einem besonders behutsamen Umgang mit dieser veranlassen müssen. Dies gilt umso mehr, als dass Arzt-Patienten-Gespräche grundsätzlich einem besonderen Schutz unterliegen (dazu sogleich unter III.). Eine dauerhafte Anwesenheit der Ermittlungsbeamtin war schließlich auch nicht erforderlich, bestand aufgrund der gesundheitlichen Verfassung der Angeklagten keinerlei Fluchtgefahr. Zu Recht nahm der BGH daher in der Verwertung der Aussagen der Mutter gegenüber dem sie behandelnden Arzt einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit der Angeklagten an.

Nichtsdestotrotz wird der aufmerksame Leser bei der Lektüre des BGH-Urteils auch enttäuscht: Wie *Jahn* treffend feststellt, ist „der 1. Strafsenat mit größter Intensität bemüht (...), seine Entscheidung nur auf die Besonderheiten des Einzelfalls zu stützen.“<sup>8</sup> Das Gericht unterstreicht immer wieder die prekäre gesundheitliche Ver-

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, HRRS 2018, Nr. 528, Rn. 25 ff., zustimmend *Soyka*, RÜ2, 181 (182).

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, HRRS 2018, Nr. 528, Rn. 34.

<sup>4</sup> LG Traunstein, Urt. v. 19.7.2018 – 6 Kls 402 Js 73330/16 (2) (nicht veröffentlicht).

<sup>5</sup> *Jahn* NJW 2018, 1988, 1989.

<sup>6</sup> Eine weitere Anmerkung zu diesem Fall bietet *Burhoff* StRR 2018, Heft 6, 10.

<sup>7</sup> BGH, Beschl. v. 13.5.1996 – GSt 1/96, BGHSt 42, 139, 152. Grundlegend zum *nemo-tenetur*-Grundsatz siehe u.a. *Roxin* NStZ 1995, 465; *Verrel* NStZ 1997, 361 ff. und 415 ff.; *Böse* GA 2002, 98 ff.; *Ransiek/Winsel* GA 2015, 620 ff.

<sup>8</sup> *Jahn* NJW 2018, 1988.

fassung der bereits älteren Angeklagten, ihre dringende Behandlungsbedürftigkeit sowie die Hartnäckigkeit, mit welcher die Kriminalbeamtin die Angeklagte einer dauerhaften Befragungssituation aussetzt, ohne auf ihr Recht zu Schweigen Rücksicht zu nehmen.<sup>9</sup> Erst die Kumulation dieser Umstände vermochte nach Ansicht des BGH ein Beweisverwertungsverbot zu begründen.<sup>10</sup> Insofern weist *Jahn* zu Recht darauf hin, dass damit offenbleibt, wo zukünftig für die Tatrichter die Schwelle zur Bejahung eines Beweisverwertungsverbotes bei Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit anzusetzen sein wird.<sup>11</sup>

### III. Kernbereichsschutz

Diese Schwelle hätte vorliegend durch verfassungsrechtliche Erwägungen begründet werden können. Hinsichtlich der Verwertung von Arzt-Patienten-Gesprächen hätte der BGH im konkreten Fall die Chance gehabt, eine klare Linie vorzugeben. Es hätte nahegelegen, in solchen Konstellationen dieses generell dem Kernbereichsschutz des Persönlichkeitsrechts<sup>12</sup> zu unterstellen und somit ein absolutes Verwertungsverbot anzunehmen.<sup>13</sup> Der erkennende Senat selbst hatte einen solchen Schutz doch bereits für das (Selbst-)Gespräch im Krankenzimmer aufgrund der Besonderheiten der örtlichen Gegebenheiten bejaht.<sup>14</sup> Auch das BVerfG<sup>15</sup> und der Gesetzgeber<sup>16</sup> hielten in anderen Zusammenhängen einen derartigen Kernbereichsschutz für Arzt-Patienten-Gespräche wegen der dort gegebenen besonderen Vertrauenssituation grundsätzlich für möglich. Das überzeugt,<sup>17</sup> insbesondere wenn man bedenkt, dass die Kommunikation zwischen Arzt und Patient meist besonders intime private und persönliche Aspekte betrifft. Der Gesetzgeber betonte daher bei Erlass des Patientenrechtegesetzes<sup>18</sup> nicht von ungefähr, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis von einer engen Vertrauensbeziehung geprägt ist, die besonderen Schutz genießt.<sup>19</sup> Zum Kernbereich der Persönlichkeit gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen.<sup>20</sup> Vom

Schutz erfasst sind auch nicht-öffentliche Gespräche mit Personen besonderen Vertrauens, die in der berechtigten Erwartung geführt werden, nicht vom Staat überwacht zu sein.<sup>21</sup> Hierzu zählen Arzt-Patienten-Gespräche, und zwar auch dann, wenn sie eine Auseinandersetzung mit Straftaten zum Inhalt haben. Sie sind wegen der Besonderheit der *Kommunikationsbeziehung* zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zu zählen.<sup>22</sup> Im vorliegenden Fall lässt die Tatsache, dass die Kriminalbeamtin bei der Behandlung zugegen war, selbst unter Beachtung ihres Angebots, den Raum zu verlassen, das Gespräch nicht zu einem öffentlichen werden. Die Angeklagte stand unter erheblichen Medikamenteneinfluss und wirkte erkennbar verwirrt, was insbesondere ihre Nachfrage „Sind Sie Ärztin?“ zeigt. Sie durfte daher berechtigterweise davon ausgehen, dass ihre Behandlung keiner staatlichen Überwachung unterlag. Dem Einzelnen darf die Möglichkeit nicht genommen werden, ungestört medizinischen oder therapeutischen Rat in Anspruch zu nehmen.<sup>23</sup> Deshalb hätte hier das Arzt-Patienten-Gespräch von der Ermittlungsbeamtin nicht mitgehört werden dürfen. Der erkennende Senat sprach die Möglichkeit des Kernbereichsschutzes zwar an, ließ deren Beantwortung aufgrund des im konkreten Fall angenommenen Beweisverwertungsverbots allerdings offen.<sup>24</sup> Er hat es damit versäumt oder hatte noch nicht den Mut, das Arzt-Patienten-Gespräch generell dem Kernbereichsschutz zu unterstellen.

### IV. Vernehmungsbegriff

Der BGH ist außerdem zu kritisieren, indem er am formellen Vernehmungsbegriff des Großen Senats festhält,<sup>25</sup> wonach eine Vernehmung nur dann vorliegt, wenn der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft Auskunft verlangt.<sup>26</sup> Schon lange wird vom Schrifttum gefordert,<sup>27</sup> den formellen Vernehmungsbegriff aufzugeben und stattdessen einen funktionalen Vernehmungsbegriff zugrunde zu legen. Hierunter fallen alle Äußerungen, die der Beschuldigte auf direkte oder indirekte Veranlassung eines Strafverfolgungsorgans tätigt.<sup>28</sup> Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich die Amtsperson als solche nach außen hin zu erkennen gibt.<sup>29</sup> Mithilfe eines solch funktionalen

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, HRRS 2018, Nr. 528, Rn. 25 ff.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, HRRS 2018, Nr. 528, Rn. 24.

<sup>11</sup> *Jahn* NJW 2018, 1988 f.

<sup>12</sup> Worin dieser genau besteht, ist allerdings noch nicht abschließend geklärt, vgl. *Rottmeier*, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, 2007, S. 37 ff.

<sup>13</sup> So bereits der Praxishinweis in NJW-Spezial 2018, 409, 410; ebenso *Jahn* NJW 2018, 1988, 1989.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 210 = HRRS 2005 Nr. 722.

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08, BVerfGE 129, 208, 265 f. = NJW 2012, 833 = HRRS 2012 Nr. 29 (Entscheidung zur Neuregelung der TKÜ).

<sup>16</sup> BT-Drs. 16/5846, S. 36 f. (Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen).

<sup>17</sup> Ebenso *Jahn* NJW 2018, 1988, 1989.

<sup>18</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz) vom 26.2.2013, BGBl. I, S. 277.

<sup>19</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 9.

<sup>20</sup> BVerfG, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279 (313) = HRRS 2004 Nr. 170.

<sup>21</sup> SSW-StPO/*Eschelbach*, 3. Aufl. 2018, § 100d Rn. 5.

<sup>22</sup> SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 21), § 100d Rn. 5, 7.

<sup>23</sup> SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 21), § 100d Rn. 7; einschränkend auf selbstreflexive Gespräche *Rottmeier* (Fn. 12), S. 87 ff.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17, HRRS 2018, Nr. 528, Rn. 29.

<sup>25</sup> So auch *Jahn* NJW 2018, 1988, 1989.

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 13.5.1996 – GSSt 1/96, BGHSt 42, 139, 145 f.; StV 2012, 129 mit ablehnender Anmerkung *Roxin*.

<sup>27</sup> Allen voran *Roxin* NStZ 1995, 465, 466 und NStZ 1997, 18; zustimmend SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 21), § 136 Rn. 23 ff. m.w.N.; a.A. MüKo-StPO/*Kölbel*, 1. Aufl. 2016, § 163a Rn. 8.

<sup>28</sup> Meyer-Goßner/*Schmitt*, 61. Aufl. 2018, § 136a Rn. 4.

<sup>29</sup> So schon *Fincke* ZStW 95 (1983), 918, 949 ff. Instrukтив auch *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 204 ff. Zum nemo-tenetur-Grundsatz bei heimlichen Ermittlungen siehe außerdem *Kölbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, S. 50 ff.

Vernehmungsbegriffs könnten auch vernehmungssähnliche Lagen als Vernehmungssituation i.S.d. §§ 136, 136a StPO anerkannt werden und müssten nicht von einfachgesetzlichen Vorschriften losgelöst anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls mit allen damit einhergehenden Problemen gelöst werden.<sup>30</sup> Das Festhalten am formellen Vernehmungsbegriff ist daher höchst unbefriedigend, zumal das Bedürfnis der Anwendbarkeit der §§ 136, 136a StPO nicht davon abhängt, ob der Betroffene die Amtsperson als solche überhaupt wahrnimmt. Entscheidend ist vielmehr, ob der zu Vernehmende tatsächlich einer amtlichen Befragung ausgesetzt ist. In Situationen, in denen der Betroffene die Amtsperson gar nicht erkennt, ist das Schutzbedürfnis sogar noch höher, weil dem Befragten seine missliche Situation gar nicht bewusst ist.<sup>31</sup> Etwas anderes gilt freilich bei Spontanäußerungen, in denen das Strafverfolgungsorgan keine Möglichkeit hatte, den Betroffenen über sein Schweigerecht zu belehren.

Im vorliegenden Fall ist eine vernehmungssähnliche Situation gegeben. Zwar war die Angeklagte bereits mehrfach auf ihr Schweigerecht gemäß §§ 136, 136a StPO hingewiesen worden.<sup>32</sup> Nichtsdestotrotz ist die vernehmende Kriminalbeamtin der Beschuldigten nicht in amtlicher Funktion gegenübergetreten und hat in dieser Eigenschaft von der Angeklagten Auskunft verlangt. Vielmehr wurde die Angeklagte auf polizeiliche Veranlassung der ärztlichen Behandlung zugeführt. Dieses spezifische Kommunikationsverhältnis zwischen Arzt und Patientin nutzte die Kriminalbeamtin zum Mithören aus. Es bestand ein erhöhtes Schutzbedürfnis für die Angeklagte.<sup>33</sup> Ihr war aufgrund der Medikamentenintoxikation sowie ihres allgemein schlechten gesundheitlichen Zustandes nicht bewusst, dass ihr Behandlungsgespräch von einer Kriminalbeamtin mitgehört wird. Anschaulich zeigt dies wiederum die Frage der desorientierten Angeklagten an die – noch dazu zivil gekleidete – Kriminalbeamtin nach ihrer Arzteigenschaft. Überzeugender Ansicht nach hätte daher die weitere Befragung schon an dieser Stelle – im

<sup>30</sup> So zu Recht *Jahn* NJW 2018, 1988, 1989.

<sup>31</sup> *Roxin* NStZ 1995, 465, 467. Insofern sind die §§ 110a ff. StPO als spezielle Eingriffsrechte zu sehen, die unter den dort genannten restriktiven Voraussetzungen verdeckte Ermittlungen zulassen; ebenso *SSW-StPO/Eschelbach* (Fn. 21), § 136 Rn. 29.

<sup>32</sup> Über eine qualifizierte Belehrung nachdenkend *Soyka*, RÜ2, 181, 183.

<sup>33</sup> Außerdem ist die Wahrung des Fairness-Prinzips fraglich, vgl. *SSW-StPO/Eschelbach* (Fn. 21), § 136 Rn. 26.

Wege eines Erst-Recht-Schlusses – aufgrund von § 136 Abs. 1 StPO sofort gestoppt werden müssen.<sup>34</sup> Bedauerlicherweise sperrt sich der BGH aber noch immer gegen die Aufgabe des formellen Vernehmungsbegriffs.

## V. Fazit

Die besprochene Entscheidung zeigt eindrucksvoll auf, wie die Selbstbelastungsfreiheit bei der medizinischen Behandlung von Beschuldigten besonderen Gefährdungen ausgesetzt ist. In diesem Zusammenhang ist auch an den Fall des Co-Piloten des zum Absturz gebrachten Germanwings-Fluges 4 U 9525 zu erinnern. Hier war der Co-Pilot am Tag des Absturzes arbeitsunfähig krankgeschrieben und war zudem Jahre zuvor in psychiatrischer Behandlung gewesen. Nun wird diskutiert, die ärztliche Schweigepflicht für „sensible“ Berufsgruppen zu lockern.<sup>35</sup> Damit ginge aber nicht nur eine erhebliche Relativierung der ärztlichen Schweigepflicht einher – die „Sensibilität“ der Berufsgruppe ist ein offener Rechtsbegriff und dieser ließe sich durchaus auch auf Vollzugsbeamte, Staatsanwälte, Richter, Rechtsanwälte, Pflegepersonal, Lehrer, Erzieher, Sozialarbeiter, etc. ausdehnen –, sondern auch die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient, das Persönlichkeitsrecht des Behandelten und damit schließlich auch die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten wäre in nicht hinzunehmendem Maße eingeschränkt. Gerade psychisch kranke Menschen könnten damit von einer Behandlung abgehalten werden, müssten sie doch eventuell den Verlust der Arbeitsstelle oder ein gegen sie geführtes Strafverfahren aufgrund der Selbstbelastung befürchten. Das vorliegende Urteil ist somit zu begrüßen: Es schlägt einen richtigen Weg ein, indem es die Arzt-Patienten-Beziehung – jedenfalls im konkreten Fall – schützt und dem staatlichen Zugriff entzieht. Es bleibt aber – wie dargestellt – hinter den Möglichkeiten zurück. Es wird Zeit, dass der BGH sich zu einem umfassenden Schutz des Arzt-Patienten-Gesprächs durchringt und dieses generell dem Kernbereichsschutz unterstellt. Damit einher geht die Notwendigkeit der Abkehr vom formellen Vernehmungsbegriff hin zu einem funktionalen und damit die Anerkennung der Schutzwürdigkeit von vernehmungssähnlichen Lagen.

<sup>34</sup> Ebenso *Jahn* NJW 2018, 1988, 1989.

<sup>35</sup> Hierzu insbesondere *Hirhammer-Schmidt-Bleibtreu/Wiese* MedR 2017, 199 ff.

# Notwehr gegen den unvermeidbaren Erlaubnistatumsstandsirrtum

Von Constantin Ladwig, Bucerius Law School, Hamburg

## I. Einleitung

Der Beitrag soll das Zusammentreffen des selbst hochumstrittenen Erlaubnistatumsstandsirrtums (nachfolgend: ETI) und der Notwehr beleuchten. Als Illustration diene folgender Fall:<sup>1</sup>

Eine Frau brachte einen Bekannten abends mit in das eheliche Haus. Beide befanden sich in stark alkoholisiertem Zustand (1,7‰). Der Ehemann hatte schon geschlafen, erwachte aber aufgrund des Lärms und verwies den Bekannten des Hauses. Anschließend forderte er seine Frau auf, zu Bett zu gehen, was diese jedoch ablehnte. In der folgenden Auseinandersetzung ließ sie sich – wohl grundloserweise – zu Boden fallen und fing an zu schreien.

Ihr Ehemann verließ daraufhin das Wohnzimmer und begann, sich in der Küche ein Abendessen zuzubereiten, wobei er mit einem langen, spitzen Messer hantierte. Der Bekannte hörte die Schreie und klopfte daher nachdrücklich an die Haustür, die der Ehemann – immer noch das Messer in der Hand haltend – öffnete. In nach Wertung des Gerichts unvermeidbarer Verkennung der Lage ging der Bekannte davon aus, die auf dem Boden liegende Frau werde von ihrem Mann angegriffen und drang daher sofort mit Faustschlägen auf den körperlich weit unterlegenen Ehemann ein. Dieser machte erst Abwehrbewegungen mit dem Messer und brachte dem Bekannten dann, als dieser trotz einiger oberflächlicher Verletzungen weiter auf ihn einschlug, zwei im Ergebnis tödliche Stiche bei.

Wenn man den Fall nur leicht dahingehend modifiziert, dass der, der vom unvermeidbar Irrenden angegriffen wird, dessen Irrtum erkennt, das eigene Leben aber nur durch die Tötung des Irrenden retten kann, erhält man einen geeigneten Ausgangspunkt für diesen Beitrag: Zunächst soll gezeigt werden, dass die wohl herrschende Meinung annimmt, dass der Angegriffene nicht gerechtfertigt ist, wenn er den Irrenden tötet, selbst wenn das die Pflicht bedeutet, sich töten zu lassen. Dieses kontraintuitive Ergebnis soll sodann plausibilisiert werden und zuletzt ein Vorschlag gemacht werden, wie mittels einer Gebotenheitseinschränkung des Notwehrrechts bei Han-

deln in unsicheren und unübersichtlichen Faktenlagen die Anzahl der problematischen Fallkonstellationen wie auch insgesamt das schädigende Potential der schicksalhaft anmutenden Kausalverläufe, die beim Angriff unvermeidbar Irrender entstehen, reduziert werden kann.

## II. Falllösung nach den hier vertretenen Auffassungen zur Notwehr und zum ETI

Das Bundessozialgericht hatte in seiner Entscheidung im obigen Fall eine Notwehrlage zugunsten des Ehemanns mit dem Verweis, dass das drohende Erfolgsunrecht die Rechtswidrigkeit des Angriffs indiziert, bejaht und die Rechtfertigung der Tötungshandlung lediglich versagt, weil der Ehemann mit der tödlichen Abwehr die Grenzen der Gebotenheit überschritten habe. Es versäumte leider, die Rechtswidrigkeit des Angriffs gründlich zu untersuchen,<sup>2</sup> wobei sich zwei Fragen stellen:

Erstens, ob drohendes Erfolgsunrecht dem Erfordernis des rechtswidrigen Angriffs genügt oder ob ein Handlungsunrecht hinzutreten muss und zweitens, ob der unvermeidbare ETI nicht nur die Schuld, sondern auch die Rechtswidrigkeit entfallen lässt. Beide Fragen sind Gegenstand umfassender Diskussionen, die hier nicht abgebildet werden können.<sup>3</sup> Der Beitrag beschränkt sich daher auf einen für die folgenden Ausführungen zentralen Aspekt.

<sup>2</sup> Roxin JZ 2000, 96, 99.

<sup>3</sup> Zur ersten Frage: Drohendes Erfolgsunrecht reicht für die Rechtswidrigkeit des Angriffs nach Ansicht von Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1996, S. 341 aus. A.A. Roxin, AT, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 14; ders., in: Festschrift für Jescheck (1985), S. 457, 473 f.; Hirsch, in: Festschrift für Dreher (1977), S. 211, 214; Sinn GA 2003, 96, 104 ff.; LK-Rönnau/Hohn, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 109; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 47. Aufl. 2017, § 8 Rn. 495. Zur zweiten Frage: Wichtig für den Beitrag ist ausschließlich die Frage nach der Rechtswidrigkeit des Handelns im unvermeidbaren ETI: Diese bejahen die sog. rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie vertreten von Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 14 Rn. 705 m.w.N. und die sog. strenge Schuldtheorie vertreten von Paeffgen, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (1989), S. 399, 412 *et passim*; Erb, in: Festschrift für Paeffgen (2015), S. 205, 210 *et passim*; als sogenannte unselbständige Schuldtheorie auch Jakobs, AT, 2. Aufl. 1991, Abschn. 11 Rn. 58; mit radikal normativierendem Ansatz Heuchemer, Der Erlaubnistatumsstandsirrtum, 2005, S. 292 ff.

<sup>1</sup> BSG JZ 2000, 97 mit Anm. Roxin. Einen vergleichbaren Fall stellt OLG Hamm NJW 1977, 590 dar, den Puppe, AT, 1. Aufl. 2002, § 23 Rn. 8 ff. diskutiert.



Sieht man die Funktion des Strafrechts primär darin, das Verhalten mithilfe von Normen zu steuern<sup>4</sup> und den Rechtsgüterschutz als Reflex der Verhaltenssteuerung,<sup>5</sup> so folgt daraus, dass ein isoliertes Erfolgsunrecht ein Unwerturteil nicht zu begründen vermag. Denn ist es dem sorgfaltsgemäß handelnden Adressaten einer Norm unmöglich, den missbilligten Erfolg zu verhindern und bleibt dies auch für zukünftige ähnliche Situationen, so verfehlt ein Unwerturteil seine steuernde Wirkung.<sup>6</sup>

Im Falle des unvermeidbaren ETIs trägt ein Unwerturteil nicht zur verhaltenssteuernden Funktion des Strafrechts bei. Im Moment der Handlung handelt der Irrende sorgfaltsgemäß. Denn der Normbefehl erreicht ihn zwar, kann ihn aber wegen der unvermeidbaren Verknüpfung der ihn umgebenden Tatsachen nicht leiten. Aber auch für zukünftige gleichgelagerte Situationen wird sich das Verhalten des Irrenden nicht ändern, da seine Motivation schon beim ersten Mal vollkommen im Einklang mit der Rechtsordnung stand und nicht durch ein Unwerturteil korrigiert werden musste.<sup>7</sup> Ein Unwerturteil ohne Steuerungseffekt ist jedoch nicht tragbar,<sup>8</sup> weshalb die Rechtswidrigkeit des Handelns im unvermeidbaren ETI zu verneinen ist.

Im Ergebnis darf man sich bei der Abwehr des Angriffs eines im unvermeidbaren ETI Handelnden also mangels Rechtswidrigkeit des Angriffs nicht auf ein Notwehrrecht berufen. Es bleiben nur die Verteidigungsbefugnisse, die die Notstandslage einräumt. Deren Reichweite wird noch zu untersuchen sein, vorweggenommen sei jedoch, dass sie ein Recht, den Irrenden zu töten, nicht umfassen, woraus sich das eingangs angesprochenen Ergebnis ergibt: Sollte der Irrende sich vorstellen, die Tötung seines Gegenübers sei ein geeignetes, erforderliches und gebotenes Mittel, den Scheinangriff abzuwehren und ist für das Eingriffopfer seinerseits allein eine für den Irrenden tödliche Abwehr möglich, so ist diese Tötung rechtswidrig und zu unterlassen, was faktisch der Pflicht entspricht, die eigene Tötung hinzunehmen.

<sup>4</sup> Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatensystem, 1981, S. 25 ff.; Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 56 f., 81, 125; allgemein: Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, S. 21 ff.

<sup>5</sup> Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, S. 77; Freund, Erfolgsdelikt (Fn. 4), S. 56 f., 75 ff.

<sup>6</sup> Wolter, Zurechnung (Fn. 4), S. 30, 40, 76; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 121 ff.; ders., Tatbestandsmäßiges Verhalten (Fn. 5), S. 71 f.; Freund, Erfolgsdelikt (Fn. 4), S. 59 f.; ders. GA 1991, 387, 391.

<sup>7</sup> BGHSt 3, 105, 107; Kühl, AT, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 72; LK-Rönnau, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 96.

<sup>8</sup> Freund, Erfolgsdelikt (Fn. 4), S. 57 ff., 111.

### III. Die Duldungspflicht der eigenen Tötung als logische und zugleich sinnvolle Konsequenz aus Notwehrkonzeption und der Konzeption des ETIs

Das gefundene Ergebnis erscheint zunächst befremdlich. Der folgende Abschnitt soll es jedoch ausgehend von Literaturvorschlägen zur Verteilung des Irrtumsrisikos (1.) plausibilisieren (2.).

Vorangestellt sei jedoch, dass der Eindruck der Befremdlichkeit wohl jeder möglichen Falllösung anhaftete: Es wäre wohl kaum weniger kontraintuitiv, wenn der unvermeidbar Irrende, der lobenswerte Motive verfolgt, gerechtfertigt getötet werden dürfte. Mit Zippelius<sup>9</sup> kann man von einer Situation rechtsethischer Ratlosigkeit sprechen. Wenn alle möglichen Ergebnisse unbefriedigend oder ungerecht wirken, kann nicht ein wie auch immer zu definierendes Rechtsempfinden, sondern lediglich eine rational aus dem System ableitbare Begründung den Ausschlag geben.<sup>10</sup>

#### 1. Literaturvorschläge zur Verteilung des Irrtumsrisikos

Als relativ umfangreich erforscht kann der Bereich der zurechenbaren Hervorrufung eines ETIs gelten, beispielsweise im Fall der Bedrohung mit einer Scheinwaffe. Die Diskussion geht in diesem Zusammenhang regelmäßig auch auf die Verteilung des Irrtumsrisikos zwischen den Beteiligten ein. Die folgende Darstellung berücksichtigt ohne Anspruch auf Vollständigkeit solche Ideen und Konzepte, die auch für die Frage des Irrtumsrisikos bei einer nicht zurechenbaren Auslösung des Irrtums fruchtbar gemacht werden können. Daher bleibt die Ansicht, die bei Angriffen mit Scheinwaffen mit der Willensfreiheit als ex post bedrohtes Rechtsgut ein Notwehrrecht konstruiert,<sup>11</sup> außen vor.

##### a) Jakobs

Jakobs verbindet die Frage, aus welcher Perspektive (ex ante/ex post) die Elemente der Rechtfertigungsgründe zu bewerten sind, mit der Verteilung des Irrtumsrisikos.<sup>12</sup> Von den drei tragenden Prinzipien, die er dafür entwickelt, ist das sogenannte *Solidaritätsprinzip* für den vorliegenden Beitrag das wichtigste, da es für die nicht zure-

<sup>9</sup> Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 14.

<sup>10</sup> Nicht überzeugen kann der scheinbar verlockende Gedanke, sich eines Urteils über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Handelns zu enthalten. Die Rechtsordnung muss jedenfalls dann eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit treffen, wenn ein Verhalten tatbestandsmäßig ist, es sei denn, man nimmt an, es gäbe so etwas wie einen rechtsfreien Raum, was bei tatbestandsmäßigen Verhalten wenig überzeugt; vgl. zur Kritik: Roxin, AT (Fn. 3), § 14 Rn. 26 ff.; LK-Rönnau, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 33.

<sup>11</sup> Roxin, AT (Fn. 3), § 15 Rn. 9.

<sup>12</sup> Jakobs, AT (Fn. 3), Abschn. 11 Rn. 9.

chenbaren Auslösung einer Scheingefahr oder Scheinnotwehrlage konzipiert ist.<sup>13</sup>

Dabei weist er treffend auf den aufzulösenden Interessenskonflikt hin: Auf der einen Seite steht das Interesse des Eingriffsoffers, nur bei wirklicher Not Eingriffe solidarisch dulden zu müssen, auf der anderen das des Irrenden, nicht nachträglich wegen des Fehlens einer tatsächlichen Notwehr- oder Nothilfelage eines rechtswidrigen Verhaltens bezichtigt zu werden. *Jakobs'* Lösung bezieht beide Interessen ein und geht von der Prämisse aus, dass ein Eingriffsoffer, dem die „Abwehr“ des Irrenden aufgezwungen wird, auf die optimale Ausrichtung des Rettungsverhaltens, das heißt ohne Berücksichtigung individueller Schwächen, vertrauen können muss. Dies führt zu folgenden Abgrenzungen: Ergibt die Beurteilung der Lage ex ante aus Sicht eines objektiven Dritten, dass die rechtfertigenden Umstände vorliegen, so ist gegen die „Abwehr“ des Irrenden lediglich Handeln im Rahmen des aggressiven Notstands gerechtfertigt. Ergibt hingegen nur die subjektive Ex-ante-Perspektive, dass die rechtfertigenden Umstände vorliegen, so ist ein Handeln im Rahmen des defensiven Notstands gerechtfertigt.

In der Konsequenz darf das Eingriffsoffer den, der sich in einem unvermeidbaren ETI befindet, nicht töten, selbst wenn dies bedeutet, die eigene Tötung dulden zu müssen. *Jakobs* unterwirft das Eingriffsoffer sogar insofern besonders harten Voraussetzungen, da er bei einem unvermeidbaren ETI dem Eingriffsoffer lediglich den aggressiven Notstand (und nicht den defensiven) zubilligt und damit ein wesentliches Überwiegen der angegriffenen Güter fordert. Leider bleibt *Jakobs* – wenn man davon absieht, dass er offenbar von einer bestehenden Grundsolidarität zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft ausgeht – die Begründung dafür schuldig, warum das Eingriffsoffer grundsätzlich das Irrtumsrisiko bei einer ihm nicht zurechenbaren Verursachung einer scheinbaren Rechtfertigungslage zu tragen hat.

### b) Puppe

Im Gegensatz zu *Jakobs*<sup>14</sup> lehnt *Puppe* es ab, das Eingriffsoffer auf den Aggressivnotstand (s.o.) zu verweisen, wenn dem Irrenden keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen sei. Dieser Ansatz stelle den Angegriffenen rechtlos, da der rechtfertigende Notstand grundsätzlich jedem Mitglied der Rechtsgemeinschaft jederzeit offen stünde, wenn es nur überwiegende Interessen vorweisen könne.<sup>15</sup> Sie sieht das Irrtumsrisiko grundsätzlich beim Irrenden,<sup>16</sup> wenn nicht dem Eingriffsoffer selbst das Hervorrufen des Irrtums zuzurechnen sei. Damit aber sei dem Eingriffsoffer ein Defensivnotstand nach § 228 BGB<sup>17</sup> zuzubilligen, der das passende Abwehrrecht

für den Fall sei, dass ein anderer als der von Natur aus Betroffene ein Risiko von Rechts wegen zu tragen habe. Der unvermeidbar irrende Angreifer sei „im Unrecht“.<sup>18</sup>

*Puppes* Vorschlag ist sehr klar, zwingt jedoch in den betrachteten Fallkonstellationen zur Annahme, dass der Defensivnotstand einen Eingriff in das Leben des Irrenden erlaubt. Sonst käme man zu der paradoxen Risikoverteilung, dass der Irrende das Irrtumsrisiko nur solange trägt, bis sein Leben gegen das des Eingriffsoffers steht. Das Risiko würde also gleichsam ab einer lebensbedrohlichen Gefahr „umschlagen“. Eine starke Literaturansicht bejaht zwar, dass ein Eingriff in das Leben desjenigen, aus dessen Sphäre die Gefahr stammt, grundsätzlich im Rahmen des Defensivnotstandes möglich ist.<sup>19</sup> Allerdings ist dies keineswegs unbestritten.<sup>20</sup> Zudem sollte zweierlei bedacht werden: Erstens ist durchaus zweifelhaft, dass es sich vorliegend überhaupt um einen „klassischen“ Defensivnotstand handelt und zweitens ist zu fragen, ob der Defensivnotstand, wenn man ihn bejaht, auch dann ein Tötungsrecht beinhaltet, wenn die Gefahr in nicht vorwerfbarer Weise aus der Sphäre desjenigen stammt, gegen den sich die Abwehr im Rahmen des Notstands richtet (dazu sogleich: III.2.a).

### c) Börgers

In seiner Dissertation über das Gefahrurteil im Strafrecht beschäftigt sich *Börgers* unter der Bezeichnung „riskante Äußerung“ mit der zurechenbaren Verursachung eines ETIs. Er verneint zunächst die Willensfreiheit als notwehrfähiges Rechtsgut bei Scheinangriffen<sup>21</sup> und fordert anschließend eine Lösung außerhalb der Notrechte, da diese einen tatsächlichen Rechtsgüterkonflikt verlangen.<sup>22</sup>

Das Problem, dass derjenige, der eine scheinbare Gefahrenlage zurechenbar etwa durch den Angriff mit einer Scheinwaffe auslöst, seine Notrechte behält, da der ETI grundsätzlich eine bloße Handlungsbefugnis des Irrenden ohne korrespondierende Duldungspflicht des Eingriffsoffers begründet, löst er durch eine Einwilligungsfiktion,<sup>23</sup> die er aus dem zivilrechtlichen Grundsatz „venire contra factum proprium nulli conceditur“ und Überlegungen zur als Rechtfertigungsgrund gedeuteten Einwilligung ableitet. Die Tragfähigkeit dieser Konstruktion ist durchaus zweifelhaft. Zum einen widersprechen Einwilligungsfiktionen grundsätzlich dem materiellen Grundgedanken der Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung durch bewusste Rechtsgutpreisga-

86) einhergeht oder ob die Aussage des § 228 BGB in § 34 StGB enthalten ist, soll hier dahinstehen; vgl. dazu Schönke/Schröder-Perron, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn. 30.

<sup>18</sup> *Puppe*, AT (Fn. 1), § 23 Rn. 18.

<sup>19</sup> *Gropp*, AT, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 251; *Roxin*, AT (Fn. 3), § 16 Rn. 78; *NK-Neumann*, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 87 ff. m.w.N.

<sup>20</sup> BGHSt 48, 255, 257; Schönke/Schröder-Perron, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn. 30; *LK-Zieschang*, 12. Aufl. 2006, § 34 Rn. 74.

<sup>21</sup> *Börgers*, Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht: Ein Abschied vom objektiven Dritten, 2008, S. 161.

<sup>22</sup> Dies führt ihn zu einer Ablehnung der Ansicht von *Jakobs*, *Börgers*, Gefahrurteil (Fn. 21), S. 162.

<sup>23</sup> *Börgers*, Gefahrurteil (Fn. 21), S. 190 ff.

<sup>13</sup> Die anderen Prinzipien, das *Prinzip der Verantwortung oder Veranlassung* (AT, Abschn. 11 Rn. 9) und das *Prinzip Interessensdefinition durch das Eingriffsoffer* (AT, Abschn. 11, Rn. 11), setzen die zurechenbare Auslösung einer Scheinnotwehrlage voraus, also beispielsweise den Angriff mit einer Spielzeugwaffe.

<sup>14</sup> Und auch *Roxin*, AT (Fn. 2), § 15 Rn. 14.

<sup>15</sup> *Puppe*, AT (Fn. 1), § 23 Rn. 18 m.w.N.

<sup>16</sup> *Puppe*, AT (Fn. 1), § 12 Rn. 18, Rn. 21.

<sup>17</sup> Ob damit die Bildung eines selbstständigen Rechtfertigungsgrundes (so z.B. *NK-Neumann*, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn.

be.<sup>24</sup> Zum anderen bleibt ungelöst, dass auch die fingierte Einwilligung – so man sie denn für möglich hält – den objektiven Einwilligungsschranken der §§ 216, 228 StGB unterliegt. Wenn also infolge eines Scheingriffes der unvermeidbar Irrende glaubt, seinen Angreifer nur mittels einer lebensgefährlichen Verletzung abwehren zu können, griffe § 216 StGB ein und versage eine Rechtfertigung des Verhaltens mit der Konsequenz, dass der Scheingreifer trotz zurechenbarer Auslösung einer Scheingefahr von jeder Duldungspflicht befreit wäre.<sup>25</sup>

Dennoch bleiben die Überlegungen insbesondere aus der Übertragung zivilrechtlicher Streitfragen für die hier betrachteten Fälle einer nicht vorwerfbar Auslösung eines Irrtums interessant. Der herangezogene Grundsatz „venire contra factum proprium nulli conceditur“ wird herrschend<sup>26</sup> als Fallgruppe des § 242 BGB betrachtet, die entscheidend von dem Aspekt des Vertrauensschutzes geprägt ist. Gemeint ist, dass sich derjenige, der ein berechtigtes Vertrauen hervorruft, sich an diesem festhalten lassen muss oder mit anderen Worten die Folgen eines gesetzten Rechtsscheins tragen und die eigenen Interessen zurückstellen muss, wenn sich die Gegenseite berechtigterweise auf den Rechtsschein einlässt.<sup>27</sup> Neben dem objektiven Anknüpfungspunkt, der in einer ausdrücklichen oder konkludenten Äußerung besteht, sind an die subjektiven Voraussetzungen geringe Anforderungen zu stellen: Die vertrauensbegründenden Umstände müssen von dem, der den Rechtsschein setzt, lediglich beherrscht und der Rechtsschein vermieden werden können, was objektiv zu beurteilen ist. Es ist jedoch weder Verschulden noch Arglist zu fordern.<sup>28</sup>

Börger überträgt die zivilrechtlichen Wertungen auf das Strafrecht, indem er das Verhalten, das den Irrtum auslöst, als objektiven Erklärungstatbestand einer (fingierten) Einwilligungserklärung betrachtet.<sup>29</sup> Für die Anforderungen an die subjektive Seite müssten Verkehrsschutz und Selbstbestimmung in praktische Konkordanz gebracht werden, wodurch sich auch die Verteilung der Irrtumsrisiken ergebe.<sup>30</sup> Eine Übertragung der §§ 116 ff. BGB, die den Erklärenden auch an Willenserklärungen ohne Geschäftswillen binden, lehnt er für das Strafrecht wegen des Fehlens einer Anfechtungsmöglichkeit mit Ex-tunc-Wirkung,<sup>31</sup> die im Zivilrecht die Selbstbestimmung schützt, ab.<sup>32</sup> Da jedoch auch im Strafrecht

die Willenserklärung der individuellen Selbstbestimmung diene und gleichzeitig die Erfordernisse des Verkehrsschutzes zu berücksichtigen seien, gehe es zwar wegen des Fehlens der Anfechtungsmöglichkeit nicht an, die Wirksamkeit der Willenserklärung rein objektiv zu bestimmen, da sonst die Selbstbestimmung als Abwägungsaspekt vollkommen in den Hintergrund trete. Indes dürfe auch nicht rein subjektiv auf den tatsächlichen Willen desjenigen, der den Rechtsschein setzt, abgestellt werden. Insofern genüge die individuelle Erkennbarkeit des Erklärungsinhaltes, ohne dass der Erklärungsinhalt auch tatsächlich erkannt wurde. Aus der Übertragung der zivilrechtlichen Wertungen folge, dass der, der in zurechenbarer (nicht schuldhafter!) Weise einen ETI hervorruft, nach dem Grundsatz „venire contra factum proprium“ in unzulässiger Weise handelt, wenn er sich gegen die „Abwehr“ des Irrenden verteidigt.

## 2. Begründung der Pflicht, die eigene Tötung hinzunehmen

Die Literaturvorschläge bieten für die hier in Frage stehende Notwehr gegen den unvermeidbaren ETI wichtige Ausgangspunkte. Zu begründen bleibt jedoch noch, warum eine Entlastung zugunsten des Irrenden vorzuzugewürdigt ist.

### a) Ablehnung eines Tötungsrechts im Rahmen des Defensivnotstandes

Von den betrachteten Literaturvorschlägen sah der Puppes die klarste Verteilung der Irrtumsrisiken vor: Der Irrende solle stets das Irrtumsrisiko tragen, das Eingriffopfer hingegen dürfe sich im Rahmen des Defensivnotstandes auch in tödlicher Weise verteidigen, wenn dies erforderlich und geboten sei. Schon oben wurde indes angedeutet, dass die Wertung, dass alle Eingriffe in die Rechtsgüter desjenigen, aus dessen Sphäre die Gefahr stammt, gerechtfertigt sind, wenn sie nicht „außer Verhältnis“ zum geschützten Rechtsgut stehen, für die hier betrachteten Fallkonstellationen nicht überzeugt. Erstens ist zweifelhaft, aus wessen Sphäre die Gefahr ursprünglich stammt. Denkbar wäre auch, den Auslöser für den schädigenden Kausalverlauf in der Sphäre des Eingriffopfers zu sehen, das den Schein einer Nothilfelage gesetzt hat. Doch selbst wenn man dieses Henne-Ei-Problem zu Lasten des Irrenden löst, kann die radikale Wertung, die aus einer Übertragung des § 228 BGB gewonnen wird, kaum auf Fälle angewendet werden, in denen zwei Menschen in unglücklicher Weise in einen schädigenden Kausalverlauf hineingezwungen werden.<sup>33</sup> Denn diese Ansicht beruht auf der Vorstellung, dass der Defensivnotstand als Spiegelbild des Aggressivnotstands demjenigen, der sich einer Gefahr für seine Rechtsgüter gegen-

<sup>24</sup> LK-Rönnau, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 168; im Falle der riskanten Äußerungen erscheint sie besonders fragwürdig, da der Scheingreifer ja eindeutig nicht will, dass in seine Rechtsgüter eingegriffen wird; Kindhäuser GA 2009, 501, 504.

<sup>25</sup> Kindhäuser GA 2009, 501, 504.

<sup>26</sup> Die Gegenansicht hält eine Anwendung des § 242 BGB für überflüssig und nimmt in den entsprechenden Fällen einen konkludenten Verzicht auf ein Recht an; vgl. dazu Staudinger-Olzen/Looschelders, Neubearbeitung 2014, § 242 Rn. 285.

<sup>27</sup> Staudinger-Olzen/Looschelders, Neubearbeitung 2014, § 242 Rn. 286 f.

<sup>28</sup> Staudinger-Olzen/Looschelders, Neubearbeitung 2014, § 242 Rn. 290; Palandt-Grüneberg, 78. Aufl. 2018, § 242 Rn. 55.

<sup>29</sup> Börgers, Gefahrurteil (Fn. 21), S. 202.

<sup>30</sup> Börgers, Gefahrurteil (Fn. 21), S. 198.

<sup>31</sup> Sondern lediglich die Möglichkeit eines Widerrufs mit Ex-nunc-Wirkung; vgl. Börgers, Gefahrurteil (Fn. 21), S. 199.

<sup>32</sup> Entgegen der h.M., nach der das Anfechtungsrecht die Selbstbestimmung hinreichend sichert (z.B. BGHZ 91, 324,

329 f.), fordert Börgers auch im Zivilrecht die individuelle Geschäftserkennbarkeit für die Wirksamkeit einer Willenserklärung, Börgers, Gefahrurteil (Fn. 21), S. 201.

<sup>33</sup> MüKo-Erb, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 157; eingehend dazu auch Roxin, FS-Jescheck (Fn. 3), S. 457, 466, der eine direkte oder analoge Anwendung des § 228 BGB für Fälle, die keine Sachgefahren darstellen, ablehnt und diesem lediglich zuschreibt, den wichtigen Gedanken zu enthalten, dass in der Abwägung nach § 34 StGB die Herkunft der Gefahr zu berücksichtigen sei.

übersieht, nur dann ein Handeln verbietet, wenn sein Gegenüber seinerseits in einem Aggressivnotstand gerechtfertigt wäre.<sup>34</sup> Nach dieser Logik verlangen Aggressiv- und Defensivnotstand dasselbe Sonderopfer ab. Damit wird jedoch verkannt, dass im Fall eines Defensivnotstandes gerade nicht wie beim Aggressivnotstand ein völlig Unbeteiligter durch die Notstandshandlung in den schädigenden Kausalverlauf hineingezogen wird. Vielmehr sind beide Seiten in schicksalhafter Weise verbunden, wobei für eine erweiterte Abwehrbefugnis zwar das für die hier betrachteten Fälle bereits als problematisch erkannte Argument, dass die Gefahr aus der Sphäre des Irrenden stammt,<sup>35</sup> sprechen mag. Dieses wird allerdings mindestens dadurch ausgeglichen, dass es der im Defensivnotstand Handelnde ist, der vorsätzlich fremde Rechtsgüter verletzt, um dem Kausalverlauf eine für ihn günstigere Fügung zu geben.<sup>36</sup> Das Schicksal träfe nämlich eigentlich ihn und nicht den Irrenden, dessen Solidarität durch das Handeln im Defensivnotstand in Anspruch genommen wird.<sup>37</sup> Damit kann die nicht vorwerfbare Ursächlichkeit der Gefahr aus der Sphäre eines der Beteiligten höchstens als ein Abwägungsfaktor unter vielen im Rahmen der Rechtfertigung durch Notstand gelten,<sup>38</sup> jedoch keinesfalls allein die Tötung des Gefahrträgers rechtfertigen.<sup>39</sup>

Wenn man damit allerdings in den hier betrachteten Konstellationen ein Tötungsrecht im Rahmen des Defensivnotstandes ablehnt, verliert Puppes Vorschlag seine Kohärenz, da es zum angesprochenen „Umschlagen“ der Risikoverteilung käme.

### b) Positive Begründung für die Duldungspflicht der eigenen Tötung

Unbefriedigend wäre allerdings der Befund, dass die Risikoverteilung nur aufgrund systematischer Entscheidungen zum ETI beziehungsweise der Notwehr und dem Defensivnotstand zugunsten des Irrenden ausfällt. Dass dies auch positiv begründbar ist, zeigen die folgenden Überlegungen.

#### aa) Verkehrsschutz als zusätzlicher Abwägungsfaktor

Schon im Rahmen der Überlegungen von Börgers wurde der Verkehrsschutz als maßgebliches Abwägungselement eingebracht und darauf verwiesen, dass dieser zwar zivilrechtlicher Wertungen entstammt, aber als Spezialfall des Vertrauensgrundsatzes auch dem Strafrecht nicht fremd

ist.<sup>40</sup> Der Verkehrsschutz beziehungsweise die Flüssigkeit des Rechtsverkehrs spricht als schützenswertes Gut in den Fällen des unvermeidbaren ETIs für den Irrenden. Denn der Rechtsverkehr ist maßgeblich davon abhängig, dass einem Rechtsschein eine ebenso bindende Wirkung zukommt wie einer tatsächlichen Äußerung. Im Zivilrecht ist dies umfangreich kodifiziert oder aber durch richterliche Rechtsfortbildung<sup>41</sup> bestätigt.<sup>42</sup> Das Bedürfnis besteht aber im Strafrecht in gleicher Weise: Wenn nach einer sorgfaltsgemäßen Prüfung ein objektiver Dritter zu dem Schluss kommen muss, dass eine Notwehrbeziehungsweise Nothilfeflage gegeben ist, so ist sein Eingreifen von der Rechtsordnung gebilligt oder im Falle einer Garantienstellung sogar gefordert. Eine derartige Forderung an den einzelnen wäre nicht damit vereinbar, dass die Rechtsordnung ihm zugleich das Irrtumsrisiko aufbürdete.

#### bb) Nutzenmaximierung

Damit einher geht ein Aspekt, der bisher lediglich gestreift wurde. In den Fällen des unvermeidbaren ETIs handelt der Irrende auf Grundlage einer sorgfaltsgemäßen Prüfung der Situation (sonst würde das Fahrlässigkeitsunrecht der Gegenpartei ein Notwehrrecht geben) und kommt entgegen der tatsächlichen Umstände zum Ergebnis, dass ein Eingreifen nötig ist. Das heißt aber auch, dass der Irrende in der Mehrzahl der Fälle, die sich vergleichbar präsentieren, mit seiner Einschätzung Recht hätte, denn sonst könnte man kaum von einem unvermeidbaren ETI sprechen. Um es am Eingangsbeispiel festzumachen: In der wohl deutlich überwiegenden Anzahl von Fällen, in denen die Ehefrau schreiend im Wohnzimmer liegt und der Ehemann mit einem Messer in der Hand die Tür öffnet, ist eine Nothilfeflage tatsächlich gegeben. Das heißt aber auch, dass derjenige, der eingreift, dies in der überwiegenden Anzahl von Fällen von der Rechtsordnung gebilligt tut. Indem man den Eingreifenden vom Irrtumsrisiko entlastet, schafft man einen wichtigen Anreiz, Nothilfe zu leisten. Belastet man dagegen denjenigen, der sich in einer Nothilfeflage in nicht vorwerfbarer Weise wähnt – ob sie nun gegeben ist oder auch nicht – mit dem Irrtumsrisiko, so dürften die meisten potentiellen Nothelfer ein Eingreifen dankend ablehnen, wenn sie dazu nicht gerade durch eine Garantienpflicht gezwungen sind. Da ihr Eingreifen aber in der überwiegenden Zahl von Fällen gewünscht ist und Rechtsgüter vor einer rechtswidrigen Verletzung bewahrt, ist der Nutzen insgesamt größer, wenn immer eingegriffen wird als wenn nie eingegriffen wird.

Als Prüfstein soll folgende einfache Frage dienen: Will man, dass jemand eingreift und Hilfe leistet, wenn ein objektiver Dritter in seiner Situation annähme, dass die Rechtsgüter eines Dritten in rechtswidriger Weise bedroht sind?

<sup>34</sup> NK-Neumann, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 86, 88 m.w.N.

<sup>35</sup> Köhler, in: Festschrift für Schroeder (2006), 257, 260 ff.

<sup>36</sup> MüKo-Erb, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 157.

<sup>37</sup> MüKo-Erb, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 158.

<sup>38</sup> Roxin, FS-Jescheck (Fn. 3), 457 ff.; ders., AT (Fn. 3), § 16 Rn. 75; MüKo-Erb, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 158.

<sup>39</sup> Bott, In dubio pro Straffreiheit – Untersuchungen zum Lebensnotstand, 2010, S. 97 ff.; MüKo-Erb, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 159, LK-Zieschang, 12. Aufl. 2006, § 34 Rn 78; a.A. Roxin, AT (Fn. 3), § 16 Rn. 78; Köhler, FS-Schroeder (Fn. 35), 257, 260 ff. Damit geht jedoch nicht zwingend die Ablehnung eines Tötungsrechts im Rahmen des Defensivnotstandes einher, wenn die Gefahr durch pflichtwidriges Verhalten ausgelöst wird; vgl. MüKo-Erb, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 167; Krey/Esser, AT, 6. Aufl. 2016, Rn. 624 f.

<sup>40</sup> Börgers, Gefahurteil, S. 199 (Fn. 21); auch Jakobs, AT (Fn. 3), Abschn. 7 Rn. 162; Abschn. 11 Rn. 3.

<sup>41</sup> Z.B. in Form der Anscheinsvollmacht, vgl. Faust, BGB AT, 6. Aufl. 2018, § 26 Rn. 38.

<sup>42</sup> Diesem Interesse wird sogar ein so hoher Stellenwert eingeräumt, dass der Auslöser eines Rechtsscheins diesen sogar ohne eigenes Verschulden gegen sich gelten lassen muss (s.o.).

Die Antwort lautet wohl ja. Dann darf man ihn aber auch nicht durch das Irrtumsrisiko belasten.

### cc) Generalprävention

Eng damit verknüpft ist, dass die Notwehr auch durch den Gedanken der Rechtsbewährung und damit Generalprävention geprägt ist.<sup>43</sup> Die Motivation, in einer Nothilfelage einzugreifen, wenn man dabei das Irrtumsrisiko trägt, dürfte sich auf die Fälle beschränken, in denen man eingreifen muss. Damit verlöre das schneidige Notwehr-beziehungsweise Nothilferecht jedoch maßgeblich an abschreckender Wirkung, da der Verbrecher bei rechtswidrigem Handeln sich darauf einstellen könnte, dass ein Dritter im Zweifel das Risiko scheut, sich zu irren und daher von einem Eingriff absieht. Dies verfehlte die rechtsstabilisierende Zielrichtung des § 32 StGB,<sup>44</sup> weshalb auch unter diesem Aspekt eine Auflösung der Situation zugunsten des unvermeidbar Irrenden angezeigt scheint.

### dd) Ergebnis

Die hier präsentierte Lösung kommt dem, was *Jakobs* unter dem Stichwort des *Solidaritätsprinzips* formuliert hat, recht nahe. Abgewogen wird das Vertrauen des unvermeidbar Irrenden auf den in nicht vorwerfbarer Weise gesetzten Rechtsschein einerseits und das Interesse des Eingriffsoffiziers, nur solche Eingriffe in seine Rechtsgüter dulden zu müssen, die auf einer tatsächlich existierenden Notwehr- beziehungsweise Nothilfelage beruhen. Hinzu treten Gründe, die das Interesse des unvermeidbar Irrenden verstärken, namentlich der Schutz des Rechtsverkehrs und die Tatsache, dass eine Belastung mit dem Irrtumsrisiko einen potentiellen Nothelfer vom Eingreifen abhalten dürfte, was aber insgesamt dazu führte, dass das Notwehrrecht einen Teil seiner rechtsstabilisierenden Wirkung verlöre und daneben dem Ziel, maximal viele Rechtsgüter zu bewahren, schade.

Dem, der sich dem Angriff des Irrenden ausgesetzt sieht, steht im Falle einer eigenen konkreten Lebensgefahr in der eskalierenden Situation die Entschuldigung über § 35 StGB offen. Ihn trifft die Last der Entscheidung, das eigene Leben zu retten, indem er einen erkannt Irrenden vorsätzlich tötet. Die Rechtsordnung billigt diese Tötung nicht, hat dafür aber Verständnis, womit eine Lösung auf Schuldebene durchaus adäquat erscheint.

## IV. Vorschläge zur Minimierung des Schadenspotentials: Notwendigkeit einer Gebotenheitseinschränkung im Falle einer Entscheidung in unklarer Sachlage

Im zweiten Teil des Beitrags soll versucht werden, das gefundene Ergebnis zu optimieren, indem das schädigende Potential dieser Kausalverläufe durch eine Gebotenheitseinschränkung des Notwehrrechts des Irrenden reduziert und so dafür gesorgt wird, dass sich das Prob-

<sup>43</sup> LK-Rönnau/Hohn, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 66; Schönke/Schröder-Perron, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 1 f.

<sup>44</sup> Siehe auch noch unten IV.2.a.

lem einer Pflicht, die eigene Tötung zu dulden, nur noch in einer verminderten Zahl von Fällen stellt.

### 1. Einleitende Gedanken

Als Ausgangspunkt soll die Problematik dienen, dass der Mensch in der häufig zugespitzten Situation eines ETIs auf Grundlage einer auch für ihn selbst unsicheren Faktenlage agieren muss, in der er zwar die Möglichkeit zu irren erkennt, aber dennoch die Notwendigkeit seines Handelns für überwiegend wahrscheinlich hält. Im Folgenden soll gezeigt werden, warum aus der Notwehrkonzeption hervorgeht, dass auch der, der sich bei unsicherer Faktenlage bei überwiegender Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Notwehr- bzw. Nothilfelage zum Handeln entschließt, gerechtfertigt ist und die so geschaffene Handlungsbefugnis als ultima ratio ein Tötungsrecht umfassen muss. Zugleich wird sich jedoch zeigen, dass wenn aus objektivierter Ex-ante-Perspektive die Sachlage Unklarheiten aufweist, dies zu Einschränkungen der Notwehrbefugnisse führen muss, die auf Ebene der Gebotenheit zu berücksichtigen sind.

Damit soll der wohl realistischen Annahme, dass absolute Sicherheit über die rechtfertigenden Umstände im Falle eines ETIs selten sein dürfte,<sup>45</sup> Rechnung getragen werden und das Risiko eines tödlichen Ausgangs minimiert werden.

### 2. Leitlinien

#### a) Begründung der Notwehr nach dem dualistischen Prinzip der h.M.

Nach heute herrschender Ansicht bilden das Individualschutz- und das Rechtsbewährungsprinzip die tragenden Säulen der Notwehr.<sup>46</sup> Hinter dem sogenannten Rechtsbewährungsprinzip verbirgt sich vor allem der Gedanke der Generalprävention,<sup>47</sup> das heißt der Schneidigkeit des Notwehrrechts wird die Wirkung zugeschrieben, die Rechtsordnung zu stabilisieren, indem sie potenzielle Verbrecher durch die Furcht vor dem „Zurückschlagen“ des Angegriffenen vom Bruch der Rechtsordnung abhält. Aus dem Rechtsbewährungsprinzip beziehungsweise dem Fehlen eines Interesses an der Rechtsbewährung lassen sich diejenigen Grenzen konkretisieren, die als „sozialethischen Einschränkungen“ der Notwehr diskutiert werden.<sup>48</sup>

Bei einer Entscheidung auf unsicherer Faktengrundlage lässt sich daraus zweierlei ableiten: Zunächst ist festzu-

<sup>45</sup> So auch *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 415.

<sup>46</sup> *Roxin*, AT (Fn. 3), § 15 Rn 1; *ders.*, ZStW 93 (1981), 64, 70; Schönke/Schröder-Perron, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 1; *Hirsch*, in: Festschrift für Dreher, 1977, S. 211, 217; *Kühl* JURA 1993, 57, 64. A.A. Individualistischer bzw. monistischer Ansatz. Dabei stützen sich die Autoren entweder nur auf eine überindividuelle Sicht, z.B. *Schmidhäuser* GA 1991, 97, 115 ff. („Selbstbehauptung des Recht als eine bestimmende Macht“) oder nur auf das Individualschutzprinzip, z.B. *Frischer* GA 1988, 291, 295 ff.

<sup>47</sup> BT-Drucks. IV/650 S. 158; *Roxin*, AT (Fn. 3), § 15 Rn. 2; LK-Rönnau/Hohn, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 66, die allerdings in Frage stellen, ob es sich dann tatsächlich um ein „dualistisches“ Konzept handelt.

<sup>48</sup> *Roxin* ZStW 93 (1981), 68, 103 f.

halten, dass das Rechtsbewährungsprinzip in diesen Fällen abgeschwächt ist, da die Möglichkeit besteht, dass eine Rechtsbewährung mangels rechtswidrigen Angriffs gar nicht notwendig ist. Daher hat der scheinbar Angegriffene bzw. Nothelfer die bedrohten Rechtsgüter durch Ausweichen zu schützen, dann zur Schutzwehr zu greifen und darf erst zuletzt zur Trutzwehr übergehen.<sup>49</sup>

Andererseits folgt gerade aus dem Rechtsbewährungsprinzip auch, dass es ein – wenn auch eingeschränktes – Notwehrrecht im Rahmen des ETIs als Handlungsbefugnis geben muss. Denn würde man dem scheinbaren Nothelfer kein solches zubilligen, wäre er in einem Fall, in dem er wie auch ein objektiver Dritter das Vorliegen eines rechtswidrigen Angriffs mit einer Wahrscheinlichkeit von 60% bewertet, besser beraten, nicht einzugreifen beziehungsweise einen tatsächlich rechtswidrigen Angriff hinzunehmen, da ihm lediglich die Rechtfertigung aus § 34 StGB offen stünde, die ihm in einer zugespitzten Situation die Rettung seines eigenen Lebens durch die Tötung des Kontrahenten nicht erlaubt. Diese Unsicherheit führte dazu, dass die Generalprävention, die erklärter Wille des Gesetzgebers bei der Formulierung des neuen § 32 StGB war, erheblich geschwächt würde.<sup>50</sup>

### b) Solidaritätsprinzip

Der Gedanke der Solidarität ist überwiegend vom Notstand nach § 34 StGB bekannt und begründet dort die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Rechte unbeteiligter Dritter.<sup>51</sup> Während ihm in § 34 StGB also die Funktion zukommt, das Eingriffsrecht in die Rechtsgüter Dritter zu begründen und so einen möglichst nutzenmaximalen Ausgleich zwischen den Interessen der Beteiligten herbeizuführen, hat er bei der Notwehr in unsicherer Faktenlage einen das Eingriffsrecht beschränkenden Charakter. Wenn man sich nicht sicher ist, ob eine Notwehrlage vorliegt, sondern dies nur für wahrscheinlich hält, müssen die Interessen des Eingriffsofners stärker berücksichtigt werden und muss unter Umständen auch eine Notwehr- oder Nothilfehandlung gewählt werden, die weniger sicher, aber auch weniger eingriffsintensiv ist.<sup>52</sup>

Damit ist auch schon die Perspektive vorgezeichnet, aus der diese Fallgruppe der Gebotenheitseinschränkung zu beurteilen ist. Um einerseits zu vermeiden, dass die Entscheidung, in welchem Ausmaß eine Eingriffsbefugnis besteht, dem individuellen Gutdünken überantwortet und willkürlich oder irrational in die Rechte Dritter eingegriffen wird, aber andererseits auch das Interesse des Irrenden, der unvermeidbar eine Notwehr- oder Hilfeleistung annimmt, zu berücksichtigen, kann nur eine objek-

tivierte Ex-ante-Perspektive unter Zugrundelegung der wahrnehmbaren Sachlage eingenommen werden.<sup>53</sup>

### 3. Zweiseitige Deeskalation

Überschreitet der, der irrig eine Notwehrlage annimmt, die so gezogene Grenze der Gebotenheit, entfällt die Rechtfertigung durch den ETI mit der Folge, dass dem Angegriffenen die Befugnisse des § 32 StGB offenstehen. Diese sind freilich ihrerseits wieder eingeschränkt durch die sozialetische Fallgruppe des Handelns gegen schuldlos Irrende,<sup>54</sup> wenn der Irrtum über die Grenzen des Notwehrrechts auf individueller Unzulänglichkeit beruht. Die hier angedachte Fallgruppe ist gleichsam Spiegelbild und logische Ergänzung der sozialetischen Einschränkung der Notwehr gegen schuldlos Irrende. Während der Eingreifende grundsätzlich berücksichtigen muss, dass er sich irren könnte, wird dem Eingriffsofner aufgetragen, auf den anderen Rücksicht zu nehmen, weil dieser sich irrt. Damit wird das angedachte Ziel erreicht, einerseits Handlungsbefugnisse auch in der unsicheren Situation zu bewahren und zugleich einen angemessenen Interessenausgleich herzustellen. Indem beide Seiten dazu angehalten sind, ein möglichst mildes Mittel zu wählen, das regelmäßig darin bestehen wird, eine Klärung der Sachlage zu bewirken, könnten in vielen Konstellation Eskalationen mit tödlichem Ausgang vermieden werden.

### 4. Handeln mit dolus eventualis?

Gegen die Annahme, dass das Fürmöglichhalten der rechtfertigenden Umstände schon für die Rechtfertigung auch nur im Rahmen des ETIs ausreicht, spricht vordergründig, dass auch das Gegenteil, nämlich die ungerechtfertigte Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes, für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen wird, was hieße mit dolus eventualis zu handeln.<sup>55</sup> Daher wird für die Wahrnehmung von Rechtfertigungsgründen verbreitet sicheres Wissen von der Rechtfertigungslage gefordert.<sup>56</sup>

Grundsätzlich ist dieser Kritik auch insofern zuzustimmen, dass Rechtfertigungsgründe mindestens Handlungsbefugnisse geben und somit eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Rechtfertigung zu fordern ist. Offen bleibt damit jedoch die rechtliche Behandlung einer Lage, in der auch ein objektiver Dritter eine Notwehr- oder Nothilfeleistung für wahrscheinlich, aber nicht sicher betrachtete, zugleich aber schwerste Rechtsgutsbeeinträchtigungen drohen, wenn nicht eingegriffen wird und sich die Befürchtungen bewahrheiten.<sup>57</sup> Zwar enthält

<sup>49</sup> NK-Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 108 f.; Roxin, AT, § 15 Rn. 61 in Bezug auf schuldlos handelnde Personen und schuldlos Irrende.

<sup>50</sup> BT-Drucks. IV/650 S. 158 weist ausdrücklich darauf hin, dass das Notwehrrecht nicht so anspruchsvoll ausgestaltet werden darf, dass der „Abwehrwille des gewissenhaften Bürgers hierdurch gelähmt“ würde.

<sup>51</sup> Roxin, AT (Fn. 3), § 16 Rn. 10.

<sup>52</sup> Oder auch ganz auf ein Eingreifen verzichtet werden, wenn mit dem Eingriff eine erhebliche Rechtsgutsbeeinträchtigung verbunden ist, mit der nur ein marginales Interesse verteidigt wird.

<sup>53</sup> Zur Maßgeblichkeit der objektiven Ex-ante-Perspektive bei der Begründung von Verhaltensnormen: Freund, Erfolgsdelikt (Fn. 5), S. 52 ff.; Frisch, Vorsatz (Fn. 6), S. 76, 121 ff.; ders., Tatbestandsmäßiges Verhalten (Fn. 5), S. 71 f.

<sup>54</sup> Schönke/Schröder-Perron, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 52.

<sup>55</sup> Zum Meinungsstand der Bestimmung des dolus eventualis: Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 72 ff.

<sup>56</sup> Für die Notwehr: Schüler, Das Zweifeln über das Vorliegen einer Rechtfertigungslage, 2004, S. 123 ff.; allgemein: Rönnau JuS 2009, 594, 596; LK-Rönnau, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 84 ff.

<sup>57</sup> Zur damit verbundenen Zwangslage: Schüler, Rechtfertigungslage (Fn. 55), S. 112 ff.

§ 34 StGB mit der „Gefahr“ ein prognostisches Element, sodass eine Notstandslage oft ohne weiteres vorliegt,<sup>58</sup> jedoch hilft der Notstand in der zugespitzten Situation, in der Leben gegen Leben steht, nicht weiter.<sup>59</sup> Eine Entschuldigung anzunehmen, wenn dennoch gehandelt wird, ist gerade bei der Nothilfe schwierig, da oft der einzige Weg über einen übergesetzlichen entschuldigenden Notstand führt und ist darüber hinaus unbefriedigend, da faktisch gesteigerte Zivilcourage als Unrecht bezeichnet würde. Weiterhin ist höchst fraglich, ob die Forderung nach positiver Kenntnis oder sicherem Wissen in den oft unübersichtlichen Notwehrlagen nicht zu starr ist.<sup>60</sup> Schließlich ist gerade der Bereich der Notrechte klassischerweise von zweideutigen Konstellationen bestimmt: Ist der Kaufhausbesucher, der eine Ware mit nach draußen nimmt, ein Dieb oder möchte er die Ware nur bei Tageslicht prüfen?<sup>61</sup> Wer hier Gewissheit über das Vorliegen der Notwehrlage fordert, privilegiert den, der ohne lange nachzudenken, einfach zuschlägt, bevor ihm Zweifel kommen könnten.<sup>62</sup>

Die umfangreichen Analysen *Frisch*<sup>63</sup> liefern ein weiteres Argument: Nach *Frisch* liegen allen Rechtfertigungsgründen prognostische Elemente zugrunde.<sup>64</sup> Auch bei der Notwehr, die vordergründig das tatsächliche Vorliegen einer Notwehrlage und damit korrespondierend auf der subjektiven Seite Gewissheit über diese Umstände zu verlangen scheint, sei bei Unklarheit über die zukünftige Entwicklung<sup>65</sup> allgemein anerkannt, dass Abwehrhandlungen auch dann gerechtfertigt seien, selbst wenn nicht sicher sei, dass sie geeignet und erforderlich sind.<sup>66</sup> Wenn hier ein Wahrscheinlichkeitsurteil ausreiche, weil die Zukunft sich dem menschlichen Erkenntnisvermögen grundsätzlich entzieht, könne für gegenwärtigen Elemente des Rechtfertigungsgrundes, die nicht voll erfassbar sind, nichts anderes gelten. Denn letztlich sind die Zweifel über die künftige Entwicklung Zweifel über die gegenwärtige Wirklichkeit. Wäre diese vollständig erfassbar, ließe sich wahrscheinlich auch die Zukunft voraussagen.<sup>67</sup>

Im Ergebnis zeigt sich, dass es sinnvoll ist, auch bei Risikoentscheidungen eine Rechtfertigung anzunehmen und dem Handelnden ein auf Ebene der Gebotenheit eingeschränktes Notwehrrecht zu geben. *Schroth*, der sich für

eine vergleichbare Lösung ausspricht,<sup>68</sup> weist daraufhin, dass in der unsicheren Situation die einzigen rationalen Handlungsoptionen seien, den eigenen oder den Gesamtnutzen zu maximieren und begründet dann, dass unter dem Gesichtspunkt, dass unter Umständen irrig in fremde Güter eingegriffen werde, einzig die Maximierung des Gesamtnutzens adäquat sei (Maximax-Regel), was einer durch Gebotenheit eingeschränkten, verhältnismäßig ausgeübten Notwehr, die als ultima ratio weiter alle Handlungsoptionen offen lässt, entspricht.<sup>69</sup>

## 5. Anwendung auf den Fall

Im Beispielsfall kann die Gebotenheitseinschränkung erste Früchte tragen. Zwar wertete das Gericht den ETI als unvermeidbar. Dies heißt jedoch nicht zwingend, dass der Irrende sich irren musste, sondern dass er sich irren durfte,<sup>70</sup> dass er die Sachlage in einer nachvollziehbaren Weise würdigte und verständliche Schlüsse zog. Die Tatsache, dass er sich tatsächlich in einem Irrtum befand, zeigt aber, dass die Sachlage in mindestens einer weiteren, nämlich so, wie sie tatsächlich gegeben war, interpretiert werden konnte. Durchaus fraglich scheint, ob sich ein objektiver Dritter in der Lage des Bekannten der scheinbaren Nothilfelage so sicher gewesen wäre. Immerhin drang er in ein fremdes Haus ein, immerhin ist es nicht so ungewöhnlich, dass eine stark alkoholisierte Person grundlos oder irrational um Hilfe schreit, dagegen rief die Tatsache, dass der Ehemann, der nach der Vorstellung des Bekannten ja gerade seine Frau bedrohte, die Türe mehr oder minder sofort auf das Klopfen hin öffnete, bei einem objektiven Dritten wohl Zweifel an der Nothilfelage hervor.

Dabei soll das nicht heißen, dass die Wertung des Gerichts, der ETI sei unvermeidbar gewesen, in Frage gestellt wird. Gezeigt werden soll lediglich, dass ein objektiver Dritter an Stelle des Bekannten eine Risikoentscheidung getroffen hätte. Unter Berücksichtigung der erarbeiteten Gebotenheitseinschränkung ergäbe sich, dass ihm zumindest zunächst gar kein Tötungsrecht zugestanden hätte, sodass sich das Problem einer korrespondierenden Duldungspflicht seines Gegenübers, die eigene Tötung zuzulassen, gar nicht stellt. Er müsste zuerst auf mildere Mittel zurückgreifen und unter Umständen eigene Beeinträchtigungen hinnehmen. Ginge er sofort zu tödlichen Maßnahmen über, so überschritte er die Grenze der Handlungsbefugnis, die ihm im ETI gegeben ist. Damit wäre sein Angriff rechtswidrig und seinem Gegenüber stünde ein Notwehrrecht nach § 32 StGB zu.

<sup>58</sup> In § 34 sehen daher auch *Schüler*, Rechtfertigungslage (Fn. 55), S. 169 und *Roxin*, AT (Fn. 3), § 14 Rn. 90 ff. die „Lösung“ des Problems des Handelns in einer zweifelhaften Notwehr- bzw. Nothilfelage.

<sup>59</sup> *Roxin*, AT (Fn. 3), § 14 Rn. 93; Vom „Versagen“ des eigenen Lösungsansatzes spricht auch *Schüler*, Rechtfertigungslage (Fn. 55), S. 172 bei Kollision existentieller Güter.

<sup>60</sup> So *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 126.

<sup>61</sup> Beispiel von *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 421 f.

<sup>62</sup> *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 426; *Schüler*, Rechtfertigungslage (Fn. 55), S. 159 f.; *Nestler* JURA 2018, 135, 142.

<sup>63</sup> *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 415-463.

<sup>64</sup> Einen Sonderfall stellt die Einwilligung dar; vgl. dazu *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 430.

<sup>65</sup> Beispielsweise hängt es von der Frage ab, ob ein Schuss treffen wird oder durch den Wind abgelenkt wird, ob es erforderlich ist, dem Schützen in den Arm zu fallen; Beispiel nach *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 422.

<sup>66</sup> Vgl. nur *Kühl*, AT, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 98 m.w.N.

<sup>67</sup> *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 432.

<sup>68</sup> *Schroth*, Vorsatz (Fn. 59), S. 127.

<sup>69</sup> Auch *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 428ff. kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, indem er fordert, dass bei Risikoentscheidungen ein „angemessenes Verhältnis“ zwischen Eingriffsgut und verteidigten Interesse bestehen muss, wobei in die Abwägung die Wahrscheinlichkeit der Rechtfertigungslage einzufließen habe. *Schüler*, Rechtfertigungslage (Fn. 55), S. 155 ff. kritisiert daran, dass die Zweifel des Verteidigers keine Entlastung des Angreifers herbeiführen könnten und daher die Annahme eines „verhältnismäßigen“ Notwehrrechts verfehlt sei. Er wählt daher den Weg einer Rechtfertigung über § 34, der mE jedoch unzureichend ist (vgl. unten).

<sup>70</sup> *Frisch*, Vorsatz (Fn. 6), S. 413 ff., 431 ff.; *Wolter*, Zurechnung (Fn. 5), S. 38, 137 ff.; *Freund* GA 1991, 387, 407.

Ein ähnliches Ergebnis erzielt zunächst auch die Anwendung des § 34 StGB.<sup>71</sup> Allerdings zeigt gerade auch dieser Beispielfall, dass diese Lösung zu starr ist. Denn wer würde in einer solch kritischen Situation eingreifen, wenn er wüsste, dass ihm im Zweifel nach § 34 StGB kein Tötungsrecht im Eskalationsfall zustünde? Besonders absurd wird die Situation, wenn den zweifelnden Nothelfer gegenüber der scheinbar angegriffenen Person eine Garantenpflicht nach § 13 StGB trifft. Griffe er nicht ein, weil er einzig mithilfe eines tödlichen Eingriffs seiner Garantenstellung gerecht würde, dieser aber durch den Aggressivnotstand nicht gerechtfertigt wird, und bewahrheiteten sich seine Befürchtungen, so wäre er je nach vertretenen Ansicht<sup>72</sup> entweder Täter durch Unterlassen oder leistete Beihilfe zu einer Straftat. Griffe er dagegen in tödlicher Weise ein, so beginge er mit *dolus eventualis* einen Totschlag, da er durch § 34 StGB nicht gerechtfertigt ist oder aber, wenn er mit seinen Befürchtungen Recht hätte und damit eine Notwehrlage im Sinne des § 32 StGB vorläge, mangels subjektiven Rechtfertigungselements einen versuchten Totschlag. Es stünde wohl nur eine Entschuldigung nach § 35 Abs.1 oder 2 StGB offen.<sup>73</sup> Sein Verhalten wäre aber immer rechtswidrig.<sup>74</sup> Darum ist es wichtig, ihm als *ultima ratio* die Tö-

tungsbefugnis nach § 32 StGB in der ungewissen Sachlage grundsätzlich zu erhalten und im konkreten Fall auf Ebene der Gebotenheit zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit der Rechtfertigungslage aus objektiver Ex-ante-Sicht, möglicher Handlungsalternativen und der Bedeutung der im Raume stehenden Rechtsgüter die Schwere der Verletzung des Eingriffsguts außer Verhältnis zum (scheinbar) verteidigten Interesse steht.<sup>75</sup>

## V. Fazit

Die neu eingeführte Gebotenheitseinschränkung scheint prinzipiell geeignet, erstens ein realistischeres Bild von der Entscheidungssituation des (scheinbar) Notwehr- oder Nothilfeübenden zu liefern und führt zudem dazu, dass das Eskalationsrisiko sowie die Zahl der Fälle, in denen es zu der problematischen Tötungspflicht kommt, deutlich reduziert wird. In den verbleibenden Fällen, in denen es dennoch zu einem für beide Seiten potenziell tödlichen Verlauf kommt, sprechen die überzeugenderen Gründe für eine Auflösung zugunsten des Irrenden.

<sup>71</sup> Schüler, Rechtfertigungslage (Fn. 55), S. 162 ff.; Roxin, AT (Fn. 3), § 14 Rn. 92.

<sup>72</sup> Zum Meinungsstand vgl. MüKo-Freund, 3. Aufl. 2017, § 13 Rn. 266 ff.

<sup>73</sup> Je nachdem, ob er mit seinen Befürchtungen Recht hat oder nicht.

<sup>74</sup> Darauf, dass es wenig sinnvoll wäre, dass das Recht eine Pflicht statuiert, jedoch deren Erfüllung zugleich als

rechtswidrig bezeichnet, hat schon LK-Spendel, 11. Aufl. 1995, § 323c Rn. 29 hingewiesen. Auch Schüler, Rechtfertigungslage (Fn. 55), S. 150 ff. nutzt das hier dargestellte Gedankenexperiment, um zu zeigen, dass eine Lösung auf Schuldebene nicht überzeugt. Damit begibt er sich mE jedoch in Wertungswidersprüche, wenn er selbst bei Kollision existenzieller Güter eine Lösung auf Schuldebene (S. 172) vertritt.

<sup>75</sup> Wie Fn. 69.



# Aufklärungspflichten des Gebrauchtwagenhändlers

## Strafbewehrte Täuschungshandlungen beim Verkauf von Unfallfahrzeugen

Von Dr. Christina Lang/ Dr. Detlev Binder/ Robin Oberschelp, Bielefeld

Zur Strafbarkeit wegen Betruges nach § 263 StGB hat sich inzwischen eine unübersichtliche Kasuistik entwickelt. In der Praxis eine besondere Bedeutung nehmen dabei Aufklärungspflichten zu Kaufverträgen ein, wobei vor allem der Gebrauchtwagenhandel als herausragende praxisrelevante Materie anzusehen ist. Während eine Vielzahl von zivilgerichtlichen Entscheidungen die Reichweite der Aufklärungspflichten des Gebrauchtwagenhändlers und den Umfang einer arglistigen Täuschung bereits seit Jahren konkretisiert,<sup>1</sup> haben sich bisher nur wenige Strafgerichte in veröffentlichten Entscheidungen hiermit befasst. Bisher ist weitgehend unklar, wann die Strafbarkeitsgrenze zur betrugsrelevanten Täuschungshandlung überschritten ist. Ausgehend von den bisherigen Ansätzen in Rechtsprechung und Literatur gibt der vorliegende Artikel eine Übersicht über die derzeitige Rechtslage und erarbeitet Leitlinien für eine Betrugsstrafbarkeit.

### I. Problemstellung

Gerade bei Gebrauchtwagenverkäufen zwischen Händler und Privatpersonen stehen sich fachkundige Autohändler, welche sich in der Regel durch eigene Sachkunde oder Begutachtung des Fahrzeuges über den tatsächlichen Wert des Wagens ein Bild machen konnten und Käufer, die weder Fachkreisen entstammen noch das Fahrzeug vor Kauf sorgfältig auf verdeckte Mängel überprüfen, gegenüber. In vielen Fällen verlassen sich Gebrauchtwagenkunden auf die Auskunft des souverän und vertrauensvoll auftretenden Fachhändlers. Zeigen sich nach Abwicklung des Kaufes Mängel, die dem Verkäufer nachweislich bekannt gewesen sind, so stellt sich neben der zivilrechtlichen Abwicklung des Kaufvertrages bisweilen die Frage, ob der Verkäufer auch strafrechtlich zu haften hat.

Während Zivilgerichte zur Bewertung der Rechtslage im Gewährleistungsrecht auf eine umfangreiche Kasuistik zurückgreifen können, existieren bisher nur wenige Verurteilungen, die Leitlinien für die Beurteilung der strafrechtlichen Relevanz dieser Fallkonstellation geben können. Es lohnt sich daher zunächst ein Blick auf die zivilrechtliche Bewertung der Problematik.

<sup>1</sup> Vgl. allein Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 76. Aufl., § 434 Rn. 70 ff. m.w.N.

### 1. Die Rechtslage im Zivilrecht

Nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung besteht zunächst keine umfassende Aufklärungspflicht des Gebrauchtwagenhändlers, sie bestimmt sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalls.

Dabei besteht zwar keine Pflicht des Verkäufers über entfernt liegende Risiken aufzuklären,<sup>2</sup> der Verkäufer hat aber durchaus solche Umstände mitzuteilen, die für den Entschluss eines verständigen Käufers von wesentlicher Bedeutung sind, wenn er sie selbst kennt oder für möglich hält.<sup>3</sup> So hat der Gebrauchtwagenhändler grundsätzlich die Pflicht auch ungefragt auf ihm bekannte und dem Käufer nicht ersichtliche wesentliche Fahrzeugmängel hinzuweisen.<sup>4</sup> Zu einer anlassunabhängigen Untersuchung des Fahrzeuges ist der Fachhändler dabei zwar in der Regel nicht verpflichtet, allerdings hat er eine Sichtprüfung bzw. eine weitergehende Untersuchung durchzuführen, wenn besondere Umstände einen Verdacht auf einen Mangel nahelegen.<sup>5</sup> Wird der Verkäufer vom Käufer nach Unfallschäden oder sonstigen Mängeln ausdrücklich gefragt, so muss die Antwort richtig und vollständig sein.<sup>6</sup> Zudem ist eine arglistige Täuschung des Händlers anzunehmen, wenn er Angaben „ins Blaue“ hinein tätigt.

Besondere Relevanz erhält die Aufklärungspflicht bei der Frage nach erlittenen Schäden des Fahrzeugs durch Unfälle. Einen Unfallschaden, der dem Gebrauchtwagenhändler bekannt ist oder mit dessen Vorhandensein er rechnet, muss er grundsätzlich dem Käufer auch ungefragt offenbaren, wenn er sich nicht dem Vorwurf arglistigen Verschweigens aussetzen will; dies gilt jedoch nicht, wenn der Unfall so geringfügig war, dass er bei vernünftiger Betrachtungsweise den Kaufentschluss nicht

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 2004, 2301.

<sup>3</sup> BGH NJW 2011, 3640, 2012, 846; 2013, 1807; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 76. Aufl., § 433 Rn. 23.

<sup>4</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 15.01.2009 – 1 U 50/08, nachf. BGH VIII ZR 38/09 = NJW 2010, 858.

<sup>5</sup> Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 76. Aufl., § 433 Rn. 31; st. Rspr: BGH NJW 2014, 211; 2015, 1669 m.w.N.: fehlende Verkehrssicherheit eines als „TÜV neu“ verkauften Fahrzeuges.

<sup>6</sup> BGH NJW 1979, 1886.

beeinflussen konnte (sog. „Bagatellschaden“).<sup>7</sup> Ein derartiger Bagatellschaden soll vorliegen, wenn das rechtlich als Unfall einzustufende Ereignis so geringfügige Folgen hatte, dass bei vernünftiger Betrachtungsweise der Kaufentschluss des Erwerbers davon nicht beeinflusst werden kann.<sup>8</sup> Daher kann die Haftung des Verkäufers für das Fehlen einer garantierten Unfallfreiheit bei bloßen Lackschäden, insbesondere in Form von Kratzern, und ganz geringfügigen kleinen Beulen im Blech entfallen, bei denen vernünftigerweise niemand auf den Gedanken kommt, von einem Unfallschaden zu sprechen.<sup>9</sup> Die finanzielle Grenze vom Bagatellschaden zur beachtlichen Vermögensinbuße wird von der Rechtsprechung üblicherweise bei etwa 550 € gezogen.<sup>10</sup>

Ausgehend von den gegenseitigen Parteiinteressen sowie die die einzelne Partei treffenden Pflichten des Vertragsverhältnisses, steht dem Käufer auch ohne weitere Nachfrage ein Anspruch auf Mitteilung solcher Vorschäden zu, die für ihn erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind – bei Schäden, die aus einem Unfall resultieren, sind dies lediglich solche, die über einen Bagatellschaden hinausgehen.

## 2. Strafrechtliche Grundlagen

Versucht der geschädigte Käufer seinem Streben nach Entschädigung Nachdruck zu verleihen, wird nicht selten Strafanzeige gegen den Verkäufer gestellt. Es stellt sich dann die Frage, ob Verhaltensweisen, die bisweilen von Zivilgerichten als arglistige Täuschung umschrieben werden oder zumindest eine Pflichtverletzung im Vertragsverhältnis darstellen, auch den Tatbestand des Betruges erfüllen.

Zu einer Betrugsstrafbarkeit nach § 263 StGB führen viele Wege: Ausgangspunkt und zumeist auch Scheidungspunkt jeglicher Betrugsstrafbarkeit ist zunächst der Nachweis einer Täuschungshandlung, welche letztendlich den geschädigten Vertragspartner irrtumsbedingt zu einer Vermögensverfügung veranlasst und ihm einen Vermögensschaden zufügt. Der Täter muss hierfür jedoch nicht ausdrücklich falsche Tatsachen vorspiegeln, seine unwahre Behauptung kann auch durch tatsächliches Handeln, welchem ein entsprechender konkludenter Erklärungswert zukommt, ausgedrückt werden. Letztendlich ist die Verwirklichung des Tatbestandes auch durch Unterlassen möglich, wenn eine Garantenpflicht zur Aufklärung besteht, das Unterlassen der Verwirklichung des Tuns entspricht und die Aufklärung möglich und zumutbar ist.<sup>11</sup>

Eindeutig ist eine strafbewehrte Täuschungshandlung anzunehmen, wenn der Verkäufer einen ihm bekannten Unfallschaden auf Nachfrage verneint. Inwieweit macht sich der Gebrauchtwagenhändler jedoch strafbar, wenn er auf einzelne Schäden nicht explizit hinweist? Lassen sich die in den zahlreichen zivilrechtlichen Entscheidungen formulierten Grundsätze auf das Strafrecht übertragen? Eine Täuschung durch *schlüssiges Verhalten* ist möglich, wenn dem tatsächlichen Handeln ein entsprechender Erklärungswert zukommt. Bei Austauschverträgen ist dies der Fall, wenn das Verhalten des Verkäufers konkludent maßgebende Eigenschaften des Vertragsgegenstandes miterklärt. Entscheidend für die Strafbarkeit ist dabei die dem konkreten Vertrag zugrundeliegende Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien.<sup>12</sup> So enthält die Forderung nach einem überhöhten Kaufpreis für sich alleine in der Regel keine konkludente Erklärung seiner Angemessenheit oder Üblichkeit.<sup>13</sup>

Eine Täuschung durch *Unterlassen* kommt hingegen in Betracht, wenn eine Garantenpflicht zur Aufklärung besteht, das Unterlassen der Verwirklichung durch Tun entspricht und die Aufklärung möglich und zumutbar ist.<sup>14</sup> Voraussetzung ist zunächst eine von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängige und nach Abwägung der Interessenslage und des Verantwortungsbereichs der Beteiligten zu bestimmenden Garantenstellung und -pflicht. Vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften genügen hierfür auch in Verbindung mit den durch Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründeten Aufklärungspflichten nicht ohne weiteres.<sup>15</sup> Eine solche vertragliche Aufklärungspflicht nimmt die Rechtsprechung grundsätzlich nur in engen Ausnahmefällen an: Die betreffende Geschäftsbeziehung setzt regelmäßig ein über die vertragliche Pflichtenstellung hinausgehendes *besonderes Vertrauensverhältnis* voraus, wobei bei der hier vorzunehmenden Einzelfallbeurteilung vorrangig auf die vertragstypische Risikoverteilung abzustellen ist.<sup>16</sup> In diesem Zusammenhang ist daher sowohl hinsichtlich der Art des jeweiligen Kaufgegenstandes als auch der Bedeutung des Geschäfts und der Geschäftskundigkeit, Fehlerneue und Erkenntnisfähigkeit der beteiligten Personen zu differenzieren.

Der BGH<sup>17</sup> hat diese Anforderungen in einer wegweisenden Entscheidung aus dem Jahre 1988 wie folgt konkretisiert: Die bloße „Anstößigkeit des Schweigens“ genüge nicht, vielmehr müssten „besondere Umstände, nämlich ein besonderes Vertrauensverhältnis oder auf gegenseitiges Vertrauen beruhende Verbindungen vorliegen“<sup>18</sup>. Im Hinblick auf den Grundsatz der Privatautonomie kann dabei zwar durch ausdrückliche Vereinbarung eine Vertragsbeziehung so ausgestaltet werden, dass – über das allgemeine Vertragsverhältnis hinaus – ein besonderes Vertrauensverhältnis mit Garantenstellung des Vertragspartners geschaffen wird, welches dann auch strafrecht-

<sup>7</sup> BGH VIII ZR 78/81 = NJW 1982, 1386; BGH VIII ZR 78/81 = WM IV 1982, 511; BGH VIII ZR 238/82 = WM IV 1984, 535.

<sup>8</sup> OLG München 19 U 5820/01 = DAR 2002, 454, 455; OLG Köln, Urt. v. 17.10.2006 – 24 U 185/05.

<sup>9</sup> OLG Köln, Urt. v. 17.10.2006 – 24 U 185/05 mit Verweis auf OLG Karlsruhe 3A U 2/01 = DAR 2002, 167, 168.

<sup>10</sup> OLG Köln, Urt. v. 17.10.2006 – 24 U 185/05; OLG Karlsruhe 3A U 2/01 = DAR 2002, 167, 168.

<sup>11</sup> Vgl. Fischer, 65. Aufl., § 263 Rn. 38 m.w.N.; BGHSt 39, 392, 398.

<sup>12</sup> BGHSt 39, 392, 398; Fischer, 65. Aufl., § 263 Rn. 35 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Fischer, 65. Aufl., § 263 Rn. 36; BGH NJW 90, 2005 f.; StV 2011, 728, 729; OLG Stuttgart NStZ 2003, 554.

<sup>14</sup> BGHSt 6, 198; 39, 392, 398.

<sup>15</sup> OLG Bamberg NZWiSt 2012, 310, 315.

<sup>16</sup> BGHSt 6, 198; 39, 392; 46, 196; BGH StV 1988, 386; NJW 2000, 3013; NStZ 2010, 502.

<sup>17</sup> BGH wistra 1988, 262, 263.

<sup>18</sup> Vgl. BGHSt 39, 392, 400; 46, 196, 202.

lich relevant wird. Hieraus muss jedoch eindeutig zu schließen sein, dass dieses besondere Vertrauensverhältnis auch die Vermögensinteressen des Geschädigten umfassen sollte. Auch die Herleitung einer Aufklärungspflicht aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben ist nur möglich, wenn ein solches besonderes Vertrauensverhältnis, welches von der Rechtsprechung zum Teil als „besondere Umstände im zwischenmenschlichen Bereich“<sup>19</sup> bezeichnet wird, festzustellen ist. Dabei ist allein die Höhe des drohenden Schadens nicht geeignet eine solche Offenbarungspflicht zu begründen, da die Frage der Garantienpflicht allein aus der Eigenart der zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen zu klären ist, die unabhängig von der auf Zufälligkeiten beruhenden Höhe möglicher Schäden beurteilt werden muss.<sup>20</sup>

### a) Wege der Rechtsprechung – Garantienpflicht des Gebrauchtwagenhändlers?

Veröffentlichte Entscheidungen zu einer Strafbarkeit des Gebrauchtwagenverkäufers sind rar und wenig aktuell, zudem lassen sich diesen Entscheidungen auch nur eingeschränkt allgemein gültige Richtlinien entnehmen.<sup>21</sup> Der Schwerpunkt der rechtlichen Erörterung der eingesehenen Urteile liegt zumeist auf der möglichen Verletzung einer Garantienpflicht: Eine solche Strafbarkeit wegen Unterlassen durch den Gebrauchtwagenverkäufer soll jedoch nach der Rechtsprechung lediglich hinsichtlich schwerer Unfallschäden in Betracht kommen.

Nach einer frühen Entscheidung des OLG Nürnberg<sup>22</sup> habe der Gebrauchtwagenhändler, der einen durch einen Unfall schwer beschädigten, jedoch wiederhergestellten Kraftwagen verkauft, dem Kaufinteressenten auch ungefragt zu offenbaren, dass es sich bei dem Fahrzeug um ein „Unfallfahrzeug“ handle. Dieser Ansicht schloss sich das BayObLG<sup>23</sup> in einer späteren Entscheidung an. In jenem dem BayOLG zur Entscheidung vorgelegten Fall hatte die Strafkammer des Berufungsgerichts aber gleichzeitig eine Pflicht des angeklagten Gebrauchtwagenhändlers zur Offenbarung eines Frontrahmenschadens verneint. Dieser Ansicht schloss sich das BayOLG an: Der Umfang der Aufklärungspflicht des jeweiligen Geschäftspartners richte sich nach der Verkehrsanschauung, wobei dem Verkäufer bei Austauschverträgen in der Regel keine Pflicht zur Beseitigung etwaiger Informationslücken zukommt, sondern der Käufer grundsätzlich das Informationsrisiko trage. Zwar sei der Gebrauchtwagenhandel gerade im Hinblick auf verborgene Mängel ein besonders risikoreiches Geschäft – allerdings könne der Käufer diesem Informationsdefizit durch gezielte Fragen entgegenreten. Letztendlich gelte auch hier der Grundsatz der freien Marktwirtschaft mit dessen Risikoverteilung.

<sup>19</sup> BGHSt 39, 401 m.w.N.

<sup>20</sup> BGHSt 46, 196, 203.

<sup>21</sup> Vgl. BayOLG 3 StRR 127/93 = NJW 1994, 1078; OLG Nürnberg Ws 126/64 = MDR 1964, 693; In den Entscheidungen OLG Düsseldorf 2 Ws 541/90 = NJW 1991, 1841, 1842 und OLG Hamm 3 Ss 203/92 = NStZ 1992, 593 wird die Frage einer Täuschungshandlung mangels nachgewiesenen Vermögensschadens offengelassen.

<sup>22</sup> OLG Nürnberg Ws 126/64 = MDR 1964, 693, 694.

<sup>23</sup> BayObLG 3 St RR 127/93 = NJW 1994, 1078.

Die Grenze einer hinnehmbaren Übervorteilung des Geschäftsgegners sei jedoch erreicht, wenn sich ein an objektiven Kriterien messbares, auffälliges also wucherähnliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ergebe. Im Einklang mit der Entscheidung des OLG Nürnberg wies das BayOLG darauf hin, dass ein Gebrauchtwagenhändler, der einen durch einen Unfall schwer geschädigten, jedoch wiederhergestellten Kraftwagen verkaufe, dem Kaufinteressenten auch ungefragt zu offenbaren habe, dass es sich bei dem Fahrzeug um ein „Unfallfahrzeug“ handle. Im vorliegenden Fall sah das BayObLG die Aufklärungspflichten durch den Verkäufer als erfüllt an. Der Verkäufer sei in diesem Falle nicht verpflichtet gewesen, das Vorhandensein eines schweren Frontrahmenschadens mitzuteilen, auch wenn dessen Beseitigungskosten den Restwert des PKW erheblich überschritten hätte, da er bereits auf allgemeine Unfallschäden hingewiesen hatte, die über bloße Blechschäden hinausgingen (ausgetauschter Kotflügel, verschobene Kühlerhaube). Eine vollständige Offenbarung jedes einzelnen Mangels stelle eine Überspannung der Aufklärungspflichten des Verkäufers dar.<sup>24</sup>

Im Einklang hierzu liegt auch die bereits zuvor ergangenen Entscheidung des OLG Karlsruhe, in welcher der Senat klarstellt, dass sich der Verkäufer jedenfalls dann eines Betruges schuldig mache, wenn er dem Kaufinteressenten die Unfallfreiheit des Fahrzeuges suggeriere und der Kaufpreis höher als der Verkehrswert sei.<sup>25</sup>

Eine strafrechtlich relevante Aufklärungspflicht in allgemeinen Vertragsverhältnissen mit gegenseitigen Leistungspflichten setzt daher nach der Rechtsprechung weiterhin voraus, dass besondere Umstände, etwa ein besonderes Vertrauensverhältnis oder auf gegenseitigem Vertrauen beruhende Verbindungen vorliegen; die bloße Anstößigkeit eines Schweigens bei allgemeinen Vertragsverhältnissen mit gewöhnlichen gegenseitigen Leistungsaustauschverhältnissen reicht hierzu noch nicht aus.<sup>26</sup>

### b) Ansätze der Literatur – konkludente Täuschung des Gebrauchtwagenhändlers?

Während die spärliche Rechtsprechung bisher eine Lösung über § 13 StGB findet und in engen Grenzen dem Gebrauchtwagenhändler Aufklärungspflichten auferlegen möchte, setzen einige wenige Stimmen im Schrifttum bereits früher an und sehen in der unterlassenen Aufklärung über die Unfalleigenschaft des Fahrzeuges bereits eine konkludente Täuschung.<sup>27</sup> Schon im Anbieten des

<sup>24</sup> Zust. Hauf MDR 1995, 22.

<sup>25</sup> OLG Karlsruhe 3 Ss 296/79 = NJW 1980, 1762 mit Verweis auf BGH, Beschl. v. 16.08.1973 – 4 StR 305/73. Hier heißt es: „...Deswegen kann sich ein Verkäufer, der einem Kaufinteressenten bewusst wahrheitswidrig die bisherige Fahrleistung eines Kraftfahrzeugs zu gering angibt oder die Unfallfreiheit des Fahrzeugs vortäuscht, des Betruges schuldig machen.“

<sup>26</sup> OLG Stuttgart 1 Ws 15/03 = NStZ 2003, 554.

<sup>27</sup> Jäger, Examensrepetitorium Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. (2017), § 10 Rn. 324; Tiedemann, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 64; Gaede, in: AK-StGB, § 263 Rn. 45; Joeks/Jäger, StGB, § 263 Rn. 60; verallgemeinernd Kargl ZStW 119 (2007), 250, 286; Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 20

Fahrzeugs ohne besonderen Hinweis auf die Unfalllosigkeit sei die Erklärung zu sehen, dass es sich um ein unfallfreies Fahrzeug handle.<sup>28</sup> Jäger<sup>29</sup> sieht insbesondere aufgrund der Professionalität eines Gebrauchtwagenhändlers die konkludente Erklärung der Unfallfreiheit eines Fahrzeugs, da man nach der Verkehrsanschauung eine solche zumindest von einem Händler erwarten dürfe.

Diese Auffassung ist in ihrer Pauschalität abzulehnen.<sup>30</sup> Zunächst dürfte auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Handelns allenfalls im Unterlassen vollständiger Aufklärung, nicht jedoch in schlüssigen auslegungsbedürftigen Verhaltensweisen zu finden sein.<sup>31</sup> Ohne entsprechende Erklärungen oder konkrete Verhaltensweisen widerstrebt eine solche Auslegung jedenfalls jeglicher Geschäftsbeziehung in einer freien Marktwirtschaft und wird der Realität nicht gerecht: Die Parteien eines solchen Austauschverhältnisses sind klare Interessensvertreter ihrer Positionen, handeln in eigener Verantwortung und im Bewusstsein ihrer eigenen Risikosphäre. Hiernach kann grundsätzlich jeder Teilnehmer am Geschäftsverkehr seine bessere Information oder überlegene Sachkenntnis zu seinem Vorteil ausnutzen.<sup>32</sup> Entsprechend beinhaltet auch die Forderung eines bestimmten Preises keine Erklärung dahingehend, dass dieser Preis angemessen oder üblich sei.<sup>33</sup> Infolge der naturgemäß gegenläufigen Interessen der Kaufvertragsparteien fehlt somit jegliche Grundlage für die Annahme, dass die allgemeine Verkehrsanschauung dem Anpreisen des Gebrauchtwagenhändlers zusätzliche „Garantieerklärungen“ oder Zusicherungen<sup>34</sup> entnehmen möchte.

### 3. Korrespondenz zivilrechtlicher und strafrechtlicher Aufklärungspflichten?

Angesichts der vielfältigen Kasuistik zu Umfang und Reichweite der Aufklärungspflichten des Gebrauchtwagenhändlers in zivilgerichtlichen Urteilen könnte im Sinne einer einheitlichen Rechtsordnung jegliche Verletzung dieser zivilrechtlichen Aufklärungspflicht auch eine Strafbarkeit über §§ 263 I, 13 I StGB begründen.

Diese Auffassung würde zumindest einem einheitlichen Verständnis der Rechtsgebiete förderlich sein. Ein solches Verständnis wäre zunächst insoweit naheliegend, als dass die Risikoverteilung nur den Vertragsbeziehungen der Parteien zu entnehmen ist und jegliche Beurteilung der gegenseitigen Verantwortungsbereiche eine Wertung der vertraglichen Vereinbarung und somit einen Einstieg in tiefergehende zivilrechtliche Materie erfordert. Das Prinzip der Wahrung eines widerspruchsfreien Rechtssystems lässt es somit zunächst gerechtfertigt erscheinen, auch zivilrechtlich begründete Aufklärungspflichten in das Strafrecht zu übertragen.<sup>35</sup> Soweit auch das Strafrecht besondere Umstände, wie ein außergewöhnliches Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien zur Begründung von Aufklärungspflichten fordert, ist die Beurteilung dieses Rechtsverhältnisses nicht ohne Rückgriff auf die allgemein gültige Verkehrsauffassung möglich. Gewisse Übereinstimmungen werden daher in der Regel vorhanden sein.

Trotzdem ist eine reine Übertragung zivilrechtlich begründeter Aufklärungspflichten auf die strafrechtliche Materie falsch. Eine solche Auffassung verkennt, dass das Strafrecht als ultima ratio lediglich bestimmte Verhaltensweisen als strafbewehrt ansieht. Eine bloße Übertragung der Wohlverhaltenspflicht in Vertragsbeziehungen auf das Strafrecht würde diesem Ausnahmecharakter nicht gerecht werden.<sup>36</sup> Es droht damit eine ungerechtfertigte Kriminalisierung von reinen Vertragsbrüchen und eine unübersichtliche Ausdehnung der Strafbarkeit entgegen jeglicher im Strafrecht geltenden Bestimmtheitserfordernisse.<sup>37</sup>

Angesichts dieser Erwägungen mögen zivilrechtlich begründete Aufklärungspflichten zwar als Indiz dafür gelten, ob der Vertragspartner von seinem Gegenüber eine weitere Aufklärung erwarten durfte – dies entlässt das Strafrecht allerdings nicht von einer eigenständigen Bestimmung strafbewehrter Handlungspflichten.<sup>38</sup> Lediglich gravierende Verstöße können einen staatlichen Strafanspruch rechtfertigen.

### 4. Die Garantenpflicht des Gebrauchtwagenhändlers

Da eine konkludente Täuschung durch den Gebrauchtwagenhändler – abhängig von den jeweiligen Umständen – in der Regel jedoch auszuschließen sein dürfte, kann

Rn. 43; Krey/Hellmann/Heimrich, Strafrecht BT, Rn. 506; nur soweit unter einem bestimmten Listenpreis Unfallfreiheit zu erwarten ist: Kindhäuser, Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl. (2017) § 263 Rn. 97; Haft/Hilgendorf, Strafrecht BT I, S. 86; Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rn. 214.

<sup>28</sup> Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paefgen, StGB, § 263 Rn. 165; Beckemper ZJS 2012, 697, 702.

<sup>29</sup> Jäger, Strafrecht BT, § 10 Rn. 324.

<sup>30</sup> Vgl. auch Kühne, Geschäftstüchtigkeit oder Betrug, 1978, S. 38 f.; Rengier, Strafrecht BT I, § 13 Rn. 33; Hefendehl, in: MüKo-StGB, 3. Aufl., § 263 Rn. 189, der aber im Falle der individuellen Vertragsgestaltung eher eine konkludente Täuschung annimmt, vgl. auch Rn. 192, 234; Hauf MDR 1995, 21.

<sup>31</sup> Vgl. Hauf MDR 1995, 21; Waßmer/Kießling NZWiSt 2012, 310, 316.

<sup>32</sup> OLG Stuttgart 1 Ws 15/03, Rn. 13 = NStZ 2003, 554; BGH bei Holtz MDR 1989, 1053; S/S-Cramer, 26. Aufl., § 263, Rn. 17c.

<sup>33</sup> BGH 2 StR 252/89 = NJW 1990, 2005; OLG Stuttgart 1 Ss (25) 292/85 = NStZ 1985, 503, 504; OLG Stuttgart 1 Ws 15/03, Rn. 13 = NStZ 2003, 554.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu z.B. BGH NJW 1961, 1876; BGHSt 8, 46.

<sup>35</sup> Vgl. Hauf MDR 1995, 21; Waßmer/Kießling NZWiSt 2012, 310, 315.

<sup>36</sup> Nach Grünwald, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht, 2001, S. 127, 131 sei ein zivilrechtlich aufgestelltes Gebot nicht ohne weiteres sanktionsfähig und somit bereits der Pflichtbegriff des Zivilrechts ein völlig anderer.

<sup>37</sup> Vgl. auch Seibert NJW 1956, 1466, 1467; OLG Stuttgart 1 Ws 15/03 = NStZ 2003, 554: „Die mögliche Diskrepanz zur zivilrechtlichen Rechtsprechung ist hinzunehmen, um einer konturlosen Ausweitung des Tatbestandes des Betruges durch unechtes Unterlassen – auch wegen des Bestimmtheitserfordernisses des Art. 103 II GG – zu begegnen“.

<sup>38</sup> Vgl. Beckemper ZJS 2012, 697, 701; so auch: Waßmer/Kießling NZWiSt 2012, 310, 314; aA Hauf MDR 1995, 21.

allenfalls eine Strafbarkeit durch Unterlassen nach § 13 I StGB anzunehmen sein.

Mangels gesetzlich begründeter Garantienpflichten kann eine solche Einstandspflicht lediglich der vertraglichen Beziehung der Parteien zu entnehmen sein. Die Voraussetzungen eines solchen unechten Unterlassensdeliktes sind hoch und dürften in den meisten Fällen einer solchen Vertragsbeziehung nicht erfüllt sein.

**a) Anforderungen an ein unechtes Unterlassensdelikt, § 13 StGB**

Nach § 13 I StGB können lediglich gesteigerte Anforderungen und somit erhebliche Aufklärungspflichten strafbewehrte Einstandspflichten für fremde Rechtsgüter begründen.<sup>39</sup> Der Täter muss rechtlich dafür einzustehen haben, dass der Erfolg nicht eintritt. Diese Erfolgsabwendungspflichten beruhen auf dem Grundgedanken, dass eine bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts aufgerufen ist und dass sich alle übrigen Beteiligten auf das helfende Eingreifen dieser Person verlassen und verlassen dürfen – die Frage, ob eine solche Garantienpflicht anzunehmen ist, ist anhand der konkreten Umstände zu beurteilen.<sup>40</sup> Die durch den Täter versäumte Handlungspflicht muss die Abwendung des tatbestandmäßigen Erfolgs zum Gegenstand haben, ihm also gerade zur Wahrung desjenigen Rechtsguts auferlegt sein, dem der Schutz des Straftatbestands gilt.<sup>41</sup> Im Falle des Betruges nach § 263 StGB hat jemand nur dann für die Abwendung des Erfolgs einzustehen, wenn er aus einem besonderen Rechtsgrund für den Schutz des fremden Vermögens verantwortlich ist.<sup>42</sup>

Nach einhelliger Meinung und ständiger Rechtsprechung setzt eine strafrechtlich relevante Aufklärungspflicht aus vertraglichen Beziehungen dabei voraus, dass besondere Umstände vorliegen, wie etwa ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine ständige Geschäftsverbindung; Regelmäßig handelt es sich um Konstellationen, in denen der eine Vertragsteil darauf angewiesen ist, dass ihm der andere die für seine Entschließung maßgebenden Umstände auch ungefragt offenbart.<sup>43</sup> Auch unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) setzt eine Garantienpflicht ein besonderes Vertrauensverhältnis voraus.<sup>44</sup> Es bedarf daher jedenfalls einer Abwägung der Interessenslage und des Verantwortungsbereichs der Beteiligten.<sup>45</sup> Gerade im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot und die „ultima ratio“ Funktion des Strafrechts genügt eine bloße Vertragsbrüchigkeit somit nicht.

<sup>39</sup> Vgl. auch OLG Bamberg NStZ-RR 2012, 248.  
<sup>40</sup> Vgl. OLG Bamberg NStZ-RR 2012, 248.  
<sup>41</sup> OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868; BGHSt 43, 82.  
<sup>42</sup> BGH NJW 2000, 3013; OLG Stuttgart NStZ 2003, 554; OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868.  
<sup>43</sup> Vgl. hierzu OLG Bamberg NStZ-RR 2012, 248 m.w.N.; BGHSt 39, 392, 399 = NStZ 1994, 544; OLG Hamm, Urt. v. 08.02.2006 – 13 U 165/05; BGH NStZ 2010, 502 f.  
<sup>44</sup> OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868; BGHSt 39, 392 = NStZ 1994, 544; OLG Stuttgart NStZ 2003, 554.  
<sup>45</sup> OLG Bamberg NStZ-RR 2012, 248; BGH NJW 2000, 1313; BGHSt 46, 196 = NStZ 2001, 315.

**b) Definition eines Vertrauensverhältnisses**

Wie dieses Vertrauensverhältnis im Einzelnen zu beurteilen ist, ist hingegen im Schrifttum streitig. *Eser*<sup>46</sup> verwendet hierfür drei wesentliche alternative Leitgedanken, den Schadensfaktor<sup>47</sup>, den Wesentlichkeitsfaktor und den Unerfahrenheitsfaktor. Der Schadensfaktor lasse ein besonderes Vertrauensverhältnis für sich bereits entstehen, wenn dem Vertragspartner bei Nichtaufklärung ein erheblicher Schaden entstehen würde.<sup>48</sup> Beim Wesentlichkeitsfaktor werde ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet, wenn es dem Vertragspartner erkennbar ganz entscheidend auf die Aufklärung bestimmter Umstände ankomme.<sup>49</sup> Im Rahmen des Unerfahrenheitsfaktors entstehe ein besonderes, Aufklärungspflichten begründendes Vertrauensverhältnis, wenn der Vertragspartner aufgrund seiner Unerfahrenheit nicht in der Lage ist, Wert und Beschaffenheit der angebotenen Ware zu überprüfen, was i.d.R. beim Gebrauchtwagenverkauf der Fall sei.<sup>50</sup> Hier sei der Käufer darauf angewiesen, „dass ihm der andere die für seine Entschließung maßgebenden Umstände offenbart“<sup>51</sup>.

*Beulke*<sup>52</sup> stellt höhere Anforderungen an eine solche vertraglich abgeleitete Aufklärungspflicht, indem er diese Faktoren allenfalls kombiniert zulässt. Hiernach müsse sich die Rechtspflicht zur Aufklärung auf solche Umstände beziehen, die für die Willensentschließung des anderen erkennbar von Bedeutung sind. *Zudem* müssten im Einzelfall Besonderheiten vorliegen, die ein Verschweigen dieser Umstände als eine nach Sozialüblichkeit und Gepflogenheit des redlichen Geschäftsverkehrs unzulässige Überbürdung des Geschäfts – und Orientierungsrisikos erscheinen lassen. Dafür sei die Gefahr eines besonders großen Schadens, eines übereilten Entschlusses durch einen geschäftlich ganz Unerfahrenen oder gar das Bestehen besonderer Beziehungen im zwischenmenschlichen Bereich jeweils für sich kein hinreichender Grund.<sup>53</sup>

<sup>46</sup> *Eser*, Strafrecht IV, Kap. 11 Rn. 38; dem Leitbild folgend: *Eisele*, Strafrecht BT 2, Rn. 539.  
<sup>47</sup> Vgl. auch *Beckemper* ZJS 2012, 697, 700; Wesentlich enger als *Eser*: BGHSt 39, 392 = NStZ 1994, 544; 46, 196 = NStZ 2001, 315; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rn. 216; ablehnend: *Beukelmann*, in: BeckOK-StGB, § 263 Rn. 20; BGH 5 StR 433/00 = JuS 2001, 403, 404; OLG Stuttgart 1 Ws 15/03 = NStZ 2003, 554, 555.  
<sup>48</sup> A.A.: KG, Beschl. v. 27.07.2012 – 3 Ws 381/12, Rn. 16; Ein besonders großer Schaden liegt noch nicht i.H.v. ca. 2650€ vor: OLG Stuttgart 1 Ws 15/03 = NStZ 2003, 554, 555.  
<sup>49</sup> Dies nimmt *Eser* explizit für die Aufklärung über die Unfallfreiheit eines Gebrauchtfahrzeugs, angelehnt an OLG Nürnberg MDR 1964, 693 f. an; so auch *Eisele*, Strafrecht BT II, Rn. 539.  
<sup>50</sup> *Strutz* NJW 1968, 436, 437; Differenzierend: *Satzger*, in: ders./Schluckebier/Widmaier, § 263 Rn. 107; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rn. 167, welche zusätzlich die Inanspruchnahme des Fachwissens des Händlers wegen eigener Unerfahrenheit fordern; Ablehnend: *Gaede*, in: AK-StGB, § 263 Rn. 48.  
<sup>51</sup> BGH 1 StR 162/00, Rn. 8 = NJW 2000, 3013, 3014.  
<sup>52</sup> *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn. 202 mit Verweis auf BGH NStZ 2017, 349.  
<sup>53</sup> A.A.: *Eser*, Strafrecht IV, Kap. 11 Rn. 38; *Tofahrn*, Strafrecht BT II, S. 161, welche ein Kompetenzgefälle allein für ausreichend erachtet; *Haft/Hilgendorf*, Strafrecht BT I, S. 85, welche die geschäftliche Unerfahrenheit als einzigen Faktor bereits ausreichen lassen.

Offenbarungspflichten kämen jedoch dann in Betracht, wenn die Vertragsanbahnung erkennbar mit der Erwartung einer fachkundigen Beratung verbunden sei<sup>54</sup> oder wenn das Vertragsverhältnis gerade dem Zweck diene, den anderen Teil vor Schaden zu bewahren oder wenn es sich ganz generell um besondere Vertrauensverhältnisse handele<sup>55</sup>.

Bei sämtlichen Versuchen das Merkmal eines besonderen Vertrauensverhältnisses auszufüllen ist zu berücksichtigen, dass das Strafrecht bemüht sein sollte, lediglich einen bestimmt abgegrenzten Bereich als strafwürdig zu erfassen. Eine bloße Orientierung an der Höhe des Schadens wird dem nicht gerecht. So mag die Höhe des Schadens ein wichtiger Aspekt bei der Strafzumessung sein, was nicht nur die Strafbarkeit des Bagatelldelictes über § 248 a StGB, sondern auch die Straferhöhung über einen besonders schweren Fall nach § 263 III S. 2 Nr. 2 StGB oder die Frage einer Schadenwiedergutmachung nach §§ 46 II, 46 a StGB zeigen. Zur reinen Bestimmung der Tatbestandsmäßigkeit des Handelns – ohne Rücksicht auf die konkrete Vertragsbeziehung und die objektiven Interessen der Parteien – ist dies aber gerade nicht ausreichend. Anderenfalls würden vertragsbrüchige Verkäufer hochpreisiger Segmente ständig mit einer potentiellen Strafbarkeit konfrontiert. Dies hätte eine unübersehbare Ausdehnung der Strafbarkeit für bloße Vertragsverletzungen zur Folge.

Auch die bloße Unerfahrenheit des Vertragspartners kann eine solche strafbewehrte Handlungspflicht alleine nicht begründen.<sup>56</sup> Zu erheblichen Unsicherheiten würde diese Auslegung führen, wenn mehrere Personen auf der Käuferseite auftreten oder zwischengeschaltet werden. Ein Kunde, der sich an einen im Wettbewerb tätigen Fachhändler wendet, darf zudem nicht darauf vertrauen, dass dieser auf seine Unerfahrenheit im konkreten Geschäftszweig besondere Rücksicht nimmt und er aus diesem Grunde erhöhten Schutz genießt. Zudem darf, gerade im Hinblick auf den Gebrauchtwagenhändler dessen regelmäßiger Informationsvorsprung nicht überbewertet werden: Zunächst begibt sich der (unkundige) Käufer wissentlich in diese Situation und ist sich des bestehenden Informationsgefälles bewusst. Dem Käufer verbleibt die Möglichkeit konkrete Nachfragen zu stellen (dessen wissentlich falsche Antwort jedenfalls eine Strafbarkeit nach sich ziehen würde), sich anderweitig weitere Informationen einzuholen oder ggf. eine fachmännische Untersuchung des Fahrzeugs durchzuführen. Letztendlich ist der Käufer frei, vom angebahnten Vertragsgeschäft Abstand zu nehmen. Da sich der Käufer eines Gebrauchtwagens des Gewinnstrebens des Vertragspartners und damit des Risikos der Übervorteilung des Gegenübers bewusst ist, ist ihm auch eine gewisse Verantwortung zuzuschreiben. Durch die zivilrechtlichen Instru-

mentarien ist ein umfassender Schutz des geschädigten Vertragspartners gesichert, welchem stets die Möglichkeit verbleibt, die Rückabwicklung des Vertrages, Minderung oder Schadensersatz zu verlangen.

Die objektiven Umstände, insbesondere die allgemeine Verkehrsauffassung, müssen daher ein berechtigtes Vertrauen des Käufers begründen lassen, dass er besonderes Vertrauen in die Auskünfte seines Vertragspartners setzen kann.<sup>57</sup> Dies erfordert eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles, wobei jedoch Aufklärungspflichten angesichts des Maßstabes des § 13 StGB nur äußerst zurückhaltend angenommen werden können.

### c) Die Risikoverteilung im Gebrauchtwagenhandel

Für eine strafrechtliche Bewertung des Verhaltens des Verkäufers ist die Risikoverteilung des Vertragsverhältnisses von besonderer Bedeutung. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es grundsätzlich dem Risikobereich des Leistenden zuzuschreiben ist, dass die Schuld besteht und die Leistung den Anspruch nicht übersteigt.<sup>58</sup> Des Weiteren ist die Interessenslage der Beteiligten, ihre vertraglich konkretisierten Verantwortungsbereiche sowie die Gepflogenheiten des jeweiligen Geschäftszweiges zu berücksichtigen.

Von maßgeblicher Bedeutung für die Frage einer Aufklärungspflicht des Gebrauchtwagenhändlers ist daher die Expertise des Vertragspartners. Tritt auf Kundenseite selbst ein Händler bzw. ein Fachmann auf, so ist zur Begründung der Aufklärungspflicht erforderlich, dass in die Redlichkeit des Geschäftspartners ein besonderes Vertrauen gesetzt werden darf. Dies dürfte angesichts des offensichtlichen Konkurrenz- und Wettbewerbsverhältnisses sowie der beiderseitigen Expertise nur bei langjährigen Geschäftsbeziehungen der Fall sein. Im Übrigen dürfte eine anderweitige Risikoverteilung mit den Grundsätzen einer freien Marktwirtschaft einerseits und der ultima ratio Funktion des Strafrechts andererseits nicht gerechtfertigt sein. Entsprechende Beurteilung ist gerechtfertigt, wenn auf Verkäuferseite eine Privatperson steht. Dem Händler, welcher den Ankauf in der Regel allein mit Gewinnerzielungsabsicht vornimmt, ist es zudem unbenommen, mit entsprechenden Rückfragen die wesentlichen Eigenschaften des Fahrzeuges und seine Werthaltigkeit zu hinterfragen.

Eine andere Beurteilung des Falles ist hingegen gerechtfertigt, wenn der fachkundige Gebrauchtwagenhändler mit einem unkundigen Laien in Vertragsverhandlungen tritt. Das besondere Informationsgefälle der Beteiligten, die Gefahr versteckter Mängel sowie eines nicht unerheblichen Schadens kennzeichnen den Vertrag als besonders risikoreiches Geschäft für den laienhaften Kunden. Da diese Über-

<sup>54</sup> Hefendehl, in: MüKo-StGB, 3. Aufl., § 263 Rn. 234 stellt gesteigerte Anforderungen an die Beratung im Gebrauchtwagenhandel.

<sup>55</sup> Beulke, Klausurenkurs III, Rn. 202 mit Verweis auf BGH NStZ 2017, 349.

<sup>56</sup> Ähnlich auch Maaß, Betrug verübt durch Schweigen, 1982, S. 135: Die reine Professionalität des Händlers vermöge die Risikoverteilung grundsätzlich nicht zu ändern, da das Risiko von Sachmängeln weiterhin grundsätzlich beim Käufer verbleibe.

<sup>57</sup> Vgl. Maaß, Betrug verübt durch Schweigen, 1982, S. 135: Eine Aufklärungspflicht eines Gebrauchtwagenhändlers sei zumindest dann anzunehmen, wenn sich der Käufer erkennbar dem Sachverstand des Händlers anvertraue, wenn dies einer Auslieferung gleichkomme. Strenger: Hefendehl, in: MüKo-StGB, 3. Aufl., § 263 Rn. 186, 234: Grundsätzlich genüge eine allgemeine Verkaufsberatung nicht, um eine strafbewehrte Aufklärungspflicht zu etablieren.

<sup>58</sup> Vgl. BGHSt 39, 392, 298 m.w.N.

legungen jedoch auf eine Vielzahl von Kaufverträgen zutreffen und eine unübersichtliche Ausdehnung des Tatbestandes droht, können diese Aspekte noch nicht ausreichen, um strafbewehrte Aufklärungspflichten zu begründen.

Im Hinblick auf den engen Kreis strafwürdiger Verhaltensweisen kann eine strafbewehrte Handlungspflicht nur bei wesentlich wertmindernden Schäden angenommen werden, die Leistung und Gegenleistung der Vertragspartner in ein deutliches Missverhältnis setzen. Dabei ist die Frage nach der Unfallfreiheit zwar zunächst von besonderer Relevanz für die Kaufentscheidung des Interessenten, da die Gefahr verborgener Mängel in der Regel zu einer merkantilen Wertminderung führt und der Markt daher Unfallfahrzeugen einen nicht unerheblichen Wertverlust zuschreibt. Schäden jedoch, die aus einem Unfall herrühren, den Wert des Fahrzeuges allerdings tatsächlich nicht maßgeblich beeinträchtigen, bescheren dem Käufer keine erheblichen Vermögenseinbußen. Gerade bei älteren Fahrzeugen dürften sich die wenigsten als unfallfrei bezeichnen dürfen. Um den Gebrauchtwagenverkäufer nicht schlechter zu stellen als Verkäufer anderer Segmente, ist daher eine Begrenzung der eine Garantienpflicht auslösenden Aufklärungspflicht auf solche Schäden erforderlich, die den Wert des Fahrzeuges *wesentlich* mindern:

Strafrechtlich relevant können daher lediglich gravierende Schäden sein, mit welchen der Käufer objektiv in keiner Weise rechnen konnte und bei dessen Kenntnis er gewöhnlich vom Vertragsschluss Abstand genommen hätte.<sup>59</sup> In diesem Zusammenhang verlangt *Hefendehl*<sup>60</sup> sogar eine „existenzielle Bedeutung“ für den Käufer, welche er nur zu erkennen vermag, wenn es sich um „Vorschädigungen schweren Ausmaßes“ handelt.

Von der Bestimmung einer konkreten Wertgrenze ist dabei Abstand zu nehmen. Soweit die Rechtsprechung selbst im Rahmen der Verkehrsdelikte in §§ 142 IV, 69 II Nr. 3 StGB eine Wertgrenze für „bedeutende Schäden“ von ca. 1300 Euro<sup>61</sup> entwickelt hat, erscheint ein Rückgriff hierauf – auch unter Berücksichtigung der Einheit der Rechtsordnung – unangemessen. Zwar dienen auch diese Wertgrenzen grundsätzlich der Sicherung bzw. Abwehr zivilrechtlicher Ersatzansprüche und haben somit den Schutz von Individualrechtsgütern im Blick.<sup>62</sup> Angesichts der schon zurückhaltenden Annahme eines Vertrauensverhältnisses insbesondere in Folge der

marktwirtschaftlichen Geschäftsbeziehung und des mit dem Vertrag offensichtlich einhergehenden Vertragsrisikos eines jeden Gebrauchtwagenkaufs und der Kostspieligkeit bereits kleinerer Lackschäden erscheint eine solche Wertgrenze jedoch inakzeptabel niedrig. Hinzu kommt, dass die Schädigung des Käufers und die Übervorteilung des Verkäufers in einem Austauschverhältnis nur anhand des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Werte der einzelnen ausgetauschten Leistungen bemessen werden kann.

Von einem deutlichen, strafrechtlich relevanten Missverhältnis zwischen den ausgetauschten Leistungen kann daher erst dann ausgegangen werden, wenn der unfallbedingte Reparaturbedarf den objektiven Wert des Fahrzeuges übersteigt. Erst dann realisiert sich das Risiko des Ankäufers und erreicht eine auch in strafrechtlicher Hinsicht nicht mehr hinnehmbare Übervorteilung des Verkäufers.

Wurde auf die mangelnde Unfallfreiheit jedoch grundsätzlich hingewiesen, so besteht keine Pflicht zur Spezifizierung des Schadens.<sup>63</sup> Nähergehende Angaben zum Umfang des Schadens sind somit nicht erforderlich, wenn eine Kennzeichnung des Fahrzeuges als Unfallfahrzeug erfolgt ist.<sup>64</sup> Der Verkäufer hat damit nicht nur seiner Aufklärungspflicht Genüge getan, der Käufer kann auch kein schützenswertes Vertrauen geltend machen, dass Teile des Autos unbeschädigt geblieben wären.

## 5. Fazit

Die ultima ratio Wirkung des Strafrechts verlangt eine restriktive Auslegung der Tatbestände und hat einer ständigen Ausweitung der Strafbarkeit durch bloße Vertragspflichtverletzungen entgegenzuwirken.

Eine strafbewehrte Aufklärungspflicht wird daher nur anzunehmen sein, wenn es sich um Schäden handelt, deren Reparaturbedarf den Wert des Fahrzeuges übersteigen und mit welchen der Käufer in der konkreten Verkaufssituation nicht rechnen konnte. Diese Entscheidung bedarf einer umfassenden Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles, insbesondere unter Berücksichtigung des konkreten Verkaufsgesprächs und der Risikoverteilung des Vertrages. Tritt im Rahmen dieses Gebrauchtwagenkaufs ein Händler als Ankäufer auf, so dürfte eine solche Aufklärungspflicht darüber hinaus nur in besonderen Ausnahmefällen, wie einer langjährigen vertrauensvollen Geschäftsbeziehung, vorliegen. Eine andere Beurteilung ist gerechtfertigt, wenn sich ein Laie einem Gebrauchtwagenhändler gegenübersteht und hierbei ein deutliches Informationsgefälle zu Lasten des unkundigen Käufers besteht.

<sup>59</sup> Ohne Differenzierung Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 22 f; krit. Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 167: Es sei fragwürdig den Gebrauchtwagenhändler zu verpflichten ungefragt auf die mangelnde Unfallfreiheit des PKW hinzuweisen. Dies widerspreche zumindest der allgemeinen Ansicht, dass der Verkäufer über Eigenschaften der Kaufsache nicht aufzuklären habe.

<sup>60</sup> Hefendehl, in MüKo-StGB, 3. Aufl., § 263 Rn. 189, mit Verweis auf BayObLG 3 St RR 127/93 = NJW 1994, 1078, 1079 für schwere verborgene Unfallschäden, nicht hingegen für Bagatellen: s. BGH NJW 1982, 1386.

<sup>61</sup> Vgl. OLG Jena NStZ-RR 2005, 183; StV 2009, 194; LG Gera NZV 2006, 105; Fischer, 65. Aufl., § 69 Rn. 29 m.w.N.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu BGH 4 StR 245/10 = NStZ 2011, 215.

<sup>63</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 167; BayObLG NJW 1994, 1078, 1079; Hauf MDR 1995, 21.

<sup>64</sup> Vgl. Hefendehl in: MüKo-StGB, 3. Aufl., § 263 Rn. 189, Lackner/Kühl, § 263, Rn. 14; Tiedemann, in: LK-StGB, § 263 Rn. 64; Hauf MDR 1995, 21.

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

**Thomas Fischer. Über das Strafen. Recht und Sicherheit in der demokratischen Gesellschaft. 375 Seiten, ISBN 978-3-426-27687-7, 22,99 € (gebundene Ausgabe), Droemer-Verlag, München 2018.**

Muß ein Kenner des Strafrechts (z.B. auch HRRS-Leser) dieses Buch lesen? Ja, unbedingt! Wer noch nicht im Strafrechtssystem voll drin steckt, wird ebenfalls begeistert sein: er erfährt komprimiert viel über die Struktur der Strafgesetzgebung, die Strafgerichtsbarkeit, Strafrechtstheorien und hat die gegenwärtige Praxis klar mit vielen plastischen, erklärenden, z.T. auch verblüffenden Beispielen vor Augen. *Fischer* war selbst *entscheidend* (im wahren Sinn des Wortes) in dem System tätig, verschafft dem Leser aber den Blick eines Außenstehenden auf Entstehung und Wirkungsweise des Strafrechtssystems. Als ehemaliger Insider beschönigt oder glorifiziert er nicht, sondern erlaubt sich auch grundlegende Kritik (u.a. am Gesetzgeber, am BGH, am BVerfG, vor allem an der Presseberichterstattung). Im Strafrecht manifestierte sich das „Gewaltmonopol“ des Staates, das unterschiedlichen politischer Einflüsse unterliege. Er beschreibt das Strafrechtssystem souverän mit all seinen Vor- und Nachteilen.

In sieben Kapiteln sind (teils mit historischen Vergleichen) Fragen der Gesellschaft, Kommunikation, Gerechtigkeit, der Strafrechtspolitik und vor allem der Strafrechtspraxis (mit einem kurzen Ausblick in die Zukunft) abgehandelt. Im Vordergrund stehen dabei stets die jeweils maßgeblichen Begriffe. Die Auslegung von Begriffen im Alltag und auch in der Rechtsprechung ist erfahrungsgemäß vom jeweiligen Zeitgeist und – langfristig betrachtet – von der jeweiligen Kultur abhängig, z.B.: Wille, Wahrheit, Wirklichkeit, Gerechtigkeit, Straftatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Täter, bedingter Vorsatz, Schuldfähigkeit, Irrtum etc.

Erstaunlich, wie anschaulich und kompetent der jeweilige Meinungsstand in Rechtsprechung, Gesetzgebung und in der öffentlichen Meinung dargestellt wird. *Fischer* illustriert die Begriffe manchmal mit fiktiven, übertreibenden, aber stets plastischen Beispielen zur bessern Verständlichkeit. Dabei werden auch Entscheidungen des Gesetzgebers zur Strafrechtspolitik kritisiert (z.B. S. 193). Die Gesetzgebung sei „gelegentlich gefährlich“ (S. 331), „überflüssig“ (S. 269), „ineffektiv“ (Geldwäsche; S. 272 ff.) oder bloße „Wortlautakrobatik“ (S. 281). Das „Gedächtnis der Strafrechtspolitik sei kurz“ (S. 290). Manche Politiker bezeichnet *Fischer* als „Egoisten“ (S. 287; Kritik auch an Schily: S. 160, 176). Auch die Ausschüsse im Parlament kommen nicht nur gut weg (S. 289). Dem BMJ(V) lastet *Fischer* an, dass es Fehler des Gesetzgebers nicht immer korrigiert (z.B. Rückwirkungsverbot; S. 178; s auch S. 193, 265 f.). Der Leser erfährt, welche (oft personenbezogen oder zeitabhängigen) Einflüsse, Beweggründe die Strafnormgebung beeinflussen (einerseits), und wie rasch und kompetent auf frühere legislatorische Versäumnisse oder aktuelle Ereignisse reagiert werden kann (andererseits).

Der Autor kennt die Strafjustiz von innen und außen; er geht nicht dogmatisch-abstrakt oder wissenschaftlich verbrämt durch den gesamten Aufbau des Strafrechtssystems und die Verfahrensabläufen; er beschreibt auch die Grenzen von Richtern und Staatsanwälten, Strafverteidigern und anderen Akteuren im System (S. 297 ff.). Der Leser erkennt in ihm einen erfahrenen Experten, der alle Vor- und Nachteile des Systems kennt und benennt. Er markiert den Unterschied zwischen Wirklichkeit und Wahrheit (S. 79 f.) und unterscheidet zwischen wirklicher und prozessualer Wahrheit (S. 131). Hat er Vorurteile gegenüber habilitierten Richtern? (S. 140). Spannen sind seine Wertungen/Ausführungen zu Täter (Recht/Strafe) und Opfer (Leid).



In einem Punkt hält sich Fischer nicht zurück. Er kritisiert die „inkompetente Berichterstattung“ der Presse (S. 256), beklagt die „dämonische Wirkung der BILD-Zeitung“ (S. 256) und die „journalistische Selbstüberschätzung“ (S. 250; erg. s. S. 153 ff., 156, 255 f., 263, 317, 319). Die Medien tragen nach seiner Ansicht mehr zur Einschätzung der Strafjustiz in der Öffentlichkeit bei als das System selbst. Das Buch „Terror“ von v. Schirach wird als Beispiel dafür genannt, wie ein Buch (Theaterstück und Film) die öffentliche Meinung beeinflussen und an tatsächlichen Rechtsfragen eines Problems vorbeiführen kann (S. 247 ff.).

Der Autor macht deutlich, dass Sprache im Strafrecht eine entscheidende Rolle spielt (S. 184 ff.). Das Strafrecht sei ein „Ozean von Begriffen“ (S. 195), die ihrerseits stets „fließend“ sind, also nur scheinbar stets eindeutig und feststehend (S. 187; amüsant und klar die

Beispiele, die der Autor dazu anführt). Aus einem Begriff allein ergibt sich nach Fischer manchmal nicht abschließend oder konturenscharf, was nach Auffassung des Gesetzgebers strafbar sein soll (z.B. „Beleidigung“; S. 194).

Tragende Begriffe sind in dem Buch stets mit Anführungszeichen hervorgehoben, in Klammern befinden sich häufig ergänzende Erklärungen oder Hinweise, erwähnenswert sind die jeweils markanten Formulierungen und aphorismenhaften Zusammenfassungen (über die mancher wissenschaftliche Dogmatiker gelegentlich stolpern mag, die aber Einblick in die Erfahrungen und Wertungen des Autors geben).

Rechtsanwalt Dr. **Gernot Steinhilper**, Wennigsen.

### 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.

### **1091. BVerfG 2 BvR 745/18 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. September 2018 (OLG Oldenburg / LG Oldenburg)**

Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft und Anspruch auf rechtliches Gehör (umfassendes Gehör bezüglich Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren jedenfalls in der Beschwerdeinstanz; Möglichkeit der Stellungnahme zu Erklärungen der Staatsanwaltschaft; Heranziehung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR bei der Bestimmung des sachlichen Gehalts des Gehörsanspruchs; Grundsatz der Waffengleichheit; Unterrichtung auch über Stellungnahmen, die keine neuen Tatsachen enthalten; Anwendbarkeit des Beruhensgrundsatzes); Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; erhöhtes Gewicht des staatlichen Strafanspruchs nach gerichtlicher Verurteilung; Resozialisierungsgebot; keine Untersuchungshaft bis zur Vollverbüßung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (hinreichende Substantiierung; Erfordernis der Vorlage auch einer in der angegriffenen Entscheidung in Bezug genommenen Entscheidung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 59 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 46 EMRK; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 33 StPO; § 33a StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

### **1092. BVerfG 2 BvR 2172/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. November 2018 (OLG Naumburg)**

Rechtswegerschöpfung im Klageerzwingungsverfahren (Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Erfordernis einer Anhörungsrüge; vom Gericht übersehener Sachvortrag).

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 33a StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO

### **1093. BGH 1 StR 115/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Magdeburg)**

Besonders schwerer Fall der Bestechlichkeit (Vorteil großen Ausmaßes).

§ 332 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 335 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Abs. 2 Nr. 2 StGB

### **1094. BGH 1 StR 140/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Stuttgart)**

Gesamtstrafenbildung (Bemessung der Gesamtstrafe).

§ 54 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 StGB

### **1095. BGH 1 StR 140/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Stuttgart)**

Einstellung des Verfahrens wegen Tod des Angeklagten.

§ 206a Abs. 1 StPO

**1096. BGH 1 StR 153/18 – Beschluss vom 25. Oktober 2018 (LG Berlin)**

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

**1097. BGH 1 StR 172/18 – Beschluss vom 16. August 2018 (LG Stuttgart)**

BGHSt; Falschbeurkundung im Amt (Begriff der öffentlichen Urkunde: Reichweite der Beweiswirkung, Bestimmung anhand des gesetzlichen Rahmens, hier: HU-Prüfplakette, Beweiswirkung auch für Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs zum Zeitpunkt der Hauptuntersuchung).  
§ 348 Abs. 1 StGB; § 29 Abs. 3 StVZO

**1098. BGH 1 StR 183/18 – Beschluss vom 19. September 2018 (LG Stuttgart)**

Ausschluss der Einziehung des Tatertrages oder des Wertersatzes (Erlöschen des dem Verletzten aus der Tat erwachsenen Anspruchs).  
§ 73e Abs. 1 StGB

**1099. BGH 1 StR 190/18 – Beschluss vom 20. September 2018 (LG München I)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Begriff der pornographischen Darstellung; Begriff des Einwirkens); Inbegriffsrüge (Wiedergabe von Chatprotokollen im Urteil, die lediglich durch Vorhalt in die Hauptverhandlung eingeführt wurden).  
§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB; § 261 StPO

**1100. BGH 1 StR 26/18 – Beschluss vom 5. November 2018**

Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**1101. BGH 1 StR 193/18 – Urteil vom 11. September 2018 (LG Hechingen)**

Anwendung von Jugendstrafrecht auf einen Heranwachsenden (erforderliche Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit und der Lebensumstände des Heranwachsenden, Beurteilungsspielraum des Tatrichters).  
§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG

**1102. BGH 1 StR 212/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Passau)**

BGHR; Einschleusen von Ausländern (Erforderlichkeit einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Geschleusten: besondere Prüfung des Tatvorsatzes zur unerlaubten Einreise bei der Schleusung von Kindern und Jugendlichen, mögliche Gesetzesreform; lebensgefährliche Behandlung des Geschleusten: abstrakte Lebensgefahr ausreichend, keine strafbefreiende Einwilligung des Geschleusten).  
§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 96 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 AufenthG; § 25 Abs. 1 StGB; § 1 Abs. 2 JGG

**1103. BGH 1 StR 240/18 – Beschluss vom 25. Oktober 2018 (LG München I)**

Erinnerung gegen den Kostenansatz.  
§ 66 Abs. 1 GKG

**1104. BGH 1 StR 260/18 – Beschluss vom 31. Juli 2018 (LG Ulm)**

Mord aus niedrigen Beweggründen (erforderliche Gesamtwürdigung; subjektive Voraussetzungen; Umgang mit Besitzansprüchen).  
§ 211 Abs. 2 StGB

**1105. BGH 1 StR 263/18 – Beschluss vom 29. August 2018 (LG Augsburg)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anschluss an ein Sachverständigengutachten: erforderliche eigenständige Würdigung, Darstellung im Urteil).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

**1106. BGH 1 StR 358/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Landshut)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen.  
§ 73 Abs. 1 StGB, § 73c Satz 1 StGB

**1107. BGH 1 StR 399/15 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Traunstein)**

Anhörungsrüge (Zulässigkeit: erforderliche Begründung der Rüge).  
§ 356a Satz 2 StPO

**1108. BGH 1 StR 428/18 – Beschluss vom 15. Oktober 2018 (LG Stuttgart)**

Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**1109. BGH 1 StR 503/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Heidelberg)**

Erweiterte Einziehung von Taterträgen (erforderliche Urteilsfeststellungen).  
§ 73a Abs. 1 StGB

**1110. BGH 1 StR 512/17 – Beschluss vom 20. September 2018 (LG Koblenz)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Erfolgsdelikt: Erfolgseintritt bei Steueranmeldung).  
§ 370 Abs. 1 AO; § 168 AO

**1111. BGH 1 StR 517/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG München I)**

Besonders schwerer Raub (keine Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs bei Verwendung einer ungeladenen Schusswaffe als Drohmittel).  
§ 250 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 Nr. 1 StGB

**1112. BGH 1 StR 586/17 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Berlin)**

Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**1113. BGH 1 StR 611/17 – Urteil vom 13. September 2018 (LG Landshut)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten: Voraussetzungen, besonders vorsichtige Prognose bei in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang stehenden Anlasstaten); Heimtückemord; tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**1114. BGH 1 StR 666/17 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Bonn)**

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befähigung im Revisionsverfahren (letztmögliche Geltendmachung bei Entscheidung des Revisionsgerichts im Beschlusswege, keine Verlängerung durch Anhörungsrüge).

§ 24 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 StPO; § 356a StPO

**1115. BGH 1 StR 642/17 – Urteil vom 13. September 2018 (LG Darmstadt)**

BGHSt; Steuerhinterziehung (Kompensationsverbot: Begriff des Anspruchs auf einen Steuervorteil aus „anderen Gründen“, keine Anwendbarkeit bei unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang zwischen Steuervorteilen und verschleierte steuererhöhenden Tatsachen, mindernde Berücksichtigung nicht geltend gemachter Vorsteuern bei hinterzogener Umsatzsteuer).

§ 370 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 AO; § 15 UStG

**1116. BGH 2 StR 113/18 – Urteil vom 12. September 2018 (LG Meiningen)**

Rücktritt (beendeter Versuch: Ingangsetzen einer neuen Kausalkette); Mord (niedrige Beweggründe: Würdigung von Motivbündeln).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB; § 211 Abs. 2 StGB

**1117. BGH 2 StR 127/18 – Beschluss vom 18. Oktober 2018**

Zurückweisung der Erinnerung.

§ 66 Abs. 6 Satz 1 GKG

**1118. BGH 2 StR 134/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Hanau)**

Vergewaltigung (eigenhändige Tathandlung für Verwirklichung eines Regelbeispiel).

§ 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB

**1119. BGH 2 StR 210/16 – Beschluss vom 8. August 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Marktmanipulation (keine Ahndungslücke bzw. „Generalamnestie“ durch vorzeitige Bezugnahme auf EU-Verordnung in Blankettnormen); Meistbegünstigungsprinzip (keine verfassungsrechtliche Verankerung; Möglichkeit der Suspendierung durch einfaches Gesetz; kein Konflikt von Übergangsvorschrift mit EU-Grundrechtecharta mangels Ahndungslücke).

Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EUGrCharta; Art. 103 Abs. 2 GG; § 2 Abs. 3 StGB; § 38 WpHG aF; § 39 WpHG aF; § 52 Abs. 1 WpHG aF; § 137 Abs. 1 WpHG

**1120. BGH 2 StR 286/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1121. BGH 2 StR 324/17 – Beschluss vom 19. September 2018 (LG Aachen)**

Vertrag über den Erwerb oder das Überlassen von Kriegswaffen ohne Genehmigung (Anwendung nur auf im Inland befindliche Waffen).

§ 22a Abs. 1 Nr. 7 KWKG

**1122. BGH 2 StR 330/18 – Beschluss vom 2. Oktober 2018 (LG Aachen)**

Reihenfolge der Vollstreckung (Anordnung des Vorwegvollzugs).

§ 67 Abs. 2 StGB

Zunächst ist die Anordnung bei Verhängung einer Gesamtfreiheitsstrafe und einer weiteren Freiheitsstrafe auf beide Strafen zu beziehen. Sodann muss der Halbstrafenzeitpunkt im Hinblick auf beide Freiheitsstrafen gemeinsam bestimmt werden, um den Umfang des Vorwegvollzugs nach § 67 Abs. 2 StGB zu ermitteln. Der Tatrichter hat den vorweg zu vollziehenden Teil der Strafe nämlich so zu berechnen, dass nach seiner Vollstreckung und einer anschließenden Unterbringung eine Bewährungsentscheidung im Sinne von § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB möglich ist.

**1123. BGH 2 StR 340/17 – Urteil vom 4. Juli 2018 (LG Gera)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit bei überspannten Anforderungen an die Überzeugungsbildung).

§ 261 StPO

Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an dessen Täterschaft nicht überwinden kann, so ist dies vom Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen; denn die Würdigung der Beweise ist vom Gesetz dem Tatrichter übertragen. Es obliegt allein ihm, sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Das Revisionsgericht ist demgegenüber 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 Angeklagten überzogene Anforderungen stellt.

**1124. BGH 2 StR 340/17 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Gera)**

Urteilsgründe (Umfang der Urteilsgründe).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**1125. BGH 2 StR 357/18 – Beschluss vom 17. Oktober 2018 (LG Gera)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1126. BGH 2 StR 367/18 – Beschluss vom 17. Oktober 2018 (LG Erfurt)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung; Doppelverwertungsverbot).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**1127. BGH 2 StR 370/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Limburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1128. BGH 2 StR 400/17 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Wiesbaden)**

Mittelbare Falschbeurkundung (keine Erfassung von Gewerbeanmeldungen mangels öffentlichen Glaubens; Konkurrenzen: Bewirken und Gebrauch der falschen Beurkundung entsprechend den Regeln für das Verhältnis zwischen Herstellung und Gebrauch einer unechten Urkunde).  
§ 267 StGB; § 271 Abs. 1 StGB; § 271 Abs. 2 StGB;

**1129. BGH 2 StR 400/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Aachen)**

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

**1130. BGH 2 StR 417/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Gera)**

Gang der Hauptverhandlung (Informationspflicht: Mitteilung über Erörterungen, soweit diese Möglichkeit einer Verständigung betreffen; Vermutung des Beruhens des Urteils auf Verstößen gegen Mitteilungspflichten); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Verpflichtung zur Bildung der Gesamtstrafen bei Vorliegen der Voraussetzungen).

§ 202a StPO; 212 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 257c StPO; 273 Abs. 1 a Satz 2 StPO; § 55 StGB

**1131. BGH 2 StR 421/17 – Beschluss vom 5. September 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Hinzuziehung eines Ergänzungsschöffen (Verhinderung des zur Entscheidung berufenen Schöffen; Entscheidungszeitpunkt- und Maßstab; tatrichterliches Ermessen: zu berücksichtigende Interessen; revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 192 Abs. 2, Abs. 3 GVG; § 229 Abs. 1 StPO

**1132. BGH 2 StR 497/17 – Beschluss vom 11. Juli 2018 (LG Köln)**

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

**1133. BGH 2 StR 546/17 – Beschluss vom 31. Oktober 2018 (LG Rostock)**

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

**1134. BGH 2 StR 578/16 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Rostock)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (Wiedereinsetzung zur Nachholung einer Verfahrensrüge nur in Ausnahmefällen).

§ 44 StPO

**1135. BGH 2 ARs 271/18 (2 AR 206/18) – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (Amtsgericht Hanau)**

Bestimmung des zuständigen Gerichts.  
§ 42 Abs. 3 Satz 2 JGG

**1136. BGH 2 ARs 302/18 (2 AR 223/18) – Beschluss vom 7. November 2018**

Beiordnung als Pflichtverteidiger.  
§ 141 Abs. 4 Satz 1 StPO

**1137. BGH 2 ARs 311/18 (2 AR 176/18) – Beschluss vom 31. Oktober 2018**

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen (grundsätzlich keine nachträgliche „Heilung“ fehlender Zuständigkeit durch den Bundesgerichtshof).

§ 4 Abs. 2 StPO; § 154 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**1138. BGH 4 StR 135/18 – Urteil vom 27. September 2018 (LG Bielefeld)**

Revisionsbegründung (Anforderungen an den Revisionsvortrag; Darlegung revisionsbegründender Tatsachen im Falle der Behauptung eines zu Unrecht angenommenen Beweisverwertungsverbotes); Unverletzlichkeit der Wohnung (Dispositionsbefugnis eines Mieters über den Hausflur eines Mietshauses); Raub (Voraussetzungen eines minder schweren Falles); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang: Prüfungsmaßstab).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 13 Abs. 1 GG; § 64 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

**1139. BGH 4 StR 69/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Konstanz)**

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

**1140. BGH 4 StR 149/18 – Beschluss vom 17. Oktober 2018 (LG Dessau-Roßlau)**

Urkundenfälschung (Tateinheit auch bei mehrfachem selbstständigen Gebrauch einer unechten Urkunde bei Vorliegen eines Gesamtvorsatzes); Fahren ohne Fahrerlaubnis (Unterbrechung des Dauerdeliktes nur nach neu gefasstem Willensentschluss des Täters).

§ 267 Abs. 1 StGB; § 21 Abs. 1 Satz 1 StVG; § 6 Abs. 1 PflVG

**1141. BGH 4 StR 195/18 – Urteil vom 11. Oktober 2018 (LG Detmold)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitsprognose: Prüfungsmaßstab, maßgeblicher Zeitpunkt).

§ 63 StGB

**1142. BGH 4 StR 239/18 – Urteil vom 25. Oktober 2018 (LG Landau)**

Besonders schwere Vergewaltigung (Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs „bei der Tat“ liegt in zeitlicher Hinsicht; Einsatz der Waffe oder des gefährlichen Werkzeuges gerade als Nötigungsmittel nicht erforderlich; Definition: schwere körperliche Misshandlung); Adhäsionsantrag (Prozesszinsen: Andeutung der Abkehr von bisheriger Rechtsauffassung).

§ 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB; § 404 Abs. 2 Satz 1 und 2 StPO; § 187 Abs. 1 BGB

**1143. BGH 4 StR 247/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Bielefeld)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (eigennütziges Handeln); Urteilsgründe (keine vollständige Wiedergabe von Vorstrafen).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**1144. BGH 4 StR 255/18 – Beschluss vom 16. August 2018 (LG Bielefeld)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Voraussetzung bei mehreren Beteiligten); Körperverlet-

zung (bedingter Körperverletzungsvorsatz bei hoher Gefahr für die körperliche Unversehrtheit).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

**1145. BGH 4 StR 262/18 – Beschluss vom 11. Oktober 2018 (LG Bochum)**

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

**1146. BGH 4 StR 269/18 – Urteil vom 8. November 2018 (LG Arnsberg)**

Revisionsbegründung (Auslegung der Rechtsmittelerklärung); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Sinn und Zweck; Zäsurwirkung der frühesten nicht erledigten Verurteilung; Härteausgleich bei Vollstreckung, Verjährung oder Erlass einer zunächst erkannten Strafe).

§ 344 StPO; § 53 StGB; § 54 StGB; § § 55 Abs. 1 StGB

**1147. BGH 4 StR 269/18 – Beschluss vom 8. November 2018 (LG Arnsberg)**

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

**1148. BGH 4 StR 274/18 – Urteil vom 11. Oktober 2018 (LG Bielefeld)**

Revisibilität der Strafzumessung (Annahme eines minder schweren Falles).

§ 46 StGB

**1149. BGH 4 StR 304/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Dortmund)**

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

**1150. BGH 4 StR 312/18 – Urteil vom 25. Oktober 2018 (LG Konstanz)**

Grundsätze der Strafzumessung (regelmäßig keine Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

**1151. BGH 4 StR 314/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Konstanz)**

Notwendige Auslagen des Nebenklägers (Auferlegung gegenüber einem verurteilten Jugendlichen aus erzieherischen Gründen).

§ 472 Abs. 1 StPO; § 74 JGG

**1152. BGH 4 StR 318/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Paderborn)**

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

**1153. BGH 4 StR 318/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Paderborn)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Berücksichtigung der Einziehung wertvoller Gegenstände bei der Strafzumessung); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Anforderungen an Urteilsgründe für den Fall, dass Tatrichter sich ohne eigene Erwägungen einem Sachverständigengutachten anschließt).

§ 74 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StGB; § 261 StPO

**1154. BGH 4 StR 322/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Bielefeld)**

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

**1155. BGH 4 StR 327/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Siegen)**

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

**1156. BGH 4 StR 386/18 – Beschluss vom 14. November 2018 (LG Koblenz)**

Abgabe der Zuständigkeit.  
Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

**1157. BGH 4 StR 393/18 – Beschluss vom 25. Oktober 2018 (LG Bielefeld)**

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

**1158. BGH 4 StR 395/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Kaiserslautern)**

Hehlerei (Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt als Voraussetzung des Sichverschaffens und Ankaufens; Versuchsbeginn).

§ 22 StGB; § 259 Abs. 1 StGB

**1159. BGH 4 StR 414/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Detmold)**

Misshandlung von Schutzbefohlenen (Definition des Quälens).

§ 225 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**1160. BGH 4 StR 419/18 – Beschluss vom 14. November 2018**

Ablehnung des Antrages auf Beiordnung eines anderen Pflichtverteidigers.

§ 141 StPO; § 143 StPO

**1161. BGH 4 StR 462/18 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Dortmund)**

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

**1162. BGH 3 StR 101/18 – Beschluss vom 18. September 2018 (LG Duisburg)**

Behandlung einer als „Revisionsbeschwerde“ bezeichneten Schrift als Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**1163. BGH 3 StR 113/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Düsseldorf)**

Besitz im Betäubungsmittelstrafrecht (tatsächliches Herrschaftsverhältnis; Besitzwille; Unerheblichkeit der tatsächlichen Dauer der Sachherrschaft; kurze Dauer als Indiz für fehlenden Herrschaftswillen).

§ 29 BtMG

**1164. BGH 3 StR 163/18 – Beschluss vom 4. September 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Keine Einziehungsentscheidung gegen schuldunfähige Täter im Sicherungsverfahren.

§ 413 StPO; § 435 StPO; § 74 StGB

**1165. BGH 3 StR 213/18 – Beschluss vom 5. Oktober 2018 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.  
§ 55 StGB

**1166. BGH 3 StR 251/18 – Urteil vom 4. Oktober 2018 (LG Mönchengladbach)**

Betrug (täuschungsbedingte Auszahlung eines Kredits; Vermögensschaden; Saldierung; wirtschaftliche Betrachtung; Marktwert des Rückzahlungsanspruchs; keine Berücksichtigung rechtlich selbständiger Sicherheiten; bankübliche Bewertungsverfahren; keine „eins zu eins“-Anwendung bilanzrechtlicher Vorschriften; Vorsichtsprinzip; Gläubiger- und Kapitalschutz; Bonität; Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit; täuschungsbedingtes Risikoungleichgewicht; Schädigungsvorsatz; Kenntnis von gefälschten Unterlagen und hohen Vermittlungsprovisionen); Einziehung von Taterträgen (erlangtes Etwas; Abzugsverbot; Rückausnahme; Schadenswiedergutmachung; Entreicherung).  
§ 263 StGB; § 15 StGB; § 73 StGB; § 73d StGB; § 73e StGB

**1167. BGH 3 StR 77/18 – Beschluss vom 18. September 2018 (LG Aurich)**

Rechtsfehlerhafte Einziehungsanordnung (Beschränkung auf den Wert des tatsächlich vom Angeklagten erlangten Anteils an der Tatbeute).  
§ 73 StGB

**1168. BGH 3 StR 77/18 – Beschluss vom 18. September 2018 (LG Aurich)**

Nachholung des Ausspruchs über die gesamtschuldnerische Haftung bei der Einziehungsanordnung.  
§ 73 StGB

**1169. BGH 3 StR 92/18 – Beschluss vom 18. September 2018 (LG Hannover)**

Zustellung des Urteils an den Verteidiger (kein Zustellungsmangel; mangelnde Lesefähigkeit des inhaftierten Angeklagten; unterbleibende Verlesung); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zulässigkeit; Wochenfrist; Fristbeginn; Kenntnisnahme; Zweifel an der Fristeinhaltung; Glaubhaftmachung; konkreter Vortrag).  
§ 35 StPO; § 37 StPO; § 45 StPO

**1170. BGH 3 StR 292/18 – Urteil vom 18. Oktober 2018 (LG Oldenburg)**

Strafrahmenwahl bei schwerer Vergewaltigung (minder schwerer Fall; Regelbeispiel; Qualifikation; Strafuntergrenze; strenge Anforderungen an die tatrichterliche Gesamtwürdigung; Entkräftung der Regelwirkung nur bei ganz außergewöhnlichen Milderungsgründen).  
§ 177 StGB

**1171. BGH 3 StR 357/18 – Beschluss vom 16. Oktober 2018 (LG Verden)**

Verletzung der Belehrungspflicht bei der Verständigung (negative Beweiskraft des Protokolls; Beruhen).  
§ 257c Abs. 5 StPO § 274 S. 1 StPO; § 273 Abs. 1a S. 2 StPO; § 337 StPO

**1172. BGH 3 StR 390/17 – Urteil vom 3. Mai 2018 (LG Wuppertal)**

Verwertbarkeit von im Zusammenhang mit einer rechtfehlerhaften Durchsuchung erlangten Beweisen (Vorhalt unzulässig erlangter Erkenntnisse; grundsätzliches Verwertungsverbot; Selbstbelastungsfreiheit; qualifizierte Belehrung; Abwägung; Richtervorbehalt; Schweigerecht; Willkür); Anforderungen an den Revisionsvortrag bei Verfahrensrüge (Prüfungsumfang; Angriffsrichtung; Verfahrenstatsachen).

§ 105 Abs. 1 StPO; § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 252 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

**1173. BGH 3 StR 393/18 – Beschluss vom 16. Oktober 2018 (LG Hannover)**

Beschränkung des Verfahrens.  
§ 154a StPO

**1174. BGH 3 StR 434/18 – Beschluss vom 30. Oktober 2018 (LG Kleve)**

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

**1175. BGH 3 StR 618/17 – Urteil vom 20. September 2018 (LG Aurich)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; Widerspruch zwischen tatrichterlicher Würdigung und Sachverständigengutachten); Anforderungen an die Bestimmtheit des unbezifferten Adhäsionsantrags.

§ 261 StPO; 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO

**1176. BGH 3 StR 655/17 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Düsseldorf)**

Voraussetzungen der täterschaftlichen Einfuhr von Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; kein eigenhändiger Transport erforderlich; keine ausschlaggebende Bedeutung des Interesses am Gelingen der Einfuhr; Tatherrschaft).

§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

**1177. BGH 5 StR 23/18 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Saarbrücken)**

Verwerfung der Anhörungsrüge als unzulässig.  
§ 356a StPO

**1178. BGH 5 StR 153/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Hamburg)**

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Prepaid-Kreditkarte; „Drei-Partner-System“; Verwendbarkeit gegenüber anderen als dem Aussteller); besonders schwerer Fall der Urkundenfälschung (große Zahl von unechten oder verfälschten Urkunden; numerische Mindestzahl von 25 Urkunden; erhebliche Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs); Beweiswürdigung.

§ 152b StGB; § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB; § 261 StPO

**1179. BGH 5 StR 179/18 – Urteil vom 10. Oktober 2018 (LG Leipzig)**

Besonders schwere Vergewaltigung (anal eingeführter Dildo als gefährliches Werkzeug; schwere körperliche Misshandlung bei stundenlangem schmerzhafter Quälerei).

§ 177 Abs. 8 StGB

**1180. BGH 5 StR 183/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Chemnitz)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge (kein Anspruch auf ein Verfahren nach dem sogenannten Zehn-Augen-Prinzip).

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**1181. BGH 5 StR 196/18 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Berlin)**

Fehlende Feststellungen zur Erlangung der Verfügungsgewalt als Voraussetzung einer Einziehungsentscheidung.

§ 73 StGB

**1182. BGH 5 StR 202/18 – Urteil vom 10. Oktober 2018 (LG Dresden)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeit des Angeklagten; Prognose; Erheblichkeit der zu erwartenden Straftaten; erhebliche Störung des Rechtsfriedens; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; schwerwiegende psychische Schäden; Vergewaltigung).

§ 66 StGB

**1183. BGH 5 StR 203/18 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Braunschweig)**

Einstellung des Verfahrens gegen den verstorbenen Angeklagten.

§ 206a StPO

**1184. BGH 5 StR 206/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Berlin)**

Unzureichende Begründung der Verfahrensrügen.

§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO

**1185. BGH 5 StR 212/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Cottbus)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1186. BGH 5 StR 223/18 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Berlin)**

Verfügungsgewalt über den für die Tat gezahlten „Lohn“ als Voraussetzung der Einziehung von Taterträgen.

§ 73 StGB

**1187. BGH 5 StR 229/18 – Urteil vom 24. Oktober 2018 (LG Lüneburg)**

Abgrenzung von Vernehmung zur Sache und Vernehmung zu den persönlichen Verhältnissen (über die Identitätsfeststellung hinausgehende Angaben zu Werdegang, Vorleben oder wirtschaftlichen Verhältnissen); keine räuberische Erpressung bei erzwungener Preisgabe eines Tresorschlüssels (Möglichkeit zur anschließenden Wegnahme); Teilabsehen von der Wertersatzeinziehung.

§ 243 StPO; § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

**1188. BGH 5 StR 241/18 – Beschluss vom 18. September 2018**

Ablehnung des Antrags auf Beistandsbestellung für die Nebenklägerin im Revisionsverfahren; Prüfung der Voraussetzungen der Gewährung von Prozesskostenhilfe gesondert in jeder Instanz.

§ 397a StPO; § 119 ZPO

**1189. BGH 5 StR 241/18 – Urteil vom 7. November 2018 (LG Hamburg)**

Besonders schwerer Raub (Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs; jeder zweckgerichtete Gebrauch zur Nötigung mittels Gewalt oder Drohung; schwere körperliche Misshandlung; schwere Beeinträchtigung der körperlichen Integrität; erhebliche Folgen für Gesundheit oder Schmerzen; heftige Faustschläge ins Gesicht; Bewusstlosigkeit); keine räuberische Erpressung bei Nötigung zur Ermöglichung einer anschließenden Wegnahme durch Preisgabe einer PIN zur Öffnung eines Tresors.

§ 249 StGB; § 250 Abs. 2 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

**1190. BGH 5 StR 251/18 – Urteil vom 25. September 2018 (LG Dresden)**

BGHSt; Absehen von Strafe wegen Aufklärungshilfe (Ermessensentscheidung; alle strafzumessungsrelevanten Umstände des Einzelfalles; Präklusion; Unbeachtlichkeit der Gründe für ein Versäumen des Präklusionszeitpunktes; Berücksichtigung nicht fristgerechter Aufklärungshilfe bei der allgemeinen Strafzumessung; Konnexität zwischen der aufgedeckten und der dem Täter zur Last gelegten tat).

§ 46b Abs. 2 StGB; § 31 BtMG

**1191. BGH 5 StR 269/18 – Beschluss vom 25. Oktober 2018 (LG Neuruppin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1192. BGH 5 StR 274/18 – Urteil vom 10. Oktober 2018 (LG Hamburg)**

Ermessensentscheidung bei der Anordnung von Sicherungsverwahrung ohne frühere Verurteilung (hinreichende Warnung durch die festgesetzte Freiheitsstrafe; relativ junges Alter bei Tatbegehung; nicht abgeschlossene Persönlichkeitsbildung; Therapiebereitschaft; Täter-Opfer-Ausgleich; revisionsgerichtliche Kontrolle).

§ 66 Abs. 1, Abs. 3 StGB

**1193. BGH 5 StR 302/18 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Görlitz)**

Zurücktreten der Bedrohung bei Verurteilung wegen versuchter Nötigung.

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

**1194. BGH 5 StR 354/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1195. BGH 5 StR 389/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Gründen (Indiz- oder Hilfstatsache; kein Zusammenhang mit der Urteilsfindung; kein Einfluss auf die richterliche Überzeugung im Fall der Bestätigung; nur möglicher Schluss auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels; Einstellung in das bisherige Beweisergebnis; prognostische Prüfung).

§ 244 Abs. 3 StPO

**1196. BGH 5 StR 425/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Berlin)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.  
§ 356a StPO

**1197. BGH 5 StR 449/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit; Fehlen der Unrechtseinsicht; Steuerungsfähigkeit; Prüfungsreihenfolge; Unklarheiten in den Urteilsgründen; Unmöglichkeit der revisionsgerichtlichen Überprüfung).  
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**1198. BGH 5 StR 459/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Lübeck)**

Widerspruch zwischen Urteilsgründen und Tenor.  
§ 267 StPO

**1199. BGH 5 StR 473/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Berlin)**

Kostentragungspflicht bei der zurückgenommenen Revision.  
§ 473 Abs. 1 S. 1 StPO

**1200. BGH 5 StR 477/17 – Urteil vom 24. Oktober 2018 (LG Braunschweig)**

Betrug (konkludente Täuschung; Fehlen eindeutiger Urteilsfeststellungen zum Täuschungsgegenstand; Vertragsauslegung; Empfängerhorizont; Rückvergütung;

Innenprovision; „Kick Back“; Täuschung durch Unterlassen; Gewerbsmäßigkeit bei lediglich mittelbarem Vorteilszufluss); einheitliche Tat beim uneigentlichen Organisationsdelikt (Aufbau und der Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“).  
§ 263 StGB; § 52 StGB; § 133 BGB; § 157 BGB

**1201. BGH 5 StR 478/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Zwickau)**

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

**1202. BGH 5 StR 487/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Potsdam)**

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

**1203. BGH 5 StR 488/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Hamburg)**

Berichtigung der Einziehungsentscheidung.  
§ 73 StGB

**1204. BGH 5 StR 490/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Dresden)**

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung (fehlende Mitteilung des Vollstreckungsstandes einer Vorverurteilung; Zäsurwirkung).  
§ 55 StGB

**1205. BGH 5 StR 550/18 – Beschluss vom 25. Oktober 2018 (LG Potsdam)**

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