

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf
Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten
Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr.
Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

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

Priv.-Doz. Dr. Erol Pohlreich, Universität Hamburg – **Die Strafbarkeit des „Grapschens“ als sexuelle Belästigung im Sinne von § 184i StGB – ein Etikettenschwindel?** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2018 Nr. 749 S. XX

Dr. Lukas Schefer/Simon Kemper, Bonn – **Gedanken zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grenzen beim Entfernen vom Unfallort als Letzter** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2018 Nr. 712 S. XX

Entscheidungen

- BVerfG **Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde und Klageerzwingungsverfahren**
- BGHSt **Sich-Bereiterklären zu einem Verbrechen gegenüber dem potentiellen Opfer**
- BGH **Für den Mittäter unbeachtlicher error in persona**
- BGH **Ausnahmsweise Beurlaubung des Angeklagten bezüglich der Hauptverhandlung**
- BGH **Vermögensschaden bei Kaufverträgen über Wertpapiere**
- BGH **Untreuerrelevante Pflichtverletzungen durch kommunale Entscheidungsträger**

Die Ausgabe umfasst 86 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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Dr. 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 Rübenthal, 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

20. Jahrgang, Januar 2019, Ausgabe

1

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1. BVerfG 2 BvR 882/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. November 2018 (Brandenburgisches OLG)

Klageerzwingungsverfahren (Grundsatz der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Darlegung des geltend gemachten Gehörsverstoßes in einer hinreichend begründeten Anhörungsrüge; Aufzeigen überangenen Vortrags; Darlegungsanforderungen an einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung; lediglich auszugsweise Wiedergabe des Inhalts von Beweismitteln). Art. 103 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 33a StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Eine Verfassungsbeschwerde, mit der eine Gehörsverletzung geltend gemacht wird, wahrt nicht den Grundsatz

der materiellen Subsidiarität, wenn der Beschwerdeführer zuvor zwar einen formal als Anhörungsrüge bezeichneten Rechtsbehelf eingelegt, darin jedoch nicht aufgezeigt hat, inwiefern das Gericht entscheidungserheblichen Vortrag überangenen hat.

2. Wenngleich die Darlegungsanforderungen an einen Klageerzwingungsantrag nicht überspannt werden dürfen, ist es jedenfalls nicht ausreichend, wenn der Antragsteller den Inhalt von Zeugenaussagen lediglich in Auszügen und in einer Weise mitteilt, die ein hinreichend konkretes strafrechtlich relevantes Verhalten des Beschuldigten nicht erkennen lässt.

3. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO so auszulegen, dass der Antrag auf

gerichtliche Entscheidung in groben Zügen den Gang des Ermittlungsverfahrens, den Inhalt der angegriffenen Bescheide und die Gründe für ihre Unrichtigkeit wiedergeben und eine aus sich selbst heraus verständliche

Schilderung des Sachverhalts enthalten muss, der bei Unterstellung des hinreichenden Tatverdachts die Erhebung der öffentlichen Klage rechtfertigt.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

19. BGH 2 StR 245/17 – Urteil vom 4. Juli 2018 (LG Gießen)

BGHSt; Versuch der Beteiligung (Sich-Bereiterklären zu einem Tötungsverbrechen: Tatbestandsmäßigkeit der Erklärung gegenüber dem Tatopfer; Kundgabe der Bereitschaft zur Begehung des Verbrechens); Tötung auf Verlangen (Abgrenzung zwischen strafloser Beihilfe an Selbsttötung und strafbarer Fremdtötung; Erfordernis eines Tötungsverlangens des Opfers); Mord (Definition: Befriedigung des Geschlechtstriebes).

§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 216 Abs. 1 StGB

1. Wegen Sich-Bereiterklärens zu einem Tötungsverbrechen kann sich auch derjenige, der die Erklärung gegenüber dem potenziellen Opfer abgibt, jedenfalls dann strafbar machen, wenn die Erklärung in der konkreten Fallkonstellation geeignet ist, eine motivationale Selbstbindung des Täters zu begründen. (BGHSt)

2. Selbsttötungen sind nicht strafbar; wer sich daran beteiligt, wird deshalb auch nicht bestraft. Anders liegt es bei einer Fremdtötung. Für die Abgrenzung zwischen einer straflosen Suizidbeteiligung und einer strafbaren Fremdtötung kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darauf an, wer das zum Tod führende Geschehen zuletzt beherrscht. Wenn der Sterbewillige bis zuletzt die freie Entscheidung über sein Schicksal behält, tötet er sich selbst, wenn auch gegebenenfalls mit fremder Hilfe. Gibt sich der zu Tötende demgegenüber in die Hand eines anderen, weil er duldend den Tod von diesem entgegennehmen will, so hat der andere die Tatherrschaft. In diesem Fall, in dem ein anderer die Herrschaft über den eigentlich todbringenden Akt innehat, liegt eine strafbare Fremdtötung vor. (Bearbeiter)

3. § 216 Abs. 1 StGB setzt ein Tötungsverlangen voraus, das bereits begrifflich nicht mit einer bloßen Zustimmung des zu Tötenden gleichgesetzt werden kann. Vielmehr ist zur Privilegierung der Tötung eine bestimmende Einflussnahme des Opfers auf den Entschluss des Täters erforderlich. Das Verlangen muss auch nach dem Zweck der Vorschrift, erheblich vermindertes Unrecht und reduzierte Schuld zu privilegieren, für den Täter handlungsleitend wirken. (Bearbeiter)

4. Wer maßgeblich Eigeninteressen verfolgt, befindet sich nicht in einer Konfliktsituation, welche diese Privilegierung rechtfertigt. (Bearbeiter)

5. Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes gemäß § 211 Abs. 2 Var. 2 StGB tötet der Täter, wenn er in der Tötung eines anderen Menschen seine geschlechtliche Befriedigung sucht. (Bearbeiter)

6. Das Sich-Bereiterklären im Sinne von § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB besteht in der Kundgabe der Bereitschaft zur Begehung des Verbrechens gegenüber einer anderen Person, wonach der Erklärende dem Empfänger gegenüber „im Wort steht“ und deshalb nicht mehr uneingeschränkt von seinem Tatentschluss zurückstehen kann. Die Erklärung muss mit gebotener Ernsthaftigkeit erfolgen. (Bearbeiter)

84. BGH 3 StR 651/17 – Urteil vom 1. August 2018 (LG Bad Kreuznach)

Unbeachtlichkeit des error in persona für den Mittäter (Identifizierung des Tatopfers; Tatplan; notwendiger Bestandteil; Risiko der Verwechslung; Vorhersehbarkeitskriterium); Prüfung von Prozessvoraussetzungen durch das Revisionsgericht (Freibeweisverfahren; Unmöglichkeit der Klärung nach Aktenlage; Strengbeweis; Hauptverhandlung); Zulässigkeit nachteiliger Schlüsse aus dem Teilschweigen des Angeklagten (Selbstbelastungsfreiheit; unbefangener Gebrauch des Schweigerechts; anfängliches Schweigen; Zeitpunkt der Aussage); Konkurrenzen (regelmäßig keine natürliche Handlungseinheit bei Angriffen gegen höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Handeltreibens; ernsthafte Kaufverhandlung; ergebnislose Anfragen; gewaltsames Sichverschaffen als Voraussetzung des späteren Weiterverkaufs; Wirkstoffgehalt; Bewertungseinheit bei einheitlichen Verkaufsvorgängen; Tateinheit); Beweiswürdigung bei Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe.

§ 16 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 224 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 136 StPO; § 206a StPO; § 29 BtMG

1. Der Irrtum des Handelnden über die Person des Angegriffenen (sog. error in persona) ist auch für den Mittäter

(§ 25 Abs. 2 StGB) grundsätzlich unbeachtlich. Das gilt insbesondere dann, wenn die Identifizierung des Tatopfers (hier: bei der gefährlichen Körperverletzung und der versuchten räuberischen Erpressung) notwendiger Bestandteil des Tatplans und somit das Risiko einer Personenverwechslung im Tatplan angelegt ist. Weil Zurechnungsgrundlage der Tatplan ist, ist regelmäßig das Vorhersehbarkeitskriterium nicht heranzuziehen, das in Fällen eines Irrtums des Angestifteten zu beachten ist.

2. Das Revisionsgericht prüft grundsätzlich die Prozessvoraussetzungen selbständig und aufgrund eigener Sachuntersuchung unter Benutzung aller Erkenntnisquellen im Freibeweisverfahren. Anderes gilt jedoch, wenn das Vorliegen des Verfahrenshindernisses der anderweitigen Rechtshängigkeit nicht nach Aktenlage geklärt werden kann, sondern von Tatsachen abhängt, die die angeklagte Tat betreffen. Dies betrifft etwa die Frage, ob ein Handel mit Betäubungsmitteln Teil einer bereits anderweitig abgeurteilten Bewertungseinheit ist. Die Feststellung solcher doppelrelevanten Tatsachen muss dem Strengbeweis in der Hauptverhandlung vorbehalten bleiben.

3. Aus dem Teilschweigen des Angeklagten darf das Tatgericht jedenfalls dann rechtsfehlerfrei den möglichen Schluss ziehen, dass die Einlassung des Angeklagten nicht zutrifft, wenn dieser zu einem Punkt eines einheitlichen Geschehens keine Angaben macht, obwohl nach den Umständen Äußerungen zu diesem Punkt zu erwarten gewesen wären, andere mögliche Gründe für das Schweigen ausgeschlossen werden können und die gemachten Angaben nicht fragmentarischer Natur sind.

4. Hingegen dürfen aus dem anfänglichen Schweigen des Angeklagten nicht ohne weiteres nachteilige Schlüsse gezogen werden. Denn dem Angeklagten steht es frei, ob er sich zur Sache einlässt (§ 136 Abs. 1 S. 2, § 243 Abs. 5 S. 1 StPO). Der unbefangene Gebrauch dieses Schweigerechts wäre nicht gewährleistet, wenn der Angeklagte die Prüfung und Bewertung der Gründe für sein Aussageverhalten befürchten müsste. Deshalb dürfen weder aus der durchgehenden noch aus der anfänglichen Aussageverweigerung – und damit auch nicht aus dem Zeitpunkt, zu dem sich der Angeklagte erstmals einlässt – nachteilige Schlüsse gezogen werden.

5. Höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen und deren Verletzung sind einer additiven Betrachtungsweise, wie sie etwa der natürlichen Handlungseinheit zugrunde liegt, nur ausnahmsweise zugänglich. Greift daher der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise selbst bei einheitlichem Tatentschluss sowie engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge rechtlich als eine Tat zusammenzufassen. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs, etwa bei Messerstichen innerhalb weniger Sekunden oder bei einem gegen eine aus der Sicht des Täters nicht individualisierte Personenmehrheit gerichteten Angriff, willkürlich und gekünstelt erschiene.

12. BGH 1 StR 506/18 – Beschluss vom 21. November 2018 (LG Hechingen)

Verabredung eines Verbrechens (erforderliche Konkretisierung der in Aussicht gestellten Tat).

§ 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB

Die Strafbarkeit wegen Verabredung eines Verbrechens setzt nach § 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB den Entschluss von mindestens zwei Personen zur Begehung eines bestimmten Verbrechens als Mittäter voraus (vgl. BGH NStZ 2011, 570, 571). Die in Aussicht genommene Tat muss dabei nicht bereits in allen Einzelheiten festgelegt, sie muss aber – ebenso wie dies beim Tatplan für eine mittäterschaftliche Tatbestandsverwirklichung oder beim Anstiftervorsatz der Fall ist – zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert sein (vgl. BGH 2007, 697). Eine strafbare Verabredung wird danach zwar nicht dadurch ausgeschlossen, dass Zeit, Ort und Modalitäten der Ausführung im Einzelnen noch offen sind (vgl. BGH NStZ 2007, 697). Tatzeit, Tatbeteiligte, Tatobjekt und sonstige Umstände der Tat können indes nicht völlig im Vagen bleiben (vgl. BGH StV 1994, 528), weil sonst die Strafbarkeit zu weit ins Vorfeld der eigentlichen Tat vorverlagert würde. Besondere Anforderungen gelten vor allem dann, wenn es bei der verabredeten Tat um eine Straftat gegen die Person geht.

11. BGH 1 StR 452/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Hechingen)

Rücktritt von der Verabredung eines Verbrechens (ausnahmsweise möglicher Rücktritt durch Nicht-Weiterhandeln).

§ 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB

Die Voraussetzungen für den Rücktritt von der Verabredung nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB entsprechen denjenigen des § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB; in beiden Fällen wird der Täter strafflos, wenn er die Tat freiwillig verhindert. Die Verhinderung setzt zwar in der Regel ein aktives, auf Verhinderung der Tatvollendung abzielendes Verhalten des Täters voraus; bloßes Nicht-Weiterhandeln reicht aber aus, wenn sämtliche Tatbeteiligte dahin übereinkommen, von der Tat (§ 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB) oder von ihrer Vollendung (§ 24 Abs. 2 Satz 1 StGB) abzusehen (vgl. BGHSt 42, 158, 162).

63. BGH 3 StR 126/18 – Beschluss vom 18. Oktober 2018 (LG Mönchengladbach)

Nichtverhinderung der aktiven Tötungshandlung eines Anderen durch einen Garanten (Abgrenzung von täterschaftlicher Begehung und Beihilfe; innere Haltung zur Begehungstat; wertende Betrachtung; Interesse am abzuwendenden Taterfolg; Täterwille; sich die Tat zu eigen machen; Unterordnung im Willen; Gehilfenwille).

§ 13 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 227 StGB

Verhindert ein Garant (§ 13 StGB) die Tötungshandlung eines anderen nicht, kann darin entweder eine täterschaftliche Begehung durch Unterlassen oder eine Beihilfe zur Tat des aktiv Handelnden (hier einer Körperverletzung mit Todesfolge) zu sehen sein. Das hängt davon ab, ob die aufgrund wertender Betrachtung festzustellende innere Haltung des Unterlassenden zur Begehungstat des anderen – insbesondere wegen des Interesses am abzu-

wendenden Taterfolg – als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen ist oder ob seine innere Einstellung davon geprägt ist, dass er sich dem Handelnden – etwa weil er dessen bestimmendem Einfluss besonders unterliegt – im Willen unterordnet und das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg im Sinne bloßen Gehilfenwillens lediglich ablaufen lässt.

56. BGH 4 StR 397/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Detmold)

Versuch (Abgrenzung zwischen beendetem und unbedeutem Versuch; Korrektur des Rücktrittshorizonts bei versuchten Tötungsdelikten); Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz: Anforderungen an Darlegung und Begründung).

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

1. Ein beendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont).

2. Je nach den Umständen des Falles ist – in engen zeitlichen Grenzen – eine Korrektur dieses Rücktrittshorizonts möglich. Der Versuch eines Tötungsdelikts ist daher nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber „nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums“ von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt. Die Frage, ob nach diesen Rechtsgrundsätzen von einem beendeten oder unbedeuteten Versuch auszugehen ist, bedarf insbesondere dann ausdrücklicher Erörterung, wenn das angegriffene

ne Tatopfer nach der letzten Ausführungshandlung noch – vom Täter wahrgenommen – zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Tatopfer sei bereits tödlich verletzt. So liegt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etwa in dem Fall, in dem das Opfer noch in der Lage ist, sich vom Tatort wegzubewegen. Ein solcher Umstand kann geeignet sein, die Vorstellung des Täters zu erschüttern, alles zur Erreichung des gewollten Erfolgs Erforderliche getan zu haben.

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt es bei gefährlichen Gewalthandlungen zwar nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit, das Opfer könne dabei zu Tode kommen, rechnet und, weil er gleichwohl sein gefährliches Handeln fortsetzt, einen solchen Erfolg auch billigend in Kauf nimmt. Deshalb ist in derartigen Fällen der Schluss von der objektiven Gefährlichkeit der Handlungen des Täters auf bedingten Tötungsvorsatz grundsätzlich möglich. Jedoch kann insbesondere bei einer spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Einzelhandlung aus dem Wissen von einem möglichen Erfolgseintritt nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Persönlichkeit des Täters und der Tat ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das – selbstständig neben dem Wissenselement stehende – voluntative Vorsatzelement gegeben ist. Denkbar ist daher, dass einem Täter trotz Kenntnis von der das Leben seines Opfers gefährdenden Behandlung – etwa infolge einer psychischen Beeinträchtigung – gleichwohl nicht bewusst ist, dass sein Tun zum Tod des Opfers führen kann oder dass er ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

39. BGH 2 StR 474/17 – Beschluss vom 15. August 2018 (LG Kassel)

Freiheitsberaubung (Einsperren); Rechtsbeugung (Prüfungsmaßstab; Anwendbarkeit bei Verletzung von Verfahrensrecht); Aussageerpressung (sonstige Gewaltanwendung; seelische Quälen); Verbotene Vernehmungsmethoden (keine Anwendung auf Handlungen, die auf die Abgabe von prozessualen Willenserklärungen gerichtet sind).

§ 239 StGB; § 339 StGB; § 343 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 343 Abs. 1 Nr. 2. Alt. StGB

1. Einsperren ist das Festhalten in einem umschlossenen Raum durch äußere Vorrichtungen, so dass der Betroffene objektiv gehindert ist, sich von dem Ort wegzubewegen. An der Unmöglichkeit der Fortbewegung fehlt es, wenn die Fortbewegung nur erschwert wird.

2. Ein seelisches Quälen im Sinne des Tatbestandes der Aussageerpressung ist anzunehmen bei psychischen

Peinigungen oder Erniedrigungen, die über die mit der Verstrickung in ein rechtsstaatliches Verfahren für sich genommen regelmäßig verbundene seelische Belastung hinausgehen und geeignet sind, die geistigen und seelischen Widerstandskräfte zu zermürben. Dies ist regelmäßig bei länger andauernden oder ständig sich wiederholenden Peinigungen, aber auch bei einzelnen gravierenden Erniedrigungen, die auf die Widerstandskräfte des Betroffenen massiv einwirken, der Fall. Nach dem Willen des Gesetzgebers genügt damit aber nicht jede seelische Einwirkung auf die Widerstandskräfte zur Verwirklichung des Tatbestandes, mag sie auch in dem Bestreben erfolgt sein, die Aussagebereitschaft des Betroffenen zu beeinflussen.

3. § 343 StGB ist zwar kein Erfolgsdelikt, doch können die Reaktionen desjenigen, auf dessen Willensentschließung eingewirkt werden soll, Hinweise dafür geben, ob die in den Blick genommenen Tathandlungen den in § 343 StGB vorausgesetzten Umfang erreicht haben.

4. Rechtsbeugung kann auch durch Verletzung von Verfahrensrecht begangen werden. Nicht jede unrichtige Rechtsanwendung oder jeder Ermessensfehler ist jedoch bereits eine Beugung des Rechts. Erfasst ist nur der Rechtsbruch als elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege, bei dem sich der Amtsträger bewusst in schwerwiegender Weise zugunsten oder zum Nachteil einer Partei vom Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an seinen eigenen Maßstäben ausrichtet. Ob ein elementarer Rechtsverstoß vorliegt, ist auf der Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände zu entscheiden. Bei einem Verstoß gegen Verfahrensrecht kann neben dessen Ausmaß und Schwere insbesondere auch Bedeutung erlangen, welche Folgen dieser für die Partei hatte, inwieweit die Entscheidung materiell rechtskonform blieb und von welchen Motiven sich der Richter leiten ließ.

5. Rechtsbeugung kann danach insbesondere auch bei Verstößen gegen §§ 136, 136a StPO gegeben sein, kommt aber nach Maßgabe der einschränkenden Auslegung des Rechtsbeugungstatbestandes auch bei mit unzulässigen bzw. unlauteren Mitteln erwirktem Rechtsmittelverzicht bzw. auf eine solche Weise abgerungener Einwilligung in eine ambulante Therapie in Betracht.

6. § 136a StPO ist Ausdruck des notwendigen Schutzes der Menschenwürde im Strafverfahren und stellt ein umfassendes Verbot der Beeinflussung der Willensentscheidung eines Beschuldigten über das Ob und Wie einer Aussage auf. Die Aufzählung der verbotenen Vernehmungsmethoden ist nicht abschließend. Die Norm erfasst aber von vornherein keine Handlungen, die auf die Abgabe von prozessualen Willenserklärungen, insbesondere auch nicht Rechtsmittelerklärungen gerichtet sind. Insoweit, aber auch hinsichtlich der Einwilligung eines Betroffenen in eine Therapieaufgabe als prozessuale Erklärung, die nicht der Sachverhaltsaufklärung dient, ist deshalb der Anwendungsbereich des § 136a StPO nicht eröffnet.

9. BGH 1 StR 422/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Traunstein)

Mord aus niedrigen Beweggründen; Tadmehrheit (nacheinander folgender Angriff auf einzelne Menschen, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen: grundsätzliche Annahme von Tadmehrheit, Ausnahmen); Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit: erforderliche Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters); Täter-Opfer-Ausgleich (erforderlicher kommunikativer Prozess zwischen Täter und Opfer: Kommunikation über Verteidiger; erforderliche Feststellungen auch zur Stellung des Opfers zu den Ausgleichsbemühungen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 46a StGB

1. Beweggründe sind niedrig im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und daher besonders, d.h. in deutlich weitreichenderem Maße als bei einem Totschlag, verachtenswert sind. Die Beurteilung erfordert eine Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren, für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren. Ge-

fühlsregungen wie Zorn, Wut, Enttäuschung oder Verärgerung können niedrige Beweggründe sein, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, also nicht menschlich verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind.

2. Entbehrt hingegen das Motiv ungeachtet der Verwerflichkeit, die jeder vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung innewohnt, nicht jeglichen nachvollziehbaren Grundes, so ist es nicht als „niedrig“ zu qualifizieren (vgl. BGH NStZ-RR 2018, 177 Rn. 10 mwN). Auch die Tötung des Intimpartners, der sich vom Täter abwenden will oder abgewendet hat, muss nicht zwangsläufig als durch niedrige Beweggründe motiviert bewertet werden. Gerade der Umstand, dass eine Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist, darf als gegen die Niedrigkeit des Beweggrundes sprechender Umstand beurteilt werden (vgl. BGH NStZ-RR 2018, 177 Rn. 10 mwN).

3. Der Feststellung, der Täter habe dem Opfer das Lebensrecht abgesprochen, es vernichten wollen und sich damit zur Selbstjustiz aufgeschwungen, kommt für sich allein kein über § 212 StGB hinausgehendes Gewicht zu. Hierdurch wird lediglich die Eigenmächtigkeit der vorsätzlichen Tötung umschrieben, nicht aber, wie es für das Mordmerkmal „aus niedrigen Beweggründen“ erforderlich wäre, ein besonderer Tötungsbeweggrund (vgl. BGH StV 2009, 524 Rn. 27). Der rechtswidrigen Tat nach § 212 StGB wohnt an sich schon ein unerträgliches Missverhältnis inne; daher wäre es, auch im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG und die absolute Rechtsfolge des § 211 StGB verfehlt, jede vorsätzliche Tötung, für welche sich kein nachvollziehbarer oder naheliegender Grund finden lässt, als Mord aus niedrigen Beweggründen anzusehen (vgl. BGH NStZ 2006, 166 Rn. 20).

4. In Fällen, in denen der Täter einzelne Menschen nacheinander angreift, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise selbst bei einheitlichem Tatentschluss und engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge als eine Tat zusammenzufassen.

5. Etwas anderes gilt dann, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene, es sei denn, es fehlt an dem verbindenden subjektiven Element, weil sich der Täter zu dem Angriff auf das weitere Opfer erst entschlossen hat, nachdem dieses für ihn überraschend hinzugekommen ist, als er bereits mit Tötungsvorsatz auf das erste Opfer einwirkte; der Angriff auf das zweite Opfer beruht dann auf einem selbständigen, aufgrund veränderter Tatsituation gefassten Entschluss, der die Wertung als einheitliches, zusammengehöriges Tun in der Regel nicht zulässt (vgl. BGH NStZ 2005, 262, 263).

6. Hält der Täter die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeeendeten Versuch zu bewerten, vorausgesetzt, der Täter wurde weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert noch durch

seelischen Druck unfähig, die Tat zu vollbringen. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist insoweit nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters hiervon und zwar nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (vgl. BGH StV 2018, 715). Daher sind Feststellungen zum entsprechenden Vorstellungsbild des Angeklagten bei Abschluss seiner letzten Ausführungshandlung, also im Moment seines Nichtweiterhandelns, zu treffen.

7. Bei der Prüfung eines Täter-Opfer-Ausgleichs gemäß § 46a StGB muss das Urteil erkennen lassen, welche der Fallgruppen des § 46a StGB angenommen wird. Die vorrangig den Ausgleich immaterieller Tatfolgen betreffende Alternative des § 46a Nr. 1 StGB macht die Milderungsmöglichkeit davon abhängig, dass der Täter in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Tatopfer zu erreichen, die Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder dieses Ziel ernsthaft erstrebt hat. Das erfordert – in beiden Varianten – grundsätzlich einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer, im Rahmen dessen das Bemühen des Täters Ausdruck der Übernahme von Verantwortung ist und das Opfer die auf einen umfassenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen gerichteten Leistungen des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptiert. Deshalb hat das Tatgericht regelmäßig auch Feststellungen dazu zu treffen, wie sich das Opfer zu den Bemühungen des Täters gestellt hat. Der kommunikative Prozess setzt keine persönliche Begegnung des Täters mit seinem Opfer voraus. Eine Verständigung über vermittelnde Dritte, etwa den Verteidiger, genügt (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 304) und wird bei schwerwiegenden Gewalt- insbesondere Sexualdelikten, vielfach als opferschonendes Vorgehen ratsam sein.

4. BGH 1 StR 196/18 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Ravensburg)

Mord aus niedrigen Beweggründen (Voraussetzungen; hier: Tötung eines Neugeborenen)
§ 211 Abs. 2 StGB

Dass der Täter bei einer vorsätzlichen Tötung auch eigene Interessen verfolgt, ist der Regelfall und rechtfertigt deshalb noch nicht ohne weiteres die Qualifikation als Mord aus niedrigen Beweggründen (vgl. BGH NStZ 2009, 210).

66. BGH 3 StR 167/18 – Beschluss vom 30. Oktober 2018 (LG Halle)

Volksverhetzung (Leugnen oder Verherrlichen des Holocausts; böswillige Verächtlichmachung von Personengruppen; Aufrufen zur Gewalt; Äußerungsdelikt; Wiedergabe fremder Äußerungen; Zueigenmachen; öffentlich Zugänglichmachen; Verbreiten; Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens; Indikation durch Bejahung des Leugnens; Begehung über das Internet; Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts; Strafbarkeit nach schweizerischem Recht; Strafraumenwahl); Konkurrenzverhältnisse bei strafbaren Handlungen im Rahmen der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (Tatmehrheit; tatbestandliche Handlungseinheit; Rädelsführerschaft).

§ 130 StGB; § 129 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Die Leugnung des Holocaust nach § 130 Abs. 3 StGB ist ein persönliches Äußerungsdelikt. Die Wiedergabe fremder Äußerungen ist nur dann tatbestandsmäßig, wenn sich der Täter die Äußerung ausdrücklich oder konkludent derart zu eigen macht, dass er selbst leugnet. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach dem Verständnis eines unbefangenen Durchschnittsempfängers, wobei neben dem Wortlaut und dem Kontext der Äußerung auch außerhalb derselben liegende Umstände Bedeutung erlangen. Nicht erkennbar gewordene Umstände, beispielsweise eine weder in der Äußerung selbst noch in den Begleitumständen zum Ausdruck gekommene innere Einstellung des Täters, sind dagegen ohne Belang.

2. Das Tatbestandsmerkmal der Leugnung i.S.v. § 130 Abs. 3 StGB indiziert regelmäßig eine tatbestandsmäßige Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens indiziert (vgl. bereits BVerfG HRRS 2018 Nr. 610).

23. BGH 2 StR 275/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Meiningen)

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Voraussetzungen der Täterschaft); sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (eigenhändiges Delikt); Anrechnung (Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs für eine im Ausland erlittene Freiheitsentziehung).

§ 174 Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB aF

1. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB aF ist als eigenhändiges Delikt ausgestaltet. Das Regelbeispiel verwirklicht nur, wer in eigener Person eine der dort beschriebenen sexuellen Handlungen vornimmt. Tatbeteiligte, bei denen diese eigenhändige Verwirklichung nicht vorliegt, können nicht als Mittäter einer Vergewaltigung verurteilt werden.

2. Täter nach § 174 Abs. 1 StGB kann nur sein, wer das Kind selbst körperlich berührt und auch die gemeinschaftliche Begehung des sexuellen Missbrauchs eines Kindes setzt voraus, dass bei Verwirklichung der Grundtatbestände des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mindestens zwei Personen vor Ort mit gleicher Zielrichtung derart bewusst zusammenwirken, dass sie in der Tatsituation zusammen auf das Tatopfer einwirken oder sich auf andere Weise psychisch oder physisch aktiv unterstützen.

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

18. BGH 2 StR 153/18 – Beschluss vom 19. September 2018 (LG Stralsund)

Verminderte Schuldfähigkeit (tatrichterliche Würdigung von Sachverständigengutachten); Versuch (fehlgeschlagener Versuch); Rücktritt (Rücktrittshorizont); exhibitionistische Handlungen (Voraussetzungen; Konkurrenzen).

§ 21 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 183 Abs. 1 StGB

1. Eine exhibitionistische Handlung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter einem anderen ohne dessen Einverständnis sein entblößtes Glied vorweist, um sich dadurch oder zusätzlich durch Beobachten der Reaktion

der anderen Person oder durch Masturbieren sexuell zu erregen, seine Erregung zu steigern oder zu befriedigen. Die Tathandlung liegt in dem Vorzeigen des entblößten Gliedes mit dem Ziel des hierdurch bewirkten sexuellen Lustgewinns. Dient die Handlung dagegen lediglich der Vorbereitung eines anderen Sexualdelikts, ist sie nicht exhibitionistisch.

2. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter nach der letzten von ihm vorgenommenen Tathandlung erkennt, dass mit den bereits eingesetzten oder den ihm sonst zur Verfügung stehenden Mitteln der erstrebte Taterfolg nicht mehr herbeigeführt werden kann, ohne dass er eine neue Handlungs- und Kausalkette in Gang setzt.

3. Auch für die Prüfung, ob ein Versuch unbeeendet oder beendet ist, ist maßgeblich darauf abzustellen, welche Vorstellung der Täter nach seiner letzten Ausführungshandlung von der Tat hat (sog. Rücktrittshorizont).

4. Der Tatrichter hat die Schuldfähigkeit des Angeklagten ohne Bindung an die Äußerungen des Sachverständigen in eigener Verantwortung zu beurteilen. Schließt sich der Tatrichter dem Sachverständigen an, muss er sich grundsätzlich mit dem Gutachteninhalt auseinandersetzen und die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen auf eine für das Revisionsgericht nachprüfbar Weise im Urteil mitteilen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessung – und Maßregelrecht

77. BGH 3 StR 408/18 – Beschluss vom 18. Oktober 2018 (LG Hildesheim)

Voraussetzungen der Bejahung der besonderen Schuldschwere bei der Verurteilung wegen Mordes (infolge affektiver Erregung geminderte Steuerungsfähigkeit; brutale Begehungsweise; Abwägung; Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung).

§ 211 StGB; § 57a StGB

1. Die Entscheidung der Frage, ob bei der Verurteilung wegen Mordes die besondere Schuldschwere zu bejahen ist, hat der Tatrichter unter Abwägung der im Einzelfall für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu treffen. Dem Revisionsgericht ist bei der Nachprüfung der tatrichterlichen Wertung eine ins einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt; insbesondere ist es gehindert, seine eigene Wertung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Es hat jedoch zu prüfen, ob der Tatrichter alle maßgeblichen Umstände bedacht und rechtsfehlerfrei abgewogen hat.

2. Stellt das Tatgericht eine infolge hochgradiger affektiver Erregung – wenngleich nicht erheblich im Sinne von § 21 StGB – verminderte Schuldfähigkeit des Angeklagten nicht nur vor, sondern auch während der Tatausführung fest, kommt die schulderschwerende Berücksichtigung einer besonders brutalen Begehungsweise nur in Betracht, wenn das Tatgericht zuvor im Rahmen der gebotenen Abwägung erörtert, ob dieses Verhalten zumindest teilweise auch durch die geminderte Steuerungsfähigkeit beeinflusst war.

7. BGH 1 StR 418/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG München I)

Berufsverbot (Gefahr künftiger ähnlicher erheblicher Rechtsverletzungen: erforderliche Gesamtwürdigung); sexuelle Nötigung unter Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs.

§ 70 StGB; § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB

Das Berufsverbot ist ein schwerwiegender Eingriff, mit dem die Allgemeinheit, sei es auch nur ein bestimmter Personenkreis, vor weiterer Gefährdung geschützt werden soll. Es darf nur dann verhängt werden, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter auch in Zukunft den Beruf, dessen Ausübung ihm verboten werden soll, zur Verübung erheblicher Straftaten missbrauchen wird. Voraussetzung hierfür ist, dass eine – auf den Zeitpunkt der Urteilsverkündung abgestellte – Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten den Richter zu der Überzeugung führt, dass die Gefahr, das heißt die Wahrscheinlichkeit künftiger ähnlicher erheblicher Rechtsverletzungen durch den Täter besteht (vgl. BGH, StV 2018, 219).

28. BGH 2 StR 335/18 – Urteil vom 21. November 2018 (LG Darmstadt)

Grundsätze der Strafzumessung (Gesamtabwägung; Umfang revisionsgerichtlicher Überprüfbarkeit; Anwendung auf Prüfung des Vorliegens eines minder schweren Falles; Berücksichtigung der Überschreitung des Grenzwertes für eine „nicht geringe Menge“ von Rauschgift); bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minder schwerer Fall).

§ 46 StGB; § 30a Abs. 3 BtMG

1. Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den es in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in diese Einzelakte der Strafzumessung ist in der Regel nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht gegen rechtlich aner-

kannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist ausgeschlossen. Diese Maßstäbe gelten auch für die dem Tatgericht obliegende Prüfung, ob ein minder schwerer Fall vorliegt.

2. Das bloße Fehlen eines möglichen Strafschärfungsgrundes in Gestalt des denkbaren Waffeneinsatzes darf dem Angeklagten nicht strafmildernd zugute gebracht und tragend für die Annahme eines minder schweren Falles nach § 30a Abs. 3 BtMG herangezogen werden.

3. Bei der Strafzumessung im engeren Sinne innerhalb des gefundenen Strafrahmens kommt jeder Überschreitung des Grenzwertes für eine „nicht geringe Menge“ von Rauschgift – ausgehend von der Untergrenze des gesetzlichen Strafrahmens – grundsätzlich strafschärfende Bedeutung zu.

54. BGH 4 StR 329/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG Paderborn)

Unerlaubtes Handelntreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 BtMG

Bei einer – auch nur teilweise erfolgten – Sicherstellung handelt es sich wegen des damit verbundenen Wegfalls der von Betäubungsmitteln üblicherweise ausgehenden Gefahr für die Allgemeinheit um einen bestimmenden Strafzumessungsgrund, der bei der Straffestsetzung zu beachten ist.

79. BGH 3 StR 432/18 – Beschluss vom 31. Oktober 2018 (LG Koblenz)

Anforderungen an die Erheblichkeit von Körperverletzungen bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (geringe Gewaltanwendung; unwesentliche Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle der tatbestandlich vorausgesetzten Beeinträchtigung; pathologischer, somatisch-objektivierbarer Zustand; psychische Beschwerden).

§ 63 StGB; § 223 StGB

Bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) muss eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades bestehen, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird. Einfache Körperverletzungen im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB, die nur mit geringer Gewaltanwendung verbunden sind und die Erheblichkeitsschwelle der tatbestandlich vorausgesetzten Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit lediglich unwesentlich überschreiten, reichen grundsätzlich nicht aus. Das gilt erst recht bei lediglich psychischen Beschwerden, da deren Feststellung bereits keinen pathologischen, somatisch-objektivierbaren Zustand belegt.

16. BGH 1 StR 565/18 – Beschluss vom 22. November 2018 (LG Karlsruhe)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 Satz 1 StGB

Für die Annahme eines Hanges nach § 64 Satz 1 StGB genügt bereits eine erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, wobei noch keine psychische Abhängigkeit bestehen muss. Die Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Arbeits- und Leistungsfähigkeit durch den Rauschmittelkonsum indiziert zwar ein Hang im Sinne des § 64 Satz 1 StGB, ihr Fehlen schließt diesen indes nicht aus.

8. BGH 1 StR 420/18 – Urteil vom 20. November 2018 (LG Freiburg)

Einziehung von Tatmitteln (subjektive Voraussetzungen); Unterlassen der Erklärung eingeführter Barmittel; Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 74a Nr. 1 StGB; § 74 Abs. 3 StGB; § 31a Abs. 2 ZollVG i.V.m. § 12a Abs. 1 Satz 1 ZollVG; § 261 StPO; § 46 StGB

Nach § 74a Nr. 1 StGB können Gegenstände abweichend von § 74 Abs. 3 StGB auch dann einbezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören, mindestens leichtfertig dazu beigetragen hat, dass sie als Tatmittel verwendet worden oder Tatobjekt gewesen sind. Der nicht an der Tat beteiligte Eigentümer muss es durch sein Verhalten ermöglicht haben, dass sein Eigentum Mittel oder Gegenstand der Tat des Täters oder Teilnehmers oder ihrer Vorbereitung gewesen ist. Die hier für eine Strafbarkeit notwendige Tatunterstützung (sog. Quasi-Beihilfe) setzt weiter in subjektiver Hinsicht grob fahrlässiges Handeln voraus. Danach ist es erforderlich, dass der Dritte die Begehung der Tat, wie sie vom Täter begangen wurde, in groben Umrissen hätte voraussehen können.

47. BGH 4 StR 214/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Landau)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen der Anordnung; Anforderungen an Darstellung der Anordnungsvoraussetzungen in den Urteilsgründen).

§ 63 StGB

1. Die grundsätzlich unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB ist eine außerordentlich belastende Maßnahme, die einen besonders gravierenden Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellt. Sie darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstaten aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und wenn die Tatbegehung hierauf beruht. Die Unterbringung erfordert darüber hinaus eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades, dass der Unterzubringende infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden.

2. Neben der sorgfältigen Prüfung dieser Anordnungs Voraussetzungen ist das Tatgericht auch verpflichtet, die wesentlichen Gesichtspunkte in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen. Es bedarf insbesondere der Darlegung, in welcher Weise sich das festgestellte Krankheitsbild bei Begehung der Taten auf die Handlungsmöglichkeiten des Beschuldigten in den jeweiligen konkreten Tatsituationen ausgewirkt haben soll.

55. BGH 4 StR 356/18 – Urteil vom 22. November 2018 (LG Bielefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen einer begründeten Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer erheblicher Straftaten).

§ 64 StGB

Für eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die „begründete“ Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer erheblicher Straftaten erforderlich; es muss mit einer Wiederholung „zu rechnen“, dies muss „konkret (zu) besorgen“ sein. Die bloße Wiederholungsmöglichkeit genügt nicht.

30. BGH 2 StR 350/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Darmstadt)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Bestimmung des Einziehungsbetrages bei nicht angefochtenem, durch Betrug zustande gekommenem Austauschvertrag).

§ 73 StGB

Die Gegenleistung eines durch Betrug zustande gekommenen Austauschvertrages, der zwar anfechtbar, aber nicht nichtig ist und der vom Geschädigten nicht angefochten wurde, ist bei der Bestimmung des Einziehungsbetrages abzusetzen. Daher ist der tatsächliche Wert eines minderwertigen Teppichs, den der Täter betrügerisch als hochwertige Ware verkauft hat, vom gezahlten Kaufpreis abzuziehen. Der Einziehungsbetrag entspricht in diesem Fall dem Betrugsschaden.

10. BGH 1 StR 439/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Nürnberg-Fürth)

Sperrfrist für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (erforderliche Begründung bei Nicht-Vorliegen einer Katalogtat); Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln (erforderliche Darstellungen im Urteil).

§ 69a Abs. 1 Satz 1 StGB; § 69 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 6 StPO; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

Soll gegen den Angeklagten wegen einer nicht im Katalog des § 69 Abs. 2 StGB enthaltenen Straftat eine isolierte Sperrfrist für die Erteilung einer Fahrerlaubnis angeordnet werden (§ 69a Abs. 1 Satz 1 StGB), so ist die Vornahme einer Gesamtwürdigung der Tatumstände und der Täterpersönlichkeit durch den Tatrichter zum Beleg der fehlenden Eignung des Angeklagten zum Führen von Kraftfahrzeugen erforderlich. Der erforderliche Umfang der Darlegung ist hierbei einzelfallabhängig. Zwar liegt

es bei typischen Verkehrsdelikten, zu denen Fahren ohne Fahrerlaubnis zählt, nicht fern, dass der Täter zum Führen eines Kraftfahrzeugs ungeeignet und daher eine isolierte Sperrfrist anzuordnen ist (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 123). Eine auf den Einzelfall bezogene Begründung macht dies indes nicht entbehrlich. Zudem bedarf es bei der Bemessung der Sperrfrist der Darlegung der Prognoseentscheidung zur Dauer der voraussichtlichen Ungeeignetheit des Täters (vgl. BGH NZV 2003, 46).

21. BGH 2 StR 259/18 – Beschluss vom 17. Oktober 2018 (LG Wiesbaden)

Geltendmachung eines Anspruchs im Adhäsionsverfahren (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten: Aufgabe bisheriger Rechtsprechung des 2. Senats).

§ 403 StPO

Soweit der Senat früher angemerkt hat, es stelle regelmäßig einen Rechtsfehler dar, wenn der Tatrichter die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten oder des Tatopfers bei der Schmerzensgeldbemessung berücksichtigt hat, ohne dass diese dem Fall ein besonderes Gepräge geben, hält er hieran zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht fest.

40. BGH 2 StR 474/18 – Beschluss vom 21. November 2018 (LG Bonn)

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Kennzeichnung im Tenor).

§ 73c Satz 1 StGB

Dass der Angeklagte nur als Gesamtschuldner mit seinem Mittäter haftet, bedarf, auch nach neuem Recht, der Kennzeichnung im Tenor. Damit wird ermöglicht, dass den Beteiligten das aus der Tat Erlangte entzogen wird, aber zugleich verhindert, dass dies mehrfach erfolgt.

32. BGH 2 StR 359/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Meiningen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen für einen Hang).

§ 7 Abs. 1 JGG; § 64 StGB

Eine Betäubungsmittelabhängigkeit ist für die Annahme eines Hangs zum Konsum von Betäubungsmitteln im Übermaß nicht erforderlich. Dafür ist vielmehr eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln im Sinne des § 64 StGB ist jedenfalls gegeben, wenn der Betreffende auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint.

53. BGH 4 StR 326/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG Kaiserslautern)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Erlangen eines Vermögensvorteils; Haftung für einen Tatertrag: Annahme mittäterschaftlicher Zurechnung allein nicht ausreichend für Haftung); Urteilsgründe (Umfang der Dokumentation der Beweisaufnahme).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 267 StPO

1. „Erlangt“ im Sinne der §§ 73 Abs. 1 Satz 1, 73c Satz 1 StGB ist ein Vermögensvorteil dann, wenn der Tatbeteiligte die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erworben hat. Die Annahme einer mittäterschaftlichen Zurechnung im Rahmen des Handeltreibens reicht für eine Haftung allein nicht aus.

2. Die Beweiswürdigung soll keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme enthalten, sondern lediglich belegen, warum bestimmte bedeutsame Umstände so festgestellt worden sind. Insbesondere besteht regelmäßig keine Notwendigkeit, die Einlassung des Angeklagten wiederholt in allen, teils unbedeutenden Einzelheiten wiederzugeben, zumal wenn die gemachten Angaben in weiten Teilen den Feststellungen entsprechen.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

68. BGH 3 StR 283/18 – Urteil vom 4. Oktober 2018 (LG Mönchengladbach)

Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Beurlaubung des Angeklagten (zurückhaltend auszuübendes Ermessen; sorgfältige Abwägung; Prognose; keine Auswirkungen auf den den beurlaubten Angeklagten betreffenden Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch; keine Berücksichtigung des Hauptverhandlungsteils; Verpassen der Erkenntnis neuer Verteidigungsmöglichkeiten; Antrag); 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 Kapitalerschutz; Bonität; Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit; täuschungsbedingtes Risikoungleichgewicht; Schädigungsvorsatz; Kenntnis von gefälschten Unterlagen und hohen Vermittlungsprovisionen); Einziehung von Taterträgen (erlangtes Etwas; Aufwendungen; Abzugsverbot; Entreichung; Gesamtschuldner).

§ 231c StPO; § 263 StGB; § 73 StGB; § 73d StGB; § 421 BGB; § 818 BGB

1. Zur Verfahrenserleichterung kann das Tatgericht in eng begrenzten Ausnahmefällen dem Angeklagten und/oder seinem Verteidiger nach seinem zurückhaltend auszuübenden Ermessen nach äußerst sorgfältiger Abwägung gestatten, einem Verhandlungsteil fernzubleiben. Dabei muss es vorsichtig vorausschauen, ob tatsächlich auszuschließen ist, dass nicht doch Verfahrensstoff verhandelt wird, der sich – wenn auch nur mittelbar – auf den den beurlaubten Angeklagten betreffenden Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch auswirken kann.

2. Auf den Inbegriff des Hauptverhandlungsteils, welchem der Angeklagte entschuldigt ferngeblieben ist, darf das Urteil gegen diesen nicht gestützt werden (§ 261 StPO). Ergibt sich während der Verhandlung, dass entgegen der Prognose der Inhalt dieses Verhandlungsteils doch den beurlaubten Angeklagten betreffen kann, ist die Verhandlung gegebenenfalls zu unterbrechen; jedenfalls ist dieser Verhandlungsteil zu wiederholen. Ob indes der

Angeklagte und sein Verteidiger jenseits des zumindest mittelbaren Betroffenseins sich der Erkenntnis neuer Verteidigungsmöglichkeiten durch den Verhandlungsteil begeben, haben sie zu entscheiden; deswegen sind nach § 231c Satz 1 StPO entsprechende Anträge zwingende Befreiungsvoraussetzungen.

3. Nach diesen Grundsätzen gilt für das ausnahmsweise Fernbleiben des Angeklagten von der Hauptverhandlung Folgendes:

a) Eine Befreiung kommt in der Regel in Betracht, wenn im betreffenden Verhandlungsabschnitt eine andere prozessuale Tat, welche dem beurlaubten Angeklagten nicht zur Last gelegt wird, verhandelt wird. Anders wird es indes liegen, wenn zwischen den verschiedenen Taten ein Zusammenhang besteht und eine für diesen Zusammenhang relevante Tatsache aufgeklärt werden soll. Solches ist etwa bei einem gemeinsamen Grundsachverhalt, insbesondere beim Vorwurf von Bandentaten, anzunehmen.

b) Will das Tatgericht die Überführung des schweigenden oder bestreitenden Angeklagten vornehmlich auf die Belastung durch den Mitangeklagten stützen und vernimmt es zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit von dessen Einlassung und dessen Glaubwürdigkeit Zeugen, ist der abwesende Angeklagte betroffen, auch wenn die Zeugen zu anderen ihm nicht vorgeworfenen Taten aussagen. Allein der Umstand, dass der befreite Angeklagte vollgeständig ist, schließt nicht aus, dass sein Verteidigungsinteresse durch den betreffenden Verfahrensteil berührt sein kann.

4. 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 näher bereits BGH HRRS 2018 Nr. 1166).

27. BGH 2 StR 299/18 – Urteil vom 24. Oktober 2018 (LG Wiesbaden)

Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Anknüpfung an Gesamtstrafe; Tenorierung).
Art. 6 EMRK; § 51 StGB; § 198 GVG

1. Die Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung und – gegebenenfalls – deren Kompensation durch den Ausspruch, dass ein bestimmter, regelmäßig kleiner Teil der Strafe als bereits vollstreckt gilt, knüpft bei Aburteilung mehrerer Taten an die Gesamtstrafe an.

2. Der Ausspruch solcher Kompensationen im Urteilstenor schließt die Feststellung des Vorliegens einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung ein. Die Feststellung des Vorliegens einer Verzögerung des Verfahrens im Ganzen muss im Urteilstenor nicht wiederholt werden.

22. BGH 2 StR 262/18 – Urteil vom 21. November 2018 (LG Köln)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Rechtsfehler aufgrund unterbliebener Befassung mit der Frage einer Einziehungsanordnung; als „erlangt“ geltende Vermögenswerte bei Täter und Teilnehmer; Anwendbarkeit im Jugendstrafrecht); Rechtsmittelbeschränkung (Wirksamkeitsvoraussetzungen).

§ 73 StGB nF; § 73c StGB nF; § 2 Abs. 2 JGG; § 344 Abs. 1 StPO

1. Eine Rechtsmittelbeschränkung ist nach den allgemeinen Grundsätzen wirksam, wenn der angefochtene Teil der Entscheidung losgelöst vom übrigen Urteilsinhalt selbständig geprüft und beurteilt werden kann und die nach dem Teilrechtsmittel stufenweise entstehende Gesamtentscheidung frei von inneren Widersprüchen bleibt.

2. Nach den neuen Regelungen der §§ 73 ff. StGB ist zwingend das einzuziehen, was der Täter durch oder für die Tat erlangt hat (§ 73 StGB nF) oder, sofern die Einziehung des erlangten Gegenstands nicht möglich ist, die Einziehung eines Geldbetrags auszusprechen, der dem Wert des Erlangten entspricht (§ 73c StGB nF). Es stellt daher einen Rechtsfehler dar, wenn sich das Tatgericht, das keine Entscheidung nach § 421 StPO getroffen hat, in den Urteilsgründen nicht mit der Frage einer Einziehungsanordnung befasst, obwohl Anhaltspunkte dafür bestehen, dass deren Voraussetzungen gegeben sind.

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vermögenswert im Rechtssinne aus der Tat erlangt, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten ist ausreichend aber auch erforderlich, dass sie zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand erlangt haben, was der Fall ist, wenn sie im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderter Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen können. Unerheblich ist dagegen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine unmittelbar aus der

Tat gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben und der zunächst erzielte Vermögenszuwachs durch Mittelabflüsse bei Beuteteilung gemindert wurde. Mehrere Tatbeteiligte, die an denselben Gegenständen Mitverfügungsgewalt erlangt haben, haften als Gesamtschuldner.

4. Die Vorschriften der §§ 73 ff. StGB sind über die Verweisung in § 2 Abs. 2 JGG auch im Jugendstrafrecht anwendbar.

50. BGH 4 StR 253/18 – Urteil vom 22. November 2018 (LG Essen)

Aufhebung des Urteils und der Feststellungen (Teilaufhebung: Teilrechtskraft von nicht betroffenen Feststellungen und Wertungen); Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Verhältnis zur vorbehaltlosen Anordnung der Sicherungsverwahrung); Unterschiede zwischen den materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der vorbehaltlosen und der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung

§ 66 StGB; § 66a Abs. 1 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

1. Die Teilaufhebung eines Urteils in Anwendung des § 353 Abs. 2 StPO hat zur Folge, dass der im zweiten Rechtsgang entscheidende Tatrichter an die Feststellungen und Wertungen im Ersturteil gebunden ist, die den von der Aufhebung nicht betroffenen und damit unabänderlich (teilrechtskräftig) gewordenen Entscheidungsteilen zugrunde liegen. Soweit diese Umstände und Wertungen auch für die Neubeurteilung der aufgehobenen Entscheidungsteile von Bedeutung sind, müssen sie der Entscheidung im zweiten Rechtsgang so zugrunde gelegt werden, wie sie im ersten Rechtsgang festgestellt worden sind.

2. Zwar ist für die Anordnung eines Vorbehalts der Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 1 StGB kein Raum mehr, wenn die Voraussetzungen für eine Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB vorliegen. Dies kann aber nur dann gelten, wenn eine insoweit „vorrangige“ vorbehaltlose Anordnung von Sicherungsverwahrung rechtlich noch möglich ist. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen, denen Revisionen des Angeklagten zugrunde lagen, vorbehaltene Anordnungen von Sicherungsverwahrung als nicht beschwerend bestätigt, obgleich die Voraussetzungen für eine vorbehaltlose Anordnung von Sicherungsverwahrung rechtsfehlerfrei festgestellt waren; eine vorbehaltlose Anordnung von Sicherungsverwahrung aber aufgrund des Schlechterstellungsverbots nicht mehr erfolgen konnte.

3. Die vorbehaltlose Sicherungsverwahrung setzt die sichere Feststellung der Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB voraus, während § 66a Abs. 1 Nr. 3 StGB die positive Feststellung des Gerichts genügen lässt, dass das Vorliegen eines Hangs und einer daraus folgenden Gefährlichkeit wahrscheinlich ist. Eine Feststellung im Sinne des § 66a Abs. 1 Nr. 3 StGB ist in der Sache aber auch dann getroffen, wenn sich der Tatrichter vom sicheren Vorliegen der Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu überzeugen vermag. Denn dieser Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) liegt letztlich auch

nur eine Wahrscheinlichkeitsaussage zugrunde. Dabei ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Täter einen Hang hat und ihm deshalb eine entsprechende Gefährlichkeitsprognose gestellt werden muss, allerdings so hoch, dass deren Vorliegen (Hang) bzw. Richtigkeit (Gefährlichkeitsprognose) deshalb vom Tatrichter für gewiss gehalten wird.

4. Soweit in dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Juli 2005 davon die Rede ist, dass § 66a StGB im Fall der sicheren Feststellung der genannten Voraussetzungen keine Anwendung findet, weil das Merkmal „nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar“ nicht erfüllt ist, bezieht sich dies auf § 66a Abs. 1 StGB in der Fassung vom 21. August 2002, der keine weiter gehende positive Bestimmung der materiellen Voraussetzungen für den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung enthielt. Nach der Neufassung von § 66a Abs. 1 StGB kommt diesem Merkmal nur noch die Bedeutung einer Konkurrenzregel zu, die dann zu einer Nichtanwendbarkeit von § 66a Abs. 1 StGB führt, wenn die Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB sicher vorliegen und deshalb die Anordnung der primären Sicherungsverwahrung in Betracht kommt, „die dann vorrangig wäre“.

64. BGH 3 StR 37/18 – Urteil vom 18. Oktober 2018 (LG Verden)

Lückenhafte Beweiswürdigung (revisionsgerichtlicher Prüfungsumfang; Berücksichtigung sämtlicher zur Beeinflussung der Entscheidung geeigneter Umstände; strafrechtliches Vorleben des Täters; Zweifelssatz; keine tätergünstige Unterstellung nicht angezeigter Sachverhaltsvarianten).
§ 261 StPO

Gibt es erkennbare Parallelen zwischen dem äußeren Erscheinungsbild des angeklagten Geschehens und einer in festgestellten Vortaten wiederholt zu Tage getretenen gleichartigen Vorgehensweise des Angeklagten, kann es sich aufdrängen, das strafrechtliche Vorleben des Angeklagten im Rahmen der bei der Beweiswürdigung nach § 261 StPO sachlich-rechtlich gebotenen Gesamtwürdigung der Beweise und Indizien zu erörtern. Dagegen ist es weder aufgrund des Zweifelssatzes noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat.

48. BGH 4 StR 226/18 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Dortmund)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (wörtliche Wiedergabe der Einlassung des Angeklagten).
§ 261 StPO

1. Auch wenn sich der Angeklagte bei seiner Einlassung in der Hauptverhandlung der Hilfe seines Verteidigers in der Form bedient, dass der Verteidiger mit seinem Einverständnis oder seiner Billigung für ihn eine schriftlich vorbereitete Erklärung abgibt und das Schriftstück sodann vom Gericht entgegengenommen und – unnötigerweise – als Anlage zum Protokoll der Hauptverhandlung genommen wird, wird der Inhalt der Erklärung nicht im Wege des Urkundenbeweises, sondern als mündliche

Äußerung des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt.

2. Die wörtliche Wiedergabe der Einlassung des Angeklagten birgt die Gefahr eines Verstoßes gegen § 261 StPO.

43. BGH 2 ARs 182/18 (2 AR 131/18) – Beschluss vom 26. September 2018 (AG Tübingen)

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer und des erstinstanzlichen Gerichts (Sinn und Zweck der Zuständigkeitskonzentration).
§ 453 StPO; § 462a Abs. 2 StPO

Allein die Möglichkeit, die aufgrund eines Strafbefehls nach § 453 StPO zu treffenden nachträglichen Entscheidungen gemäß § 462a Abs. 2 StPO bindend an das Wohnsitzgericht abzugeben, setzt die Zuständigkeitskonzentration des § 462a Abs. 4 StPO nicht außer Kraft. Ziel dieser gesetzlichen Regelung ist es, zur Vermeidung von divergierenden Entscheidungen die Zuständigkeit frühzeitig und dauerhaft bei einem Gericht zu konzentrieren. § 462a Abs. 4 StPO ist dabei auch auf den Fall mehrerer selbstständiger Verurteilungen durch dasselbe Gericht anzuwenden.

20. BGH 2 StR 253/18 – Urteil vom 10. Oktober 2018 (LG Aachen)

Gegenstand des Urteils (Umfang der Kognitionsspflicht).
§ 264 Abs. 1 StPO

Die Kognitionspflicht gebietet, dass der durch die zugelassene Anklage abgegrenzte Prozessstoff durch vollständige Aburteilung des einheitlichen Lebensvorgangs erschöpft wird. Der Unrechtsgehalt der Tat muss ohne Rücksicht auf die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegte Bewertung ausgeschöpft werden, soweit keine rechtlichen Gründe entgegenstehen. Fehlt es daran, so stellt dies einen sachlich-rechtlichen Mangel dar.

73. BGH 3 StR 346/18 – Urteil vom 15. November 2018 (LG Trier)

Horizontale Teilrechtskraft nach teilweiser Urteilsaufhebung (Revision; Tatrichter; Zurückverweisung; Umfang der Aufhebung; Tenor der revisionsgerichtlichen Entscheidung; Strafausspruch; Rechtsfolgenausspruch; Einziehungsanordnung).
§ 353 StPO

Führt die Revision nur teilweise zur Urteilsaufhebung, erwächst der bestehenbleibende Teil in Rechtskraft und ist im neuen Verfahren nicht mehr nachzuprüfen. Maßgebend für den Umfang einer Aufhebung ist die Formulierung im Tenor der revisionsgerichtlichen Entscheidung. Dabei kann eine sog. horizontale Teilrechtskraft auch innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs eintreten, wenn lediglich der Strafausspruch aufgehoben wird. Denn die Aufhebung des Strafausspruchs betrifft lediglich die zur Ahndung der verfahrensgegenständlichen Taten zu verhängenden Strafen, nicht dagegen z. B. die (Nicht-)Anordnung der Einziehung von Taterträgen.

51. BGH 4 StR 268/18 – Beschluss vom 8. November 2018 (LG Essen)

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (Erfordernis der vorherigen Belehrung über die eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht).

§ 257c Abs. 5 StPO

Eine Verständigung ist regelmäßig nur dann mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens zu vereinbaren, wenn der Angeklagte vor ihrem Zustandekommen nach § 257c Abs. 5 StPO über deren nur eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht belehrt worden ist.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**31. BGH 2 StR 353/16 – Beschluss vom 25. Juli 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Betrug (Vermögensschaden; Ermittlung des Vermögensschadens bei Betrug durch Abschluss eines Kaufvertrages über Wertpapiere); Marktmanipulation (Einwirken auf den Börsenpreis).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG aF

1. Ein Schaden im Sinne von § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung (Prinzip der Gesamtsaldierung).

2. Bei der Konstellation eines Betruges durch Abschluss eines Kaufvertrages über Wertpapiere ist der Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziehen. Zu vergleichen sind die wirtschaftlichen Werte der beiderseitigen Vertragspflichten. Bei an der Börse gehandelten Aktien ist grundsätzlich auf den Börsenkurs abzustellen. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Börsenpreis manipuliert ist, aufgrund einer Marktenge der einzelne außenstehende Aktionär nicht in der Lage ist, seine Aktien zum Börsenpreis zu veräußern oder wenn über einen längeren Zeitraum mit Aktien der Gesellschaft praktisch kein Handel stattgefunden hat. In diesen Fällen ist ein eventueller Minderwert des von dem getäuschten Anleger im Synallagma Erlangten, der darin liegt, dass die von dem Anleger eingegangene Zahlungsverpflichtung wertmäßig höher ist als die ihm dafür gewährte Gegenleistung unter Berücksichtigung aller mit ihr verbundenen, zur Zeit der Vermögensverfügung gegebenen Gewinnmöglichkeiten, konkret zu ermitteln und festzustellen sowie – ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu beziffern.

3. Sofern exakte Feststellungen zum Wert der erhaltenen Gegenleistung nicht möglich sind, sind Mindestfeststellungen zu treffen, um den Minderwert und den insofern eingetretenen wirtschaftlichen Vermögensschaden unter Beachtung des Zweifelssatzes zu schätzen. Der durch die rein rechnerische Gegenüberstellung der wirtschaftlichen Werte der gegenseitigen vertraglichen Ansprüche festzu-

stellende Schaden materialisiert sich für den Anleger mit der Zahlung der Anlagesumme und bemisst sich nach deren vollem wirtschaftlichen Wert, wenn die Gegenleistung ausbleibt oder bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise völlig wertlos ist bzw. nach der Differenz zwischen Wert der Anlagesumme und demjenigen der Gegenleistung, soweit eine solche vom Täter erbracht wird.

4. Ein Einwirken im Sinne von § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG aF auf den Börsenpreis eines Finanzinstruments liegt vor, wenn dieser künstlich, d.h. gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse am Markt, erhöht, abgesenkt oder auch nur stabilisiert wird. Erforderlich ist also, dass eine manipulative Handlung des Täters kausal für den fraglichen Preis eines Finanzinstruments geworden ist. Für die Beurteilung der Frage, ob durch die manipulative Handlung tatsächlich eine Einwirkung auf den Börsenpreis eingetreten ist, dürfen zwar angesichts der Vielzahl der – neben der Tathandlung – regelmäßig an der Preisbildung mitwirkenden Faktoren keine überspannten Anforderungen gestellt werden; insbesondere ist eine Befragung von Marktteilnehmern nicht veranlasst. In der Regel sind jedoch Vergleiche von bisherigem Kursverlauf und Umsatz, die Kurs- und Umsatzentwicklung der betreffenden Aktie vor und nach der manipulativen Handlung sowie die vorgenommenen Ordergrößen als Indizien darzustellen und zu würdigen, um eine tatsächliche Kurseinwirkung hinreichend zu belegen.

3. BGH 1 StR 194/18 – Beschluss vom 19. September 2018 (LG Mannheim)

Untreue (Pflichtverletzung; Sorgfaltspflichtmaßstab für kommunale Entscheidungsträger beim Abschluss von Finanzgeschäften; Vermögensnachteil: notwendige Bezifferung nach bilanzieller Betrachtungsweise bei Risikogeschäften, erforderliche Feststellungen).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1. Der Maßstab der Sorgfaltspflicht, den ein kommunaler Entscheidungsträger bei Abschluss von Finanzgeschäften zu beachten hat, konkretisiert sich aufgrund der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere dem für Gemeinden geltenden Spekulationsverbot, das sich als Teilaspekt des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit darstellt, wie folgt: Ein Finanzgeschäft einer Kommune muss zunächst einen sachlichen und zeitlichen Bezug zu einem konkret vorhandenen oder aktuell

neu abgeschlossenen Kreditvertrag dergestalt aufweisen, dass das mit dem Grundgeschäft verbundene Risiko durch das Finanzgeschäft in einer angemessenen Weise abgesichert oder optimiert wird (sachliche und zeitliche Konnexität).

2. Trotz bestehender Konnexität ist der Abschluss eines Finanzgeschäfts aber auch dann pflichtwidrig, wenn das Risiko des Kapitalverlustes die Chance des Kapitalgewinns deutlich übersteigt, also keine günstige Relation zwischen angestrebtem Zweck und dafür eingesetzten Mitteln besteht, und dadurch die kommunale Aufgabenbindung und -erfüllung nicht unerheblich gefährdet wird; dies kann insbesondere bei hochspekulativen Finanzgeschäften der Fall sein.

3. Ein Finanzgeschäft darf weiterhin auch dann nicht abgeschlossen werden, wenn die Abwägungsentscheidung infolge von Informationsdefiziten oder Mängeln bei der Sachverhaltserfassung nicht richtig erfolgen konnte. Zudem darf die Entscheidung für das Finanzgeschäft nicht auf Erwägungen beruhen, die der kommunalrechtlichen Haushaltswirtschaft fremd sind. Schließlich dürfen konkrete Anweisungen der zur Aufsicht berufenen Stellen zu Art und Umfang des Geschäfts, Mindestkonditionen, Geschäftspartner etc. nicht zu Gunsten einer Chance auf höhere Kostenreduzierung missachtet werden; sofern diese Stellen umgangen werden, indiziert dies die Pflichtwidrigkeit.

4. Da der Vermögensnachteil ein selbstständiges, neben der Voraussetzung der Pflichtverletzung stehendes Tatbestandsmerkmal darstellt, das nicht in dem Merkmal der Pflichtwidrigkeit aufgehen darf (sog. Verschleifungsverbot, vgl. BVerfGE 126, 170, 221 ff.), ist dieser – von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen abgesehen, etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden – eigenständig zu ermitteln, anhand üblicher Maßstäbe des Wirtschaftslebens zu konkretisieren und zu beziffern (st. Rspr.). Nach bilanzieller Betrachtungsweise liegt dabei beim Abschluss von Zinsswap-Verträgen ein Nachteil in Höhe der zu bildenden Drohverlustrückstellungen vor, die nach dem Marktwert des Derivats zu bewerten sind (vgl. BGHSt 53, 199, 202 f. Rn. 13). Bei der Ermittlung des Marktwertes eines Anlage- oder Derivatgeschäfts auf Grundlage der Höhe des konkreten Ausfallrisikos sowie des Wahrscheinlichkeitsgrades einer Gewinnerzielung unter Anwendung finanzmathematischer Berechnungen bzw. betriebswirtschaftlicher Bewertungskriterien hat sich das Tatgericht gegebenenfalls der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen (vgl. BGHSt 62, 144, 155 Rn. 82).

5. Für die Feststellung eines Nachteils in dieser Form hat das Tatgericht den Wert der verfahrensgegenständlichen Finanzderivate zum Zeitpunkt der einzelnen Vertragsabschlüsse mit Hilfe konkreter Feststellungen zum Verlustrisiko und zum Wahrscheinlichkeitsgrad einer Gewinnerzielung unter Berücksichtigung der Vertragskosten zu ermitteln und das Ergebnis zum Wert der jeweils abgelösten Finanzgeschäfte ins Verhältnis setzen müssen. Nur soweit danach jeweils ein Minderwert vorliegt, ist die Annahme eines Vermögensnachteils – ohne dass es auf den tatsächlichen Verlauf der Vertragsverhältnisse (noch) ankäme – gerechtfertigt gewesen.

6. Die Feststellung, dass die einzelnen Verträge mit theoretisch unbegrenzten Verlustrisiken verbunden gewesen seien, reicht insoweit zur Begründung eines Vermögensnachteils der nicht aus. Denn für eine tragfähige Feststellung des wirtschaftlichen Wertes der Verträge ist darüber hinaus aufzuklären, wie hoch die jeweiligen Eintrittswahrscheinlichkeiten der Risiken einerseits und wie hoch auf der anderen Seite die Wahrscheinlichkeiten einer Gewinnerzielung waren.

69. BGH 3 StR 292/17 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Düsseldorf)

Vermögensbetreuungspflicht des ärztlichen Direktors eines Universitätsklinikums (tatsächliches Treueverhältnis; Kenntnis und tatsächliches Vertrauen des Treugebers; Personalverwaltung; geldwerte Arbeitsleistungen von Mitarbeitern; Einsatz von Mitarbeitern für private Zwecke; Gewerbsmäßigkeit).

§ 266 StGB

1. Grundlage einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB kann neben Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft auch ein sog. „tatsächliches Treueverhältnis“ sein. Voraussetzung hierfür ist jedoch nicht allein die tatsächliche Verfügungsgewalt über ein bestimmtes Vermögen, sondern auch, dass damit ein tatsächliches Vertrauen des Treugebers in eine pflichtgemäße Wahrnehmung seiner Vermögensinteressen verbunden ist, es sich also um eine anvertraute faktische Machtstellung handelt. Das erfordert jedenfalls die Kenntnis des Treugebers (oder der für ihn handelnden Personen) von der bestehenden tatsächlichen Verfügungsgewalt des Trenehmers.

2. Die (ggf. abgeleitete) Wahrnehmung von Aufgaben der Personalverwaltung – hier: durch den ärztlichen Direktor eines Universitätsklinikums – kann je nach den Umständen des Einzelfalles eine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich der geldwerten Arbeitsleistung des Personals begründen. In diesem Zusammenhang kann es eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB begründen, wenn Angestellte über einen längeren Zeitraum für private Zwecke des Trenehmers eingesetzt werden.

3. Gewerbsmäßigkeit liegt nur dann vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Liegt ein derartiges Gewinnstreben vor, ist zwar schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen (vgl. BGH NSTz 2004, 265, 266). Allein der Umstand, dass die sich aus der Tat ergebenden Vermögensvorteile dem Angeklagten sukzessive zufließen, begründet jedoch noch keine Gewerbsmäßigkeit (vgl. BGH NSTz 2008, 282, 283).

72. BGH 3 StR 345/17 – Beschluss vom 7. August 2018 (LG Mönchengladbach)

Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der (ehemaligen) Strafvorschriften zum Handeltreiben mit Dopingmitteln (Blankettgesetz; statische und dynamische Verweisung; gesetzgeberische Rechtssetzungshoheit; Festlegung der Voraussetzungen strafbaren Handelns; Gewaltenteilung; Anlage zum Übereinkommen gegen

Doping; keine hinreichende Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit; Vorlage; Normenkontrolle); Anwendbarkeit der betäubungsmittelstrafrechtlichen Grundsätze zur Bewertungseinheit auch im Arzneimittelstrafrecht.

§ 95 Abs. 1 AMG aF; § 6a AMG aF; § 4 Abs. 1 AntiDopG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG; § 4 Abs. 1 AntiDopG; § 2 Abs. 1 AntiDopG; § 52 StGB

1. Der Senat hat (vorliegend nicht entscheidungserhebliche) verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der bis zum 25. Oktober 2012 geltenden Fassung des § 6a Abs. 2 Satz 1 AMG aF. Diese ergeben sich daraus, dass unklar bleibt, ob es sich mit Blick auf die regelmäßig jährliche Änderung des Anhangs des Übereinkommens gegen Doping um eine statische Verweisung auf die ursprünglich als Anhang zum Übereinkommen genommene Liste oder um eine dynamische Verweisung auf die zur jeweiligen Tatzeit oder im Sinne einer gesetzgeberischen Willensentscheidung auf die zur Zeit der letzten Änderung des Gesetzes gültige Fassung handelt.

2. Hinsichtlich der ab dem 26. Oktober 2012 gültigen Gesetzesfassung, die eindeutig eine dynamische Verweisung enthielt, bestehen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschrift des § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG aF fort. Denn in der sog. Beobachtenden Begleitgruppe des Europarats, die den Inhalt des Anhangs zum Übereinkommen gegen Doping festlegt, ist ein bestimmender nationaler Einfluss nicht gesichert und der Gesetzgeber verfügt nicht über die erforderliche Kontrolle zur Festlegung des Inhalts der Verbotsliste. Der Senat hat daher (wiederum nicht entscheidungserhebliche) Zweifel, ob die nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotene gesetzgeberische Rechtsetzungshoheit gewahrt ist, die verlangt, dass jener die Voraussetzungen strafbaren Handelns selbst bestimmt (vgl. dazu BVerfG HRRS 2016 Nr. 1112).

3. Mit Blick auf § 95 Abs. 1 Nr. 2b AMG aF haben sich bestehende verfassungsrechtliche Bedenken nicht zu der für eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG erforderlichen Überzeugung des Senats von der Verfassungswidrigkeit der Strafnorm verdichtet. Bedenken dahingehend, Bedenken, dass die Regelung der Vorgabe des BVerfG widersprechen könnte, wonach (verweisende) Blankettgesetze dem Grundsatz der Gewaltenteilung nur dann genügen, wenn der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie Art und Maß der Strafe selbst bestimmt und dem Ordnungsgeber lediglich konkretisierende Spezifizierungen des Straftatbestands überlässt (BVerfG a.a.O.), steht entgegen, dass der Gesetzgeber die Tathandlung und den Strafraum selbst konkret bestimmt hat, so dass die Festlegung der nicht geringen Mengen lediglich als Spezifizierung der strafbegründenden Merkmale gewertet werden kann.

4. Der Straftatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 AntiDopG begegnet allerdings keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Anders als nach § 6a Abs. 2 S. 1 AMG aF bleibt es nach § 2 Abs. 1 AntiDopG einer innerstaatlichen Entscheidung vorbehalten, inwieweit auch künftige Änderungen der Anlage I des Übereinkommens in den Straftatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG eingefügt werden. Ob damit die Entscheidungsbefugnis über Änderungen der Anlage durch die

Exekutive auf derselben Ebene angesiedelt ist, wie wenn eine Verordnungsermächtigung geschaffen worden wäre, erscheint zwar zweifelhaft. Es ist aber jedenfalls ausgeschlossen, dass der Inhalt des Straftatbestands des § 4 AntiDopG i.V.m. § 2 AntiDopG ohne oder gegen den Willen der nationalen Institutionen verändert wird.

5. BGH 1 StR 255/18 – Urteil vom 4. Dezember 2018 (LG Traunstein)

Einschleusen von Ausländern mit Todesfolge (Zurechnung der schweren Folge gegenüber Mittätern; Grundsatz der limitierten Akzessorität: Berücksichtigung des Tods von Kindern, die keine „Geschleusten“ sind, bei der Strafzumessung); Strafzumessung (zulässige Berücksichtigung der Wirkung einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe).

§ 97 Abs. 1 AufenthG; § 96 AufenthG; § 46 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56 StGB

1. Beteiligen sich mehrere Täter an dem Grunddelikt (hier das Einschleusen von Ausländern im Sinne des § 96 AufenthG), so kann für die schwere Folge, die einer der Tatbeteiligten durch seine Handlungen herbeiführt, auch derjenige weitere Beteiligte bestraft werden, der den Grundtatbestand nicht selbst erfüllt, jedoch aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zur Verwirklichung des Grunddelikts beiträgt. Voraussetzung ist, dass die zur schweren Folge führende Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Mittäter hinsichtlich des Erfolgs Fahrlässigkeit zur Last fällt.

2. Bei der Strafzumessung hinsichtlich einer Verurteilung wegen Einschleusen von Ausländern mit Todesfolge kann auch der Tod der sich an Bord des Schlauchboots befindlichen Kinder als verschuldete Auswirkung der Tat im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB berücksichtigt werden, auch wenn diese aufgrund des Grundsatzes der limitierten Akzessorität nicht taugliche Tatopfer im Sinne des § 97 Abs. 1 AufenthG sind, da es insoweit an einer vorsätzlichen „Haupttat“ fehlt und sie damit keine „Geschleusten“ im Sinne der Vorschrift sind (vgl. BGH NJW 2018, 3658, 3659).

3. Grundsätzlich gilt, dass der Tatrichter zunächst die schuldangemessene Strafe zu finden hat; erst wenn sich ergibt, dass die der Schuld entsprechende Strafe innerhalb der Grenzen des § 56 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB liegt, ist Raum für die Prüfung, ob auch die sonstigen Voraussetzungen für die Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung gegeben sind (vgl. BGHSt 29, 319, 321). Der Umstand, dass die Frage der Aussetzbarkeit der Strafvollstreckung bei der Findung schuldangemessener Sanktionen mitberücksichtigt worden ist, begründet für sich allein allerdings noch keinen durchgreifenden Rechtsfehler (vgl. BGHSt 57, 123, 133). Denn das Gericht hat auch die Wirkungen, die von einer Strafe ausgehen, in den Blick zu nehmen (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB).

4. Liegt daher die – schuldangemessene – Strafe in einem Spielraum, in dem grundsätzlich noch eine aussetzungsfähige Strafe in Betracht kommt, dürfen bereits bei der Strafzumessung die Wirkungen einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe berücksichtigt werden (sog.

Spielraumtheorie; vgl. dazu nur BGHSt 7, 28, 32). Rechtsfehlerhaft sind solche Erwägungen bei der Strafzumessung aber dann, wenn das Gericht die erkannte Gesamtstrafe nur deshalb ausgesprochen hat, damit deren Vollstreckung nach § 56 Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden konnte (vgl. BGHSt 57, 123, 133 f.).

60. BGH 4 StR 466/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG Paderborn)

Bewaffnete unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Zweckbestimmung eines mitgeführten Gegenstandes zur Verletzung von Personen).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt unter anderem voraus, dass der Täter den bei der Tat mit sich geführten Gegenstand, wenn es sich bei diesem nicht um eine Schusswaffe handelt, zur Verletzung von Personen bestimmt hat. Um dieses Qualifikationsmerkmal zu verwirklichen, bedarf es einer darauf gerichteten Zweckbestimmung des Täters, die vom Tatrichter grundsätzlich näher festgestellt und begründet werden muss

2. Bei einer Hieb- oder Stoßwaffe oder bei einer gekorenen Waffe im Sinne des WaffG liegt eine Zweckbestimmung zur Verletzung von Personen so nahe, dass es näherer Darlegungen hierzu im tatrichterlichen Urteil nicht bedarf.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Strafbarkeit des „Grapschens“ als sexuelle Belästigung im Sinne von § 184i StGB – ein Etikettenschwindel?

Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2018 Nr. 749

Von Priv.-Doz. Dr. Erol Pohlreich, Universität Hamburg*

I. Einleitung

Wenn der Gesetzgeber Strafvorschriften in sensiblen Lebensbereichen wie dem der menschlichen Sexualität gleichsam mit heißer Nadel strickt und dabei Gesetzesbegründung sowie Gesetzeswortlaut divergieren, nimmt es kaum Wunder, dass die Rechtsprechung im nachvollziehbaren wie an sich lobenswerten Bemühen, der gesetzgeberischen Intention bestmöglich Rechnung zu tragen, diesen Vorschriften einen Sinn verleiht, der ihnen nicht zukommt. Der hier besprochene und zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung BGHSt vorgesehene Beschluss ist ein Beispiel dafür. An ihm lässt sich veranschaulichen, wie weit die Rechtsprechung gehen darf, wenn sie im Sinne einer gesetzgeberischen Intention judizieren will, die im Gesetzeswortlaut unvollkommen in Erscheinung tritt. Denn der Beschluss, mit dem erstmals ein Strafsenat des BGH, nämlich der 4. Strafsenat, Maßstäbe für die Auslegung des im Jahr 2016 in Kraft getretenen Tatbestands der sexuellen Belästigung gemäß § 184i StGB formulierte, verstößt gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.

Mit der im Eiltempo verabschiedeten¹ Einführung des Straftatbestandes der sexuellen Belästigung in § 184i StGB² verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, künftig Fälle zu erfassen, „die gegenwärtig nicht oder allenfalls im Einzelfall als Beleidigung nach § 185 StGB erfasst werden können, weil sie nicht die von § 184h Nr. 1 StGB vorausgesetzte Erheblichkeitsgrenze erreichen, die für das Vorliegen einer sexuellen Handlung erforderlich wäre.“³ Das Berühren von Geschlechtsteilen überschritt nach der Rechtsprechung die Erheblichkeitsgrenze gemäß § 184h Nr. 1 StGB regelmäßig nur bei Berührungen unterhalb der Kleidung, bei Berührungen oberhalb der Kleidung erst bei einiger Dauer und bei flüchtigen Berührungen nur dann, wenn diese in einer Lage erfolgten, in denen das Opfer nur eingeschränkt sich wehren oder fliehen konnte.⁴ Unterhalb der Erheblichkeitsgrenze war in einzelnen Fällen eine Verurteilung wegen Beleidigung möglich, wobei freilich zu beachten war, dass die Ehrschutzelikte nie als Auffangtatbestand für sexuelle Belästigungen konzipiert gewesen sind und die von den Sexualde-

¹ Näher hierzu *Hoven/Weigend* JZ 2017, 182.

² Art. 1 Nr. 9 des Fünfzigsten Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 4. November 2016, BGBl. I, S. 2460.

³ BT-Drucks. 18/9097, 21.

⁴ Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 184g Rn. 15b.

* Der Verfasser hat im Wintersemester 2018/19 an der Universität Hamburg eine Gastprofessur inne.

likten geschützten Rechtsgüter – namentlich die sexuelle Selbstbestimmung, das Schamgefühl etc. – sich von der durch §§ 185 ff. StGB geschützten Personenehre unterscheiden. Von daher konnte nicht ohne weiteres wegen Beleidigung bestraft werden, sondern war hierfür vorauszusetzen, dass der Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers nach den Umständen des Einzelfalls zugleich die Bewertung des Opfers herabsetzen sollte.⁵ Was Berührungen im Intimbereich angeht, war das Meinungsbild vor der Reform uneinheitlich: Entgegen einer Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1989, wonach die für den Beleidigungstatbestand erforderliche Kundgabe der Missachtung in der sexuellen Handlung allein nicht zu sehen sein sollte,⁶ bejahten einige obergerichtliche Entscheidungen bei einem überraschenden Griff in den Schritt eines dem Täter unbekanntem Opfers den Tatbestand einer Beleidigung, sofern das Opfer dies als entwürdigende Herabsetzung seiner Persönlichkeit empfinden musste und das Täterverhalten kein mit dem Tatbestand eines Sexualdelikt notwendig kongruentes Erscheinungsbild aufwies.⁷ Diese oberlandesgerichtliche Herangehensweise an die Problematik stieß in der Literatur zu Recht auf Kritik.⁸

Vor diesem Hintergrund hatten Stimmen aus der Literatur lange vor Einführung des § 184i StGB eine entsprechende Strafbarkeitslücke moniert und den Gesetzgeber zur Schaffung eines eigenen Tatbestandes aufgefordert.⁹ Schrittmacher der Einführung des Tatbestandes der sexuellen Belästigung waren indessen weniger diese Forderungen als vielmehr die sexuellen Übergriffe in der Silvesternacht 2015/16 am Kölner Dom und vor allem das hierauf bezogene Medienecho.¹⁰

Wenn die Funktion des § 184i StGB dementsprechend darin liegen sollte, nun Strafe für zuvor straflose sexuelle Handlungen anzudrohen, damit etwa das „Begrapschen“ von Geschlechtsorganen als Sexualdelikt geahndet werden kann, kommt diese gesetzgeberische Intention im Gesetzeswortlaut nur unvollkommen zum Ausdruck, weil der Wortlaut dieser Vorschrift nicht an den des § 184h Nr. 1 StGB anknüpft. Stattdessen macht sich nach § 184i Abs. 1 StGB wegen sexueller Belästigung strafbar, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wenn nicht die

Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Von einer „sexuellen Handlung“ ist dort keine Rede. Und nicht die Berührung eines Geschlechtsteils wider den Willen der berührten Person ist Tatbestandsvoraussetzung, sondern eine körperliche Berührung „in sexuell bestimmter Weise“.

Die (möglichen) Dissonanzen zwischen gesetzgeberischer Intention auf der einen und Gesetzeswortlaut auf der anderen Seite löst der hier besprochene Beschluss nur unzureichend beziehungsweise von unzutreffenden verfassungsrechtlichen Prämissen ausgehend. Dabei soll hier nicht unterschlagen werden, dass dem Beschluss nicht nur die Revision der Angeklagten S. gegen ihre landgerichtliche Verurteilung wegen sexueller Belästigung zugrunde lag, sondern auch ihre Revision sowie die des Mitangeklagten B. gegen ihre Verurteilung wegen Geiselnahme in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und Beihilfe hierzu. Soweit es um den Vorwurf der sexuellen Belästigung ging, liegen der mit der Revision der Angeklagten S. angegriffenen Entscheidung folgende landgerichtliche Feststellungen zugrunde: Die Angeklagte S. war aufgrund des Geschehens, dessentwegen sie später wegen Geiselnahme in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt wurde, festgenommen und im Beisein der geschädigten Polizeibeamtin von einer weiteren Polizeibeamtin körperlich durchsucht worden. Dabei hatte die Angeklagte S. der Geschädigten zugerufen „Und Du willst wohl auch gleich in meine Fotze gucken? Soll ich auch in Deine greifen?“, ihr mit einer schnellen Bewegung in den Schritt gegriffen und sie dort schmerzhaft gekniffen. Infolge dieser Handlung war die Geschädigte schockiert gewesen; sie hatte Ekel und den Vorfall als peinlich empfunden.

Dass das Landgericht, gestützt auf diese Feststellungen, die Angeklagte S. wegen sexueller Belästigung zum Nachteil der geschädigten Polizeibeamtin verurteilt hatte, hielt revisionsgerichtlicher Prüfung nicht stand: Zwar ging auch der 4. Strafsenat davon aus, dass der Tatbestand der sexuellen Belästigung vorliegend erfüllt sei, und entschied dabei – unter Verkennung von Art. 103 Abs. 2 GG – den in der Literatur geführten Streit, wie das Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ zu verstehen sei; gleichwohl leide das angegriffene Urteil an einem Rechtsfehler, weil das Landgericht unerörtert gelassen habe, ob der Strafbarkeit nach § 184i Abs. 1 StGB aufgrund einer denkbaren Strafbarkeit der Angeklagten S. wegen Körperverletzung die Subsidiaritätsklausel in § 184i Abs. 1 StGB entgegenstehe. Auch in diesem Punkt erscheint der Beschluss des 4. Strafsenats mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht unproblematisch, wenngleich ihm bei näherem Hinsehen zumindest insoweit zuzustimmen ist.

II. Entscheidung des 4. Strafsenats und ihre Bewertung

Wie bereits angedeutet formuliert der 4. Strafsenat im hier besprochenen Beschluss erstmals Maßstäbe für die Auslegung des § 184i StGB. Zuvor hatte sich der 2. Strafsenat in zwei Urteilen die Frage, ob sich die Einführung von § 184i StGB auf die Auslegung des Erheblichkeitsbegriffs in § 184h Nr. 1 StGB auswirkt, verneint, weil der Gesetzgeber mit der neuen Vorschrift nicht

⁵ BGHR StGB § 185 Ehrverletzung 4; BGH NStZ-RR 2012, 206 = HRRS 2012 Nr. 283.

⁶ BGHSt 36, 145, 150.

⁷ OLG Bamberg NStZ 2007, 96; OLG Karlsruhe NJW 2003, 1263, 1264; weitergehend Hörnle, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 6, 12. Aufl. (2009), Vor §§ 174 ff. Rn. 106: Bei jedem sexuellen Körperkontakt gegen oder ohne Willen des Opfers Strafbarkeit wegen Beleidigung, die bei gleichzeitiger Verwirklichung eines Sexualdelikts von diesem konsumiert werde.

⁸ Fischer, StGB, 66. Aufl. (2019), § 185 Rn. 11b; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 185 Rn. 10 f.; Regge/Pegel, in: MK-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), § 185 Rn. 13; Lencker/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 184 Rn. 4; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar StGB (Stand 1. August 2018), § 185 Rn. 30.2.

⁹ Statt vieler Schaefer/Wolf ZRP 2001, 27 f.; vgl. auch Hörnle STREIT 2016, 3 ff.

¹⁰ Frommel, in: NK-StGB, Bd. 2, 5. Aufl. (2017), § 184i Rn. 1; zur Entstehungsgeschichte s.a. Hörnle NStZ 2017, 13, 14.

beabsichtigte, sexuelle Handlungen nunmehr ausschließlich unter den Voraussetzungen des § 184i StGB mit Strafe zu bedrohen, sondern bisher strafrechtlich nicht erfasstes Verhalten auch unterhalb der vor der Reform maßgeblichen Erheblichkeitsgrenze zu pönalisieren.¹¹ Der 5. Strafsenat hatte in einem Beschluss zu § 184i Abs. 1 StGB ausgeführt, dass das Tatgericht eingehend den Vorsatz erörtern muss, wenn mit dem mutmaßlichen Opfer sexuelle Handlungen vereinbart gewesen sind und dieses seinen zwischenzeitlich eingetretenen Unwillen nicht geäußert, sondern seine Abneigung erst nach Beendigung der sexuellen Handlungen erkennbar zum Ausdruck gebracht hat.¹²

Das Besondere an der vorliegenden Entscheidung liegt darin, dass hier erstmals die an die Auslegung des objektiven Tatbestandes der sexuellen Belästigung anzulegenden Maßstäbe formuliert werden, soweit es um das Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ sowie den vorausgesetzten Belästigungserfolg geht. Außerdem äußert sich der 4. Strafsenat zur Frage der Reichweite der Subsidiaritätsklausel in § 184i Abs. 1 StGB. Nur im zuletzt genannten Punkt ist der Auffassung des 4. Strafsenats zuzustimmen.

1. Körperliche Berührung in sexuell bestimmter Weise

Dass das körperliche Berühren als Tathandlung des § 184i StGB einen körperlichen Kontakt von Täter und Opfer voraussetzt, entspricht der herrschenden Meinung¹³ und ist im Ausgangsfall ohne weiteres erfüllt. Es versteht sich jedoch nicht von selbst, dass diese Berührung auch „in sexuell bestimmter Weise“ erfolgte, weil bereits unklar erscheint, wie dieses Deliktsmerkmal zu verstehen ist. Der 4. Strafsenat weist in seinem Beschluss auf zwei Literaturauffassungen hin. Nach einer soll das Vorliegen des Merkmals anhand objektiver Umstände zu beurteilen sein; dementsprechend sei ein Sexualbezug zu bejahen, wenn das äußere Erscheinungsbild der Berührung sexuell konnotiert sei.¹⁴ Anhaltspunkte für die se-

xuelle Konnotation seien die soziokulturell bestimmte Bedeutung der berührten Körperstelle¹⁵ beziehungsweise der Umstand, dass die jeweilige Berührung nach allgemeiner Anschauung eine intime Beziehung voraussetze.¹⁶ Nach einer weiter gehenden Auffassung, die der Strafsenat sodann wiedergibt, kann eine Berührung sowohl objektiv – nach dem äußeren Erscheinungsbild – als auch subjektiv – nach den Umständen des Einzelfalls – sexuell bestimmt sein, wobei es allerdings nicht ausreicht, dass die Handlung allein nach der subjektiven Vorstellung des Täters sexuellen Charakter habe.¹⁷

Der 4. Strafsenat schließt sich, eine Deutung des Merkmals in Anlehnung an die frühere Rechtsprechung zum Merkmal der „sexuellen Handlung“ in § 184h Nr. 1 StGB favorisierend, der zweiten Auffassung an: Eine Berührung in sexuell bestimmter Weise soll demnach zu bejahen sein, wenn sie bereits in objektiver Hinsicht, also allein gemessen an dem äußeren Erscheinungsbild, einen Sexualbezug erkennen lasse. Darüber hinaus könnten auch „ambivalente Berührungen“, die für sich betrachtet nicht ohne Weiteres einen sexuellen Charakter aufweisen, tatbestandsmäßig sein. Dabei sei auf das Urteil eines objektiven Betrachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalles kenne, und sei zu berücksichtigen, ob der Täter von sexuellen Absichten geleitet gewesen sei.¹⁸

Es drängt sich – vorsichtig gesprochen – nicht gerade auf den Ausgangsfall zum Anlass zu nehmen, den in der Literatur geführten Meinungsstreit, so wie er vom 4. Strafsenat dargestellt wird, zu entscheiden. Denn nach beiden Auffassungen wäre die im Kniff des Vaginalbereichs liegende körperliche Berührung in sexuell bestimmter Weise erfolgt, weist doch die Berührung eines primären Geschlechtsorgans bereits in objektiv Hinsicht einen Sexualbezug auf. Dies bleibt auch dem 4. Strafsenat nicht verborgen, weil er nach weitschweifiger Argumentation als Zwischenergebnis festhält, dass der gezielte Kniff im Schritt einer anderen Person bereits nach dem äußeren Erscheinungsbild einen Bezug zum Geschlechtlichen aufweise und dieser Bezug, „ohne dass es hierauf noch maßgeblich ankäme“, durch die begleitende Äußerung der Angeklagten verstärkt worden sei, aus welcher sich ergebe, dass gerade die Intimsphäre der Geschädigten als Reaktion auf die eigene als störend

¹¹ Näher BGH NStZ 2018, 91, 92 = HRRS 2017 Nr. 761; NStZ-RR 2017, 277, 278 = HRRS 2017 Nr. 794; a.A. El-Ghazi ZIS 2017, 157, 160 f.; ders. StV 2018, 250, 253.

¹² BGHR StGB § 184i Abs 1 Tathandlung 1 (= HRRS 2018, Nr. 168).

¹³ BT-Drucks, 18/9097, 30; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 184i Rn. 2; Hörnle NStZ 2017, 13, 20; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar StGB (Stand 1. August 2018), § 184i Rn. 3; a.A. Fischer, a.a.O. (Fn. 8), § 184i Rn. 3, Noltenius, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. (2017), § 184i Rn. 4, und Renzikowski, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184i Rn. 7, die – entgegen der Gesetzesbegründung – auch die Herstellung eines Körperkontakts mit dem Opfer mittels eines Gegenstandes für tatbestandsmäßig erachten, was dann allerdings die Frage aufwirft, warum der Wortlaut des § 184i Abs. 1 StGB nicht schon eine Berührung genügen lässt, die beim bloßen Anlegen eines Gegenstands an den Körper des Opfers zweifellos vorläge, sondern ausgerechnet eine körperliche Berührung voraussetzt, was recht eindeutig das Erfordernis eines unmittelbaren Kontakts zwischen dem Körper des Täters und dem des Opfers unterstreicht.

¹⁴ BGH 4 StR 570/17 Rn. 26 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf Renzikowski, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184i Rn. 8; ders. NJW 2016, 3553,

3557; Noltenius, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 6; Hörnle NStZ 2017, 13, 20; Hoven/Weigend JZ 2017, 182, 189; Krug/Weber ArbR 2018, 59, 60; s.a. Joecks/Jäger, StGB, 12. Aufl. (2018), § 184i Rn. 3.

¹⁵ BGH 4 StR 570/17 Rn. 26 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf Renzikowski, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184i Rn. 8; ders. NJW 2016, 3553, 3557.

¹⁶ BGH 4 StR 570/17 Rn. 26 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf Hörnle NStZ 2017, 13, 20; Noltenius, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 6, s.a. Ziegler, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 4 und 5.

¹⁷ BGH 4 StR 570/17 Rn. 27 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf Fischer, a.a.O. (Fn. 8), § 184i Rn. 4 bis 5a.

¹⁸ BGH 4 StR 570/17 Rn. 35 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749; zust. Burghardt/Steinl JZ 2018, 1110.

empfundene körperliche Durchsuchung verletzt werden sollte.¹⁹

Das Gesetz gibt in Wahrheit weder für die eine noch für die andere vom 4. Strafsenat erwogene Auffassung etwas her. Nach hier vertretener Auffassung ist das Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ rein subjektiv nach der Vorstellung der berührenden Person zu bestimmen. Von daher erfasst die Vorschrift auch Berührungen, die für die meisten Menschen neutrale Alltagshandlungen sind und nur für den Täter einen Sexualbezug aufweisen, weil dieser sich oder die betroffene Person sexuell stimulieren will. Erfasst wäre demnach auch das Berühren des Fußes einer Person durch einen Fußfetischisten.²⁰ Umgekehrt unterfallen Berührungen, hinter denen kein Wunsch steht, sich oder eine andere Person sexuell zu stimulieren, nicht dem Tatbestand des § 184 Abs. 1 StGB. Dieses Verständnis zieht der 4. Strafsenat nicht einmal in Erwägung, obwohl der Gesetzeswortlaut, der Wille des Gesetzgebers sowie der Normzweck dafür sprechen und das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG der vom 4. Strafsenat favorisierten Lösung entgegensteht.

a) „In sexuell bestimmter Weise“ entspricht nicht „in sexueller Weise“

Wenn der 4. Strafsenat die Formulierung „in sexuell bestimmter Weise“ für weit gefasst erachtet und meint, dieses Merkmal verlange lediglich, dass die belästigende Berührung überhaupt einen Sexualbezug aufweise, und der Wortlaut schränke „die hierfür maßgeblichen Umstände in keiner Weise ein“, überzeugt das nicht. Ihm wäre zuzustimmen, wenn der Wortlaut eine „in sexueller Weise“ erfolgende Berührung voraussetzte. So ist § 184i Abs. 1 StGB aber nicht formuliert. Der 4. Strafsenat lässt bei seiner kurzen Diskussion des Wortlauts das Wörtchen „bestimmter“ unbeachtet, obwohl es schon einen Unterschied macht, ob eine Vorschrift eine Berührung „in sexueller Weise“ voraussetzt oder eine Berührung, die „in sexuell bestimmter Weise“ erfolgt. Das Adjektiv „bestimmt“ legt nahe, dass jemand der Handlung eine sexuelle Bestimmung verliehen, sie also in diese Richtung determiniert haben muss.

Zugegebenermaßen fehlt es an ausdrücklichen Hinweisen dafür, wer der Handlung diese Bestimmung verliehen haben muss. Diese Frage lässt sich indes durch einen Vergleich zwischen der Gesetz gewordenen Fassung des § 184i Abs. 1 StGB und der dort gerade nicht verwendeten Formulierung „in sexueller Weise“ ermitteln. Weil die Formulierung „in sexueller Weise“ einen objektiven Sexualitätsbezug genügen ließe und der Gesetzgeber die Formulierung um das Wort „bestimmter“ ergänzt hat, muss dem Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ eine von der anderen Formulierung zu unterscheidende Bedeutung zukommen. Als dem Tatbestand zugehöriger – und damit die Strafbarkeit begründender – Begriff bewirkt das Wort „bestimmter“ eine Strafbarkeitsbegrenzung. Insofern verstieße es gegen das mit Verfassungskraft in Art. 103 Abs. 2 GG verbürgte Analogieverbot,

das es der Rechtsprechung als Kehrseite der ebenfalls dort verbürgten Strafgesetzesbestimmtheit versagt, den Bereich des Strafbaren durch strafbegründende oder -schärfende Analogie auszudehnen, und damit nicht nur Analogien im technischen Sinne verbietet, sondern jede Rechtsanwendung, die legislative Einfriedungen des strafbaren Bereichs ausweitend durchbricht.²¹ Dieses Verbot gilt selbst dann, wenn infolge seiner Beachtung strafwürdiges Verhalten straflos bleibt oder die gesetzliche Regelung missglückt erscheint.²² Als Unterfall des Analogieverbots hindert das Verschleifungsverbot, das Wort „bestimmter“ auch innerhalb seines möglichen Wortsinns so auszulegen, dass es vollständig in den Merkmalen „sexuell“ und „Weise“ aufgeht, also zwangsläufig mitverwirklicht ist, sobald diese Merkmale bejaht werden.²³ Zwar ließe sich das Wort „bestimmter“ innerhalb seines möglichen Wortsinns durchaus dahin verstehen, dass die Allgemeinheit der Berührung ihren Sexualbezug zuschreibt. Dieses Verständnis, das eine objektive Zuschreibung voraussetzen würde, kann aber nicht genügen, weil es sich schon aus der Formulierung „in sexueller Weise“ ergäbe. Von daher muss das Wort „bestimmter“ darauf hindeuten, dass es auf die Täterperspektive ankommt. Dies ist allerdings, wie gesagt, eine Begriffsdeutung, die im vom 4. Strafsenat breit diskutierten Meinungsspektrum nicht auftaucht, weil keine der von ihm erwogenen Meinungen die Bejahung des Merkmals von einem entsprechenden Beweggrund auf Seiten des Täters abhängig macht.

Mit Blick auf den Wortlaut ist als Zwischenergebnis festzuhalten: Ein Sexualbezug aus objektiver Sicht ist keine hinreichende Bedingung für die Bejahung des Merkmals „in sexuell bestimmter Weise“; entscheidend ist die entsprechende Zweckbestimmung durch die berührende Person.

b) Mangelnde Aussagekraft des Regelungsortes

Ebenso wenig überzeugt es, wenn der 4. Strafsenat die Maßgeblichkeit der zum Begriff der sexuellen Handlung im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB entwickelten objektiven und subjektiven Kriterien auch im Rahmen des § 184i Abs. 1 StGB damit begründen will, dass beide Vorschriften unmittelbar aufeinanderfolgend im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches geregelt seien und einheitlich dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dienen.²⁴

aa) Begriff der sexuellen Handlung in § 184h StGB

§ 184h StGB enthält entgegen seiner amtlichen Überschrift („Begriffsbestimmungen“) keine Legaldefinition

¹⁹ BGH 4 StR 570/17 Rn. 37 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

²⁰ A.A. Fischer, a.a.O. (Fn. 8), § 184i Rn. 5a; Hoven/Weigend JZ 2017, 182, 189.

²¹ Pohlreich, in: Bonner Kommentar, GG, Stand 1. Juni 2018, Art. 103 Abs. 2 Rn. 95 m.w.N. aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

²² BVerfGE 71, 108, 116; 92, 1, 13; vgl. auch BVerfGE 126, 170, 197 = HRRS 2010 Nr. 656; 130, 1, 43 = HRRS 2012 Nr. 27.

²³ Zum Verschleifungsverbot s. BVerfGE 87, 209, 229; 92, 1, 16 f.; 126, 170, 197 f. = HRRS 2010 Nr. 656; 130, 1, 44 = HRRS 2012 Nr. 27.

²⁴ BGH 4 StR 570/17 Rn. 29 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749; ähnlich schon Fischer, a.a.O. (Fn. 8), § 184i Rn. 2.

des sexualstrafrechtlichen Kernbegriffs²⁵ der „sexuellen Handlung“, sondern nur Anhaltspunkte für die Bestimmung seines Inhalts: Er soll demnach „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut“ zu beurteilen sein und ist nur dann zu bejahen, wenn die Handlungen „von einiger Erheblichkeit sind“. Vergleichsweise klar zu bejahen ist der Sexualbezug in Fällen, in denen die Handlung nach ihrem äußeren Erscheinungsbild als sexuell erscheint,²⁶ weswegen die Rechtsprechung hierunter jedenfalls Handlungen subsumiert, die bereits objektiv, also nach dem äußeren Erscheinungsbild einen Sexualbezug aufweisen,²⁷ und zwar unabhängig davon, ob die handelnde Person mit ihrem Verhalten eine geschlechtliche Erregung oder Befriedigung intendiert hat oder nicht.²⁸ Dass hier – anders als bei § 184i Abs. 1 StGB – ohne jeden Zweifel ein rein objektiver Maßstab seinen Platz hat, lässt sich damit begründen, dass es in § 184h Nr. 1 StGB um eine „sexuelle Handlung“ geht und nicht um eine „sexuell bestimmte Handlung“. Genügt demnach ein objektiver Maßstab, wird sich bei vielen Handlungen über das Vorliegen des Merkmals rasch Einigkeit erzielen lassen, etwa wenn ein männliches Glied stimuliert wird,²⁹ der (bekleidete oder unbekleidete) Vaginalbereich berührt wird³⁰ oder wenn Gegenstände in den Vaginal- oder Analbereich eingeführt werden.³¹ Freilich lässt sich selbst diese Sicherheit durchaus erschüttern. So hat der BGH zwar angedeutet, dass beim Legen eines Blasen- oder Analkatheters im Bereich der Vagina beziehungsweise des Anus die Annahme einer sexuellen Handlung wegen bereits objektiv eindeutigen Sexualbezugs nahe liege;³² richtigerweise wird man aber in Fällen des Einführens von Gegenständen nicht pauschal vorgehen dürfen, sondern zu berücksichtigen haben, um was für einen Gegenstand es sich handelt und in welcher Situation es zur Handlung gekommen ist, weil beispielsweise beim medizinisch oder pflegerisch indizierten Legen eines Blasenkatheters durch eine ärztliche oder pflegerische Fachkraft wohl niemand auf den Gedanken käme, diesem Vorgang bereits objektiv einen eindeutigen Sexualbezug beizumessen.

Noch schwerer erscheint die Beurteilung, wenn der Handlung erst durch einen bestimmten Kontext ein Sexualbezug zukommt. Beispielsweise weisen Fußmassa-

gen eher keinen sexuellen Charakter auf, wohl aber solche durch einen Fußfetischisten. Ähnliches gilt für Ohrfeigen im Zuge eines Streits einerseits (nicht sexuell) und solchen im Rahmen eines sadomasochistischen Kontakts (sexuell). Bei solchen Handlungen – der BGH spricht von „ambivalenten Tätigkeiten“ – soll es auf das Urteil eines objektiven Betrachters ankommen, der alle Umstände des Einzelfalles kennt, sowie darauf, ob die handelnde Person von sexuellen Absichten geleitet war.³³

Die bloße Absicht als solche soll allerdings nicht genügen. Nicht erfasst sind von daher objektiv vollkommen neutrale Handlungen, also solche, bei denen es schon an äußerlich erkennbaren Hinweisen für einen möglichen Sexualbezug fehlt. Dementsprechend erfasst § 184h Nr. 1 StGB beispielsweise keine Freiheitsberaubung in Gestalt des Einschließens in einen Raum, und zwar selbst dann nicht, wenn diese Handlung einem sexuellen Motiv entspringt.³⁴

bb) Keine Übertragbarkeit auf § 184i Abs. 1 StGB

Wenn der 4. Strafsenat die zu § 184h Nr. 1 StGB entwickelten Maßstäbe unbesehen auf § 184i Abs. 1 StGB übertragen will, übersieht er dabei einen entscheidenden Unterschied zwischen beiden Normen: § 184h Nr. 1 StGB ist – wie bereits seine amtliche Überschrift andeutet – eine reine Definitionsnorm und kann insofern für sich genommen keinen Rechtsgüterschutz bewirken, sondern erst im Zusammenspiel mit einer Strafnorm, die auf ihn verweist; demgegenüber beinhaltet § 184i Abs. 1 StGB einen eigenen und in sich geschlossenen Straftatbestand, ohne dass der Gesetzgeber ausdrücklich auf andere Vorschriften Bezug genommen hätte. Das hat unterschiedliche Folgen für die Auslegung beider Normen. Da § 184h Nr. 1 StGB wie erwähnt eine Definitionsnorm darstellt – also keinen Straftatbestand – und nicht nur ein Straftatbestand, sondern mehrere auf ihn verweisen und dabei unterschiedliche Aspekte der sexuellen Selbstbestimmung schützen, gibt es streng genommen keinen universellen Rechtsbegriff der „sexuellen Handlung“, der für alle auf § 184h Nr. 1 StGB verweisenden Tatbestände gälte, sondern allenfalls einen absoluten Begriffskern, da die Einzelheiten des Begriffsinhalts stets in Bezug auf den jeweiligen Straftatbestand, der auf § 184h Nr. 1 StGB Bezug nimmt, zu ermitteln sind. Hierfür spricht, dass der Gesetzgeber für die Begriffsbestimmung in § 184h Nr. 1 StGB „auf das jeweils geschützte Rechtsgut“ abgehoben hat. Ein Beispiel: Der Begriff der „sexuellen Handlung“ setzt zwar grundsätzlich nicht voraus, dass das Opfer die Handlung sinnlich wahrnimmt; hiervon soll aber eine Ausnahme zu machen sein, wenn ein auf § 184h Nr. 1 StGB verweisender Tatbestand etwas anderes bestimmt oder Schutzzweckerwägungen beim einzelnen Tatbestand eine Ausnahme rechtfertigen.³⁵ Auch erfasst der Begriff der „sexuellen Handlung“ grundsätzlich mehr Handlungen

²⁵ Vgl. die Bezugnahme auf den Begriff in § 174 Abs. 1 bis 3, § 174a Abs. 1 und 2, § 174b Abs. 1, § 174c Abs. 1 und 2, § 176 Abs. 1, 2 und 4, § 176a Abs. 2 Nr. 1, § 177 Abs. 1, 2 und 6 S. 1 Nr. 1, § 180 Abs. 1 bis 3, § 182 Abs. 1 bis 3, § 183a, § 184a S. 1, § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. a) sowie § 184c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB; vgl. darüber hinaus auch § 232 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a) sowie § 232 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 und 6 StGB.

²⁶ Hörnle, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184h Rn. 3 m.w.N.

²⁷ BGHSt 29, 336, 338; 61, 173, 176 = HRRS 2016 Nr. 536; BGHR StGB § 184g Nr. 1 Sexuelle Handlung = HRRS 2014, Nr. 1116; BGH NStZ-RR 1999, 357; NStZ-RR 2010, 240, 241 = HRRS 2010, Nr. 447.

²⁸ BGH NStZ-RR 2008, 339, 340 = HRRS 2008 Nr. 116; 2013, 10, 12; *El-Ghazi* StV 2018, 250, 251.

²⁹ BGHSt 61, 173, 176 = HRRS 2016, Nr. 536.

³⁰ BGH NStZ 2017, 527 = HRRS 2017 Nr. 719.

³¹ BGH NStZ-RR 2008, 339, 340 = HRRS 2008 Nr. 116; Hörnle, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184h Rn. 1.

³² BGH NStZ-RR 2013, 10, 12; offen gelassen auch in BGHSt 61, 173, 176 f. (= HRRS 2016 Nr. 536).

³³ BGHSt 61, 173, 176 m.w.N. = HRRS 2016 Nr. 536; BGH NStZ-RR 2008, 339, 340 = HRRS 2008 Nr. 116; kritisch *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. IV, 9. Aufl. (2017), § 184h Rn. 4.

³⁴ *Eisele*, a.a.O. (Fn. 4), § 184g Rn. 6; vgl. auch *Fischer*, a.a.O. (Fn. 8), § 184h Rn. 3; *Wolters*, a.a.O. (Fn. 33), § 184h Rn. 3; *Laubenthal*, in: Festschrift für Streng (2017), S. 87, 90.

³⁵ *Heger*, a.a.O. (Fn. 13), § 184h Nr. 4a m.w.N.

gen als § 184i Abs. 1 StGB, der eine körperliche Handlung – und damit einen physischen Kontakt mit dem Opfer voraussetzt: Eine „sexuelle Handlung“ kann zwar auch in einer Berührung liegen; erfasst ist aber darüber hinaus auch das berührungslose Präsentieren des Körpers in sexualisierten Posen oder akustisch vernehmbare Handlungen wie Stöhnen.³⁶ Doch gilt das nicht ausnahmslos, weil einige Straftatbestände wie § 176 Abs. 1 und 2 StGB durchaus einen körperlichen Kontakt zwischen dem Täter oder einem Dritten einerseits und dem Opfer andererseits voraussetzen.³⁷

Vor diesem Hintergrund vermag das unmittelbare Aufeinanderfolgen beider Vorschriften im Gesetz nicht zu erklären, warum die Formulierung „in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt“ in § 184i Abs. 1 StGB gleichbedeutend sein soll mit dem Begriff der „sexuellen Handlung“ in § 184h Nr. 1 StGB.

c) § 184i Abs. 1 StGB ist kein umfassender Auffangtatbestand

Auch wenn der 4. Strafsenat zur Begründung seines Standpunkts auf das Anliegen des historischen Gesetzgebers hinweist, „mit § 184i StGB solche Handlungen zu pönalisieren, die mangels Erreichens der Erheblichkeitsgrenze zwar keine sexuellen Handlungen im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB darstellen, aber gleichwohl sexuell belästigend wirken“,³⁸ und meint, es sei insofern folgerichtig, den von der Erheblichkeitsfrage zu trennenden Sexualbezug der Berührung so zu bestimmen wie bei der sexuellen Handlung gemäß § 184h Nr. 1 StGB, zumal der Gesetzgeber diesbezüglich keinen ergänzenden Regelungsbedarf gesehen habe,³⁹ greift dies zu kurz. § 184i Abs. 1 StGB im Ergebnis als umfassenden Auffangtatbestand für alle sexuellen Handlungen unterhalb der Erheblichkeitsgrenze des § 184h Nr. 1 StGB aufzufassen,⁴⁰ scheint schon deshalb zweifelhaft, weil sich das im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Regelungsmodell, als Alternative zur Schaffung eines neuen Tatbestandes der sexuellen Belästigung die Vorschrift des § 184h Nr. 1 StGB aufzuheben,⁴¹ gerade nicht durchgesetzt hatte. Stattdessen hat sich der Gesetzgeber für die Einführung eines neuen Tatbestandes entschieden, dessen Formulierung sich nicht an die des § 184h Nr. 1 StGB anlehnt.

d) Nicht jedes „Begripschen“ soll § 184i StGB unterfallen

Darüber hinaus muss die körperliche Berührung nach der Gesetzesbegründung zu § 184i Abs. 1 StGB als solche

sexuell motiviert gewesen sein, was nur „naheliegend“ – also nicht zwingend der Fall – sein soll, „wenn der Täter das Opfer an den Geschlechtsorganen berührt oder Handlungen vornimmt, die typischerweise eine sexuelle Intimität zwischen den Beteiligten voraussetzen (zum Beispiel Küssen des Mundes oder des Halses, ‚Begripschen‘ des Gesäßes).“⁴² Nach beiden vom 4. Strafsenat diskutierten Auffassungen wäre das Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ bei objektiv eindeutig sexualbezogenen Berührungen, namentlich dem Berühren an den Geschlechtsorganen, klar erfüllt. Das geht an der Gesetzesbegründung, derzufolge die Bejahung des Merkmals bei solchen Berührungen nur „naheliegend“ sein soll, vorbei. Die Gesetzesbegründung spricht dagegen, das Merkmal auch in Fällen, in denen es an einer sexuellen Motivation des Täters fehlt, zu bejahen.

Wenn der Strafsenat zunächst meint, sein Auslegungsergebnis stünde mit dieser Gesetzesbegründung im Einklang,⁴³ um kurz darauf festzustellen, dass eine an die Tätermotivation anknüpfende Auslegung in Widerspruch zu Sinn und Zweck des § 184i StGB, dem Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, im Widerspruch stehe,⁴⁴ irritiert dies. In Wahrheit macht er damit deutlich, selbst erkannt zu haben, dass sein Standpunkt der Gesetzesbegründung zuwiderläuft, und dass er einem teleologischen Verständnis der Norm den Vorrang einräumt. Er begründet dies damit, dass der Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB „in erheblichem Maße“ eingeschränkt wäre, wenn er eine sexuelle Tätermotivation voraussetze, „da gerade bei den von § 184i StGB ins Auge gefassten Berührungen (vgl. BT-Drucks. 18/9097, S. 29 f.: u.a. flüchtiger Griff in den Schritt, ‚Begripschen des Gesäßes‘) häufig keine eigentliche sexuelle Motivation des Täters – insbesondere in Form eines angestrebten Lustgewinns – feststellbar sein wird. Vielmehr werden solche Berührungen oftmals aus anderen Gründen erfolgen, etwa um das Gegenüber zu belästigen, zu demütigen oder durch Distanzlosigkeit zu provozieren. An der Beeinträchtigung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung ändert sich hierdurch aber nichts.“⁴⁵ Die zu § 184h Nr. 1 StGB entwickelten Grundsätze, wonach bei objektivem Sexualbezug das Fehlen sexueller Beweggründe auf Seiten des Täters der Annahme einer sexuellen Handlung nicht entgegenstünden, gölten auch für die Auslegung von § 184i Abs. 1 StGB. Der „teilweise in eine andere Richtung weisenden Gesetzesbegründung“ sei keine bewusste Abkehr von den vorgenannten Grundsätzen zu entnehmen, zumal der Gesetzgeber Fallgestaltungen äußerlich eindeutig sexualbezogener Körperkontakte bei fehlender sexueller Motivation „offenbar“ lediglich nicht im Blick gehabt habe.⁴⁶ Das mit der Vorschrift verfolgte gesetzgeberische Anliegen würde verfehlt, wenn man § 184i Abs. 1 StGB nur bei einem sich aus dem äußeren Erscheinungsbild der Berührung ergebendem Sexualbezug bejahte, weil gerade im Bereich von Körperkontakten

³⁶ Vgl. BT-Drucks. VI/3521, 25; BGHSt 41, 285, 287; 60, 44, 46 = HRRS 2014 Nr. 1090; Heger, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 8; Hörnle, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 184h Rn. 2 m.w.N.
³⁷ BGH NSTZ-RR 2017, 140, 141 m.w.N. = HRRS 2017 Nr. 432.
³⁸ BGH 4 StR 570/17 Rn. 30 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf BT-Drucks. 18/9097, 30.
³⁹ BGH 4 StR 570/17 Rn. 30 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.
⁴⁰ In diesem Sinne auch Ziegler, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 2.
⁴¹ Vgl. auch den Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Die Linke in BT-Drucks. 18/7719, passim, und BT-Drucks. 18/9097, 19 f., sowie die Diskussion in der Sachverständigenanhörung, abgedruckt in BT-Prot. 18/101.

⁴² BT-Drucks. 18/9097, 30.
⁴³ BGH 4 StR 570/17 Rn. 31 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.
⁴⁴ BGH 4 StR 570/17 Rn. 32 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.
⁴⁵ BGH 4 StR 570/17 Rn. 32 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.
⁴⁶ BGH 4 StR 570/17 Rn. 33 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

unterhalb der Erheblichkeitsgrenze des § 184h Nr. 1 StGB zahlreiche Formen äußerlich „ambivalenter Berührungen“ denkbar seien, bei denen sich der Sexualbezug erst aus den Begleitumständen, etwaigen sexuellen Absichten des Täters oder flankierenden Äußerungen ergebe.⁴⁷

Das überzeugt schon im Ansatz nicht, weil mit dem schlanken Hinweis darauf, dass § 184i StGB die sexuelle Selbstbestimmung schützt, ungeachtet der Richtigkeit dieses Hinweises in der Sache⁴⁸ für die Tatbestandsauslegung wenig gewonnen ist, zumal diese Selbstbestimmung nicht allumfassend, sondern nur vor im Tatbestand näher bezeichneten Angriffshandlungen geschützt ist. Bei der im Auslegungswege zu leistenden näheren Konkretisierung, wie diese Angriffshandlungen genau beschaffen sein müssen, um vom gesetzlichen Tatbestand erfasst zu sein, auf Schutzzweckerwägungen abzuheben und dabei sowohl den Normwortlaut als auch die gesetzgeberische Intention zu missachten, kann deshalb nur in die Irre führen. Der Tatbestand soll die sexuelle Selbstbestimmung von Personen vor sexuell motivierten Körperberührungen schützen, die belästigend wirken.

aa) Dichotomie von „ambivalenten“ und „neutralen“ Berührungen als Irrweg

Die hier vertretene Abhängigkeit der Tatbestandsverwirklichung von einer sexuellen Motivation auf Seiten der berührenden Person ist sinnvoll, weil es – von Evidenzfällen einmal abgesehen – aufgrund sich wandelnder gesellschaftlicher Vorstellungen von Sexualität zunehmend schwer fallen wird, die Grenze zwischen „ambivalenten Berührungen“ einerseits und objektiv völlig neutralen Berührungen andererseits zu ziehen, mit deren Verortung die Frage nach der Strafbarkeit steht und fällt. Die Dichotomie von „ambivalenten Berührungen“, die unter bestimmten Voraussetzungen einen Sexualbezug aufweisen können, und objektiv neutralen, die diese Eigenschaft nicht erfüllen, beruht auf der Prämisse, dass die menschliche Sexualität in ihrer Variabilität begrenzt ist. Tatsächlich lassen sich aber die Handlungen, mit denen Menschen ihre sexuellen Triebe zu befriedigen suchen, kaum abschließend bestimmen. Das Bemühen, sexualitätsbezogene Handlungen universell zu definieren, ist schon deshalb von vornherein zum Scheitern verurteilt, weil die menschliche Sexualität vielfältige Formen kennt und diese Formen mitunter für die meisten Menschen neutral sind, für einige aber eben geradezu Voraussetzung für das Empfinden sexueller Lust. Man tut insofern gut daran, darauf abzustellen, ob die berührende Person mit ihrer Handlung sexuelle Stimulation für sich oder eine andere Person erreichen wollte, weil sich ein deutlicheres Kriterium für die Unterscheidung zwischen neutralen und sexuell bestimmten Berührungen kaum finden lassen wird. Dieses Kriterium ist im Übrigen beispielsweise bei der strafrechtlichen Einordnung von ärztlichen oder pflegerischen Maßnahmen hilfreich, die

einen Körperkontakt mit dem Genitalbereich der zu behandelnden Person einschließen. Stattdessen darauf abzustellen, ob die Maßnahme de lege artis vorgenommen wurde,⁴⁹ erscheint – auch wenn hierin durchaus ein Indiz für einen Sexualbezug gesehen werden kann – als alleiniges Kriterium wenig zielführend, weil auch eine entgegen den Kunstregeln ausgeführte ärztliche oder pflegerische Maßnahme nicht notwendig einen Sexualbezug aufweisen muss, sondern ebenso gut schlicht Ausdruck von Stümperhaftigkeit sein kann.

bb) Kein geringerer Rechtsgüterschutz bei Abheben auf Motivation

Die Abhängigkeit der Strafbarkeit nach § 184i Abs. 1 StGB von einer sexuellen Motivation auf Seiten der berührenden Person führt nicht notwendigerweise zu einem geringeren strafrechtlichen Schutz berührter Personen. Die Sphäre des Strafbaren verschiebt sich nur. Sachverhalte wie der dem hier besprochenen Beschluss zugrundeliegende wären nach hier vertretener Auffassung nicht ohne weiteres von § 184i Abs. 1 StGB umfasst. Es wäre im Fall der Angeklagten S. allerdings durchaus vorstellbar, dass sie mit dem Kniff eine sexuelle Motivation verfolgte. Vom Standpunkt des 4. Strafsenates aus betrachtet war es nur konsequent, es für unerheblich zu erachten, dass das Vordergericht keine sexuelle Motivation der Angeklagten festgestellt hatte. Dass die Angeklagte aber, wie der 4. Strafsenat meint, „naheliegender allein aus Renitenz und zur Provokation der Geschädigten handelte“⁵⁰ – und damit nicht aus sexuellen Motiven –, darf man sehr wohl hinterfragen, zumal nicht nur der Kniff, sondern auch das Verhalten der Angeklagten im Tatkomplex, dessentwegen sie wegen Geiselnahme in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden war, durchaus auf einen bei der Angeklagten vorliegenden sexuellen Sadismus hindeuten könnte. Freilich lässt sich hierüber mangels landgerichtlicher Feststellungen hierzu und der revisionsgerichtlichen Billigung dieses Mangels nur spekulieren. Hätte der 4. Strafsenat mit seiner Einschätzung recht, wäre eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen sexueller Belästigung entgegen seiner Auffassung ausgeschlossen.

cc) Möglichkeit einer Strafbarkeit auch „neutraler“ Berührungen

Demgegenüber erfüllen „neutrale“ körperliche Berührungen, sofern dahinter eine sexuelle Motivation des Täters steht, sehr wohl die an eine tatbestandliche Handlung im Sinne von § 184i Abs. 1 StGB zu stellenden Anforderungen, weswegen beispielsweise Berührungen des Fußes einer anderen Person durch einen Fußfetischisten durchaus eine sexuelle Belästigung sein können. Die im Schrifttum anzutreffende gegenteilige Auffassung⁵¹ ist schwer nachvollziehbar, weil sie weder erläutert noch es sich von selbst versteht, warum solche Berührungen „neutral“ sein sollen. Hier scheint aus dem Blick geraten

⁴⁷ BGH 4 StR 570/17 Rn. 34 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

⁴⁸ BT-Drucks. 18/9097, 30; *Frommel*, a.a.O. (Fn. 10), § 184i Rn. 2; *Renzikowski*, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 184i Rn. 1; *ders.* NJW 2016, 3553, 3557; *Noltenius*, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 2.

⁴⁹ In diese Richtung plädiert wohl *Frommel*, a.a.O. (Fn. 10), § 184i Rn. 5.

⁵⁰ BGH 4 StR 570/17 Rn. 38 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

⁵¹ *Hoven/Weigend* JZ 2017, 182, 189; vgl. auch *Noltenius*, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 5; *Ziegler*, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 5.

zu sein, dass für Fetischisten im sexualpsychiatrischen Sinne bestimmte Gegenstände oder Körperteile die Voraussetzung zur Erreichung sexueller Erregung oder des Orgasmus bilden.⁵² Schon im Jahr 1887 beschrieb der französische Psychologe *Alfred Binet*, auf den der Begriff „Fetisch“ zurückgeht, mit ihm das starke oder ausschließliche sexuelle Interesse an bestimmten Objekten oder Körperteilen.⁵³ Nimmt man den Begriff beim Wort, erscheint schwer vorstellbar, wie ein Fetischist das von ihm für sexuell erregend empfundene Körperteil einer anderen Person berühren und dies eine sexuell „neutrale“ Handlung sein soll.

dd) Erfordernis eines unmittelbaren Sexualbezugs

Hörnle hat darauf hingewiesen, dass der im Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ liegende Verweis auf die Beweggründe des Handelnden in Kombination mit einer vom Opferbefinden abhängigen Deutung des Merkmals „dadurch belästigt“ zu einem sehr weiten Anwendungsbereich des § 184i StGB führe, weil dann auch sozialübliche, aber erfolglose körperliche Annäherungen erfasst würden: „Konsequenz der weiten Auslegung wäre eine Gesellschaft mit strikter körperlicher Distanz, in der sexuelles Interesse ausschließlich verbal bekundet werden dürfte. Ob dies wünschenswert ist, ist zweifelhaft; zweifellos würde mit solchen erzieherischen Vorgaben die Aufgabe des Strafrechts überdehnt.“⁵⁴ In eine ähnliche Richtung argumentiert *Noltenius*, derzufolge auch ein Wangenkuss den Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB erfüllen könne, nämlich wenn „der Täter einer Fremden auf der Straße oder im Zug unvermittelt einen Wangenkuss gibt und dabei noch das Überraschungsmoment ausnutzt“, weil sich die entgegengesetzte Gesetzesbegründung nicht im Normwortlaut niedergeschlagen habe.⁵⁵

Diese Einwände greifen nicht durch. Der Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB erhält durch die hier vertretene Auslegung keine uferlose Reichweite, weil durch das gesetzliche Erfordernis einer körperlichen Berührung nicht die ganze Variationsbreite der menschlichen Sexualität erfasst ist: Sine qua non sind beispielsweise autoerotisch strukturierte sexuelle Betätigungen, Exhibitionismus oder Voyeurismus von § 184i Abs. 1 StGB nicht erfasst. Überdies lässt sich der Gefahr ausufernder Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung nicht nur durch ein objektives Verständnis des Merkmals begegnen, sondern ebenso gut auch dann, wenn man auf die hinter der Tat stehende Motivation der berührenden Person abhebt und zugleich in die Bestimmtheit ein Unmittelbarkeitskriterium hineinliest: Sexuell bestimmt wären Berührungen demnach nicht schon, wenn sie auf die Anbahnung eines in der Zukunft liegenden Sexualkontakts abzielen, sondern erst

dann, wenn schon die Berührung selbst nach den Motiven der berührenden Person einen unmittelbaren Sexualbezug aufweist.⁵⁶ Für diese Lesart spricht, dass eine Berührung ausweislich der Gesetzesbegründung nur dann „sexuell“ ist, wenn sie die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers tangiert, was bei Berührungen, die erst auf einen späteren Sexualkontakt mit dem Opfer abzielen wie etwa einem einfachen In-den-Arm-Nehmen oder dem schlichten Kuss auf die Wange,⁵⁷ nicht ohne weiteres erfüllt sein dürfte.⁵⁸

Dass sich der nach den Gesetzgebungsmaterialien im Einzelfall vorzunehmende Ausschluss niedrigschwelliger Kontakte – zum Beispiel eines Wangenkusses – nicht ausdrücklich dem Wortlaut entnehmen lässt, führt nicht dazu, dass solche Kontakte tatbestandsmäßig wären: Wenn ein Verhalten bei einer systematischen, gesetzgebungshistorischen oder teleologischen Auslegung einer Strafnorm straflos ist, hat das Strafgericht die gesetzgeberische Entscheidung für die Straflosigkeit selbst dann hinzunehmen und die Norm restriktiv auszulegen, wenn der weiterreichende Wortlaut der Norm eine Strafbarkeit an sich zuließe. Andernfalls ist das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG verletzt.⁵⁹

2. Anforderungen an den Belästigungserfolg

Zum in § 184i Abs. 1 StGB vorausgesetzten Belästigungserfolg führt der Strafsenat aus, es reiche hierzu „nicht jede Form von subjektiv empfundener Beeinträchtigung“ aus, sondern es müsse sich angesichts des Schutzguts der im 13. Abschnitt verorteten Strafnorm und ihrer amtlichen Überschrift gerade um eine „sexuelle Belästigung“ handeln, bei welcher die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers tangiert sei.⁶⁰ Gemessen an diesem Maßstab sei bei der Geschädigten der Belästigungserfolg eingetreten, weil das Vordergericht festgestellt habe, dass die Geschädigte den Vorfall als peinlich empfunden und sich geekelt habe.⁶¹ Der in der Literatur geführte Streit, ob der Belästigungserfolg vom individuellen Empfinden des Tatopfers abhängt⁶² oder ob zusätzlich eine objektiv zu beurteilende Belästigungseignung vorauszusetzen sei,⁶³ könne dahinstehen, weil die Berührung im Schritt der Geschädigten „ohne Weiteres geeignet war, sexuell belästigend zu wirken“.⁶⁴

Anstatt es bei dieser Feststellung zu belassen, nimmt der 4. Strafsenat in einem obiter dictum zum Streit Stellung:

⁵² Vgl. Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde/Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (Hg.), *Behandlungsleitlinie Störungen der sexuellen Präferenz*, 2007, S. 12; speziell zum Fußfetischismus s. *Weinberg/Williams/Calhan*, *Archives of Sexual Behavior* 23 (1994), S. 611 ff.; *dies.*, *The Journal of Sex Research* 32 (1995), S. 17 ff.
⁵³ *Binet*, *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger* 24 (1887), S. 142 ff.
⁵⁴ *Hörnle* *NSStZ* 2017, 13, 20.
⁵⁵ *Ziegler*, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 4 und 8.

⁵⁶ So auch *Burghardt/Steinl* *JZ* 2018, 1110, 1111.
⁵⁷ *BT-Drucks.* 18/9097, 30.
⁵⁸ Vgl. *Hoven/Weigend* *JZ* 2017, 182, 189.
⁵⁹ *BVerfGE* 82, 236, 270 f.; 87, 399, 411; 126, 170, 198 = *HRRS* 2010 Nr. 656.
⁶⁰ *BGH* 4 StR 570/17 Rn. 39 = *NJW* 2018, 2655 ff. = *HRRS* 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf *Fischer*, a.a.O. (Fn. 8), § 184i Rn. 6; *Ziegler*, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 8.
⁶¹ *BGH* 4 StR 570/17 Rn. 39 = *NJW* 2018, 2655 ff. = *HRRS* 2018 Nr. 749.
⁶² *Heger*, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 3; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 8), § 184i Rn. 6; *Ziegler*, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 7; *Hoven/Weigend* *JZ* 2017, 182, 189.
⁶³ *Renzikowski*, in: *MK-StGB*, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184i Rn. 10; *Noltenius*, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 6.
⁶⁴ *BGH* 4 StR 570/17 Rn. 40 = *NJW* 2018, 2655 ff. = *HRRS* 2018 Nr. 749.

Er neige zur Auffassung, dass es nicht allein auf das subjektive Empfinden des Opfers ankomme, sondern dass die Berührung auch bei wertender Betrachtung objektiv geeignet sein müsse, sexuell belästigend zu wirken.⁶⁵ Mit der Gesetzesbegründung stimmt das nicht überein: Danach setzt die Annahme eines Belästigungserfolges voraus, „dass die Handlung das Opfer in seinem Empfinden nicht unerheblich beeinträchtigt“, wovon bei Handlungen gegen den erkennbaren Willen des Opfers oder unter Ausnutzung der in § 177 StGB aufgeführten Situationen regelmäßig auszugehen sein soll. An einer Belästigung soll es fehlen, wenn die betreffende Person eingewilligt oder der Vorgang bei ihr nur Interesse, Verwunderung oder Vergnügen ausgelöst hat.⁶⁶ Wenn der 4. Strafsenat die Vereinbarkeit seines Standpunktes mit der Gesetzesbegründung daraus herleiten will, diese Weise in Richtung eines gemischt objektiv-subjektiven Maßstabs, weil ihrzufolge bloße Ärgernisse, Ungehörigkeiten oder Distanzlosigkeiten nicht ohne Weiteres dazu geeignet seien, die sexuelle Selbstbestimmung zu beeinträchtigen,⁶⁷ geht dieser Begründungsversuch fehl, weil er den an den Belästigungserfolg anzulegenden Maßstab mit den Anforderungen an den Sexualitätsbezug der körperlichen Berührung – genau hierauf bezog sich der Gesetzgeber mit der vom Strafsenat in Anspruch genommenen Erläuterung in Wahrheit – vermischt.

Der zwischen der Auffassung des 4. Strafsenats und der Gesetzesbegründung insofern bestehende Unterschied stellt vom Standpunkt des Analogieverbots in Art. 103 Abs. 2 GG betrachtet kein Problem dar, weil der 4. Strafsenat im Ergebnis die Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung nicht über den Wortlaut des § 184i StGB und den dahinter stehenden gesetzgeberischen Willen hinaus ausdehnt, sondern sich das vom Strafsenat favorisierte zusätzliche Erfordernis einer objektiven Belästigungseignung der tatbestandlichen Berührung den Bereich des nach § 184i Abs. 1 StGB Strafbaren verkleinert.

Die entscheidende Frage scheint von daher weniger eine der Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot zu sein; vielmehr fragt sich, ob sich dieses Erfordernis dogmatisch sauber aus § 184i Abs. 1 StGB herleiten lässt. Der Wortlaut spricht eher für einen rein subjektiven Maßstab, nimmt der Gesetzgeber mit dem Begriff „belästigt“ doch auf einen inneren, einer Verobjektivierung kaum zugänglichen Zustand der betroffenen Person Bezug.⁶⁸ Dieses Auslegungsergebnis deckt sich, wie gesagt, auch mit der Gesetzesbegründung. Wenn eine körperliche Berührung den in § 184i Abs. 1 StGB vorausgesetzten Sexualitätsbezug aufweist und über eine Bagatelle hinausgeht, die mangels Eignung, die sexuelle Selbstbestimmung zu beeinträchtigen, ihrer Eigenschaft als „sexuell“ entgegensteht, kommt es für den Belästigungserfolg nicht mehr auf objektive Kriterien an, weil diese bereits in die Beurteilung des Sexualitätsbezugs eingeflossen sind.

⁶⁵ BGH 4 StR 570/17 Rn. 40 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

⁶⁶ BT-Drucks. 18/9097, 30.

⁶⁷ BGH 4 StR 570/17 Rn. 40 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf BT-Drucks. 18/9097, 30.

⁶⁸ Fischer, a.a.O. (Fn. 8), § 184i Rn. 6; Hoven/Weigend JZ 2017, 182, 189.

Auch aus Schutzgesichtspunkten spricht viel für einen rein subjektiven Maßstab, weil nicht einsichtig ist, warum bei einem Delikt, dem es um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung geht, die Schutzweite von objektiven – und damit von der Opferperspektive losgelösten – Maßstäben abhängen soll.⁶⁹ Wer dem entgegenhält, subjektive Empfindungen könnten keinen Maßstab für die Frage bilden, ob ein Verhalten Freiheiten verletze oder nicht,⁷⁰ gleichzeitig aber die vom Tatbestand geschützte sexuelle Selbstbestimmung zutreffend definiert als „das Recht des Einzelnen, unabhängig welchen Geschlechts, frei darüber zu entscheiden, ob es zu dieser Zeit, an diesem Ort und von dieser Person in ein sexualbezogenes Geschehen einbezogen werden will oder nicht“,⁷¹ sollte erklären, warum es auf etwas anderes als das Opferbefinden ankommen soll. Nimmt man den Begriff der „Selbstbestimmung“ ernst, kommt man nicht umhin, die Opferperspektive in die Beurteilung der Handlung miteinzubeziehen. Wenn es um den Schutz der Freiheit des Opfers geht, bestimmte Sexualkontakte zu wählen oder abzulehnen, erscheint es schwer nachvollziehbar, warum dieser Schutz davon abhängen soll, ob die körperliche Berührung dem Opfer noch zumutbar war oder nicht. Soweit der 4. Strafsenat mit seinem Standpunkt „der tatbestandlichen Reichweite von § 184i StGB“ Rechnung tragen will,⁷² ließen sich Fallgestaltungen, in denen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 184i Abs. 1 StGB an sich erfüllt sind, das Belästigungsgefühl der betroffenen Person aus objektiver Sicht aber schlechterdings nicht nachvollziehbar – da überzogen – ist, mit der Lehre von der objektiven Zurechnung oder durch einen Vorsatzausschluss in den Griff bekommen.

3. Mit dem Analogieverbot vereinbare Auslegung der Subsidiaritätsklausel

Unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung vertritt ein Teil der Literatur die Auffassung, dass § 184i Abs. 1 StGB formell subsidiär nur zu Delikten mit identischer Schutzwirkung ist.⁷³ Im Lichte des weiterreichenden Normwortlauts meinen Vertreter der Gegenauffassung, eine Strafbarkeit nach § 184i Abs. 1 StGB scheidet nicht nur bei schwereren Sexualdelikten aus, sondern auch in Fällen von §§ 223 ff. oder § 240 StGB.⁷⁴ Mit dem hier besprochenen Beschluss schließt sich der 4. Strafsenat dieser Auffassung an, obwohl er zur Kenntnis nimmt, dass § 184i Abs. 1 StGB nach der Gesetzesbegründung nur eingreifen soll, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften, die eine „vergleichbare Schutzrichtung aufwei-

⁶⁹ Ähnlich Burghardt/Steinl JZ 2018, 1110, 1111.

⁷⁰ Noltenius, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 2 und 6.

⁷¹ Noltenius, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 2.

⁷² BGH 4 StR 570/17 Rn. 40 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

⁷³ Hörnle NSTz 2017, 13, 20; vgl. auch Joecks/Jäger, a.a.O. (Fn. 14), § 184i Rn. 7.

⁷⁴ Fischer, a.a.O. (Fn. 8), § 184i Rn. 16; Heger, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rdnr. 6; Noltenius, a.a.O. (Fn. 13), § 184i Rn. 13; noch weitergehend Renzikowski, in: MK-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184i Rn. 14 (unter Hinweis auf BGHSt 43, 237, 238 f.; BGH, NJW 2002, 2188), demzufolge eine auf Vorschriften mit identischer Schutzrichtung beschränkte Auslegung der Subsidiaritätsklausel gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstieße, weil diese Beschränkung im Wortlaut des § 184i StGB keinen Niederschlag gefunden habe.

sen“, mit schwererer Strafe bedroht ist.⁷⁵ Hierauf gestützt und unter Nennung möglicher Gründe für eine Strafbarkeit der Angeklagten S. wegen Körperverletzung⁷⁶ gelangt der Strafsenat zum Ergebnis, dass das Vordergericht es versäumt habe, sich mit der Frage einer möglichen Strafbarkeit allein wegen Körperverletzung auseinanderzusetzen, deren Bejahung zur Folge hätte, dass eine Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung nach § 184i Abs. 1 StGB ausschiede.⁷⁷ Das vom 4. Strafsenat favorisierte Verständnis der Subsidiaritätsklausel ist zwar aus zwei Gründen erläuterungsbedürftig, aber zutreffend.

a) Beschwer trotz Verurteilung wegen des mildereren Delikts

Erläuterungsbedürftig erscheint zum einen, ob die rechtsfehlerhaft versäumte Auseinandersetzung mit einer möglichen Strafbarkeit der Angeklagten wegen des – vergleichen mit § 184i Abs. 1 StGB – vom Strafrahmen her schwereren Delikts der Körperverletzung die Angeklagte beschwert. Dies bejaht der Strafsenat zu recht, weil zu milde Schuldsprüche die Betroffenen beschweren, wenn das vom Tatgericht angewandte Strafgesetz völlig verschieden ist von demjenigen, das in Wahrheit verletzt worden ist. Dies muss auch dann gelten, wenn der Strafbarkeit lediglich die formelle Subsidiarität einer Vorschrift entgegensteht, da auch das Nichteingreifen der Subsidiaritätsklausel Voraussetzung der Strafbarkeit ist.⁷⁸ Dementsprechend kann hier der Schuldspruch wegen sexueller Belästigung keinen Bestand haben, da sich die Schutzgüter des § 184i StGB und des § 223 StGB voneinander unterscheiden und das Landgericht bei seiner Strafzumessung hinsichtlich des Kniffs in den Genitalbereich allein auf Gesichtspunkte im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Delikts gegen die sexuelle Selbstbestimmung abgestellt hat. Auch wenn bei der Strafzumessung die Verwirklichung eines formell subsidiären Delikts berücksichtigungsfähig ist, ist nicht auszuschließen, dass sich das Landgericht angesichts der nicht unbedeutlichen Strafhöhe gerade von einem entsprechenden Schuldspruch wegen sexueller Belästigung leiten ließ.⁷⁹

b) Bestimmung der Subsidiaritätsklausel anhand des gesetzgeberischen Willens

Erläuterungsbedürftig ist zweitens der Punkt, warum sich die Subsidiaritätsklausel in § 184i Abs. 1 StGB auf alle Strafvorschriften mit schwererer Strafordnung und nicht nur solche des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuches bezieht. Der 4. Strafsenat erkennt, dass die Subsidiaritätsklausel ausweislich der Gesetzesbegründung nur Straftatbestände erfassen soll, die eine mit § 184i StGB

vergleichbare Schutzrichtung aufweisen,⁸⁰ misst diesem Umstand aber kein durchgreifendes Gewicht bei, weil dieser gesetzgeberische Wille im Wortlaut des § 184i Abs. 1 StGB keinen Niederschlag gefunden habe und damit unbeachtlich sei, da der Wortlaut die äußerste Grenze der Auslegung bilde.⁸¹

aa) Normwortlaut als äußerste Grenze

In der Tat wird die äußerste, aus Gründen des Art. 103 Abs. 2 GG für die Strafgerichte unüberwindbare Grenze durch den Wortlaut einer Norm gezogen,⁸² weswegen der grammatischen Auslegung im Bereich des materiellen Strafrechts eine herausragende Rolle zukommt.⁸³ Wenn die Wortlautgrenze, wie auch der 4. Strafsenat erkennt, aber nur die äußerste Grenze der Strafnorminterpretation bildet, impliziert dies, dass die Grenze im Einzelfall durchaus enger ausfallen kann. Der Strafsenat setzt sich in den Beschlussgründen zwar nicht mit der Möglichkeit einer engeren Grenze im Fall der Subsidiaritätsklausel des § 184i Abs. 1 StGB auseinander. Das schadet aber nicht, weil es bei dieser Subsidiaritätsklausel um keinen Fall geht, bei dem die Strafbarkeitsgrenze enger zu ziehen wäre als die Wortlautgrenze.

bb) Engere Grenze bei gesetzgeberischem Willen

Wie bereits erwähnt, folgt aus dem Analogieverbot, dass ein aus Sicht systematischer, gesetzgebungshistorischer oder teleologischer Normauslegung strafloses Verhalten auch dann nicht bestraft werden darf, wenn der weiter reichende Wortlaut der Norm eine Strafbarkeit an sich zuließe. Vielmehr hält das Analogieverbot die Strafgerichte an, Strafnormen in solchen Fällen restriktiv auszuulegen.⁸⁴ Das muss aber nicht nur im Fall einer gesetzgeberischen Entscheidung für die Strafflosigkeit gelten, sondern auch für Fälle gesetzlicher Subsidiaritätsregelungen, die der Gesetzgeber eng verstanden wissen will. Weil das an die Gesetzgebung adressierte Gebot gesetzlicher Bestimmtheit in Art. 103 Abs. 2 GG sich nicht nur auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit, sondern auch auf die strafrechtlichen Rechtsfolgen erstreckt,⁸⁵ müssen sich dem Strafgesetz grundsätzlich eine Mindeststrafe und eine Sanktionsobergrenze entnehmen lassen.⁸⁶ Das hat Folgen für die Gesetzesauslegung, denn das Analogieverbot ist Kehrseite des Verfassungspostulats der Strafgesetzesbestimmtheit insofern, als es sicherstellt, dass auch wirklich nur der Gesetzgeber die abstrakten Entscheidungen über die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen des abstrakt Strafbaren geregelt

⁷⁵ BGH 4 StR 570/17 Rn. 43 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf BT-Drucks. 18/9097, 30.

⁷⁶ BGH 4 StR 570/17 Rn. 44 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

⁷⁷ BGH 4 StR 570/17 Rn. 42 ff. = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

⁷⁸ BGH 4 StR 570/17 Rn. 46 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749.

⁷⁹ BGH 4 StR 570/17 Rn. 47 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749; krit. *Burghardt/Steinl* JZ 2018, 1110, 1112.

⁸⁰ BGH 4 StR 570/17 Rn. 43 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749, unter Hinweis auf BT-Drucks. 18/9097, 30.

⁸¹ BGH 4 StR 570/17 Rn. 43 = NJW 2018, 2655 ff. = HRRS 2018 Nr. 749; hinsichtlich des grammatischen Auslegungsergebnisses krit. *Burghardt/Steinl* JZ 2018, 1110, 1112.

⁸² BVerfGE 71, 108, 115; 75, 329, 341; 85, 69, 73; 87, 209, 224; 126, 170, 197 = HRRS 2010 Nr. 656; 130, 1, 11443 = HRRS 2012 Nr. 27.

⁸³ BVerfGE 105, 135, 157; 110, 226, 248 = HRRS 2004 Nr. 238; vgl. schon BVerfGE 92, 1, 12. (11)

⁸⁴ S.o. unter II. 1. d) dd).

⁸⁵ BVerfGE 25, 269, 285 f.; 105, 135, 153 f.; BVerfGE 4, 261, 264 f. = HRRS 2005 Nr. 132; vgl. auch BGHSt 3, 259, 262; 28, 72, 74.

⁸⁶ BVerfGE 105, 135, 156.

und die Rechtsprechung nicht in diese exklusiv der Legislative vorbehaltene Domäne übergegriffen hat.⁸⁷ Dann aber muss sich das Analogieverbot, das die Rechtsprechung selbst im Fall eines weiterreichenden Wortlauts auf den gesetzgeberischen Willen verpflichtet, auch auf die Rechtsfolgen der Strafe erstrecken. Diese Rechtsfolgen schließen gesetzliche Subsidiaritätsklauseln wie § 184i Abs. 1 StGB ein, weil solche Klauseln den konkreten Strafrahmen, aus dem das Strafgericht schöpfen darf, mitbestimmen.

All dies gilt freilich nur für täterungünstige Analogien.⁸⁸ Wirkt sich die vom 4. Strafsenat favorisierte Anwendung der Subsidiaritätsklausel auf alle Tatbestände im Ergebnis zugunsten der Betroffenen aus, wäre das Abstellen allein auf den Normwortlaut vom Standpunkt des Art. 103 Abs. 2 GG unbedenklich. Dass sich die vom 4. Strafsenat favorisierte Lösung zugunsten der Betroffenen auswirkt, lässt sich freilich nicht mit den zur Beschwer der Angeklagten S. angestellten Erwägungen begründen. Im Gegensatz zur Beschwer, die gerade individuell in Bezug auf den jeweiligen Rechtsmittelführer zu bestimmen ist,⁸⁹ gilt für Art. 103 Abs. 2 GG ein objektiver Maßstab: Da es dem Verfassungssatz (auch) um die Erkennbarkeit strafrechtlicher Reaktionen für alle Bürgerinnen und Bürger geht, denen der Strafgesetzgeber die Grenze des straffreien Raumes klar vor Augen zu führen hat,⁹⁰ kann es bei der Frage, ob eine Bestrafung mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist, nicht auf einen individuellen Maßstab ankommen, sondern allein auf einen generalisierenden Maßstab.⁹¹ Es kommt also auf einen abstrakten Vergleich der Folgen des vom 4. Strafsenat vertretenen Verständnisses der Subsidiaritätsklausel und eines Verständnisses, wonach die Klausel nur auf Tatbestände mit identischer Schutzwirkung Anwendung findet, an.

cc) Folgen der Auslegung der Subsidiaritätsklausel

Als Folge der Rechtsauffassung des 4. Strafsenats ist in Fällen, in denen ein und dieselbe Handlung sowohl eine sexuelle Belästigung darstellt als auch einen anderen Tatbestand verwirklicht, nach dem anderen Tatbestand zu verurteilen und für die Strafzumessung allein dessen Strafrahmen maßgeblich. Im Fall der Angeklagten S. wäre, unterstellt ihr Verhalten erfüllt die Voraussetzungen einer Körperverletzung, mithin allein der Strafrahmen des § 223 Abs. 1 StGB maßgeblich. Wäre die Subsidiaritätsklausel dagegen auf Tatbestände mit identischer Schutzwirkung beschränkt, wäre in Fällen, in denen dieselbe Handlung sowohl § 184i Abs. 1 StGB als auch § 223 Abs. 1 StGB erfüllt, Tateinheit anzunehmen mit der Folge, dass gemäß § 52 Abs. 2 S. 1 StGB die Strafe zwar nach § 223 Abs. 1 StGB zu bestimmen wäre; wegen § 52 Abs. 2 S. 2 StGB darf die Strafe aber nicht das höchste Mindestmaß der einschlägigen Strafgesetze unterschreiten. Das wirkt sich im Fall der Angeklagten S.

⁸⁷ Vgl. Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 1. September 2016, Art. 103 Abs. 2 Rn. 82.

⁸⁸ Remmert, a.a.O. (Fn. 85), Art. 103 Abs. 2 Rn. 68; vgl. auch Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 110 m.w.N.

⁸⁹ Vgl. Allgayer, in: MK-StPO, Bd. 2, § 296 Rn. 43 m.w.N.

⁹⁰ BVerfGE 32, 346, 362.

⁹¹ Pohlreich, a.a.O. (Fn. 21), Art. 103 Abs. 2 Rn. 76 m.w.N.

nicht aus, weil die unteren Strafrahmengrenzen von § 223 Abs. 1 StGB und § 184i Abs. 1 StGB gemäß § 38 Abs. 2 StGB jeweils bei einem Monat Freiheitsstrafe liegen und damit identisch sind. Auch in Fällen, in denen das Gesetz für die Tateinheitlich mit § 184i Abs. 1 StGB verwirklichte Straftat eine höhere Mindeststrafe androht, besteht bei generalisierender Betrachtung kein Unterschied, weil dann so oder so dieses höhere Mindestmaß bei der Strafzumessung die Untergrenze bildet, während die Obergrenze ohnehin dem Strafrahmen des Tateinheitlich mit § 184i Abs. 1 StGB verwirklichten Delikts zu entnehmen wäre. Insofern wirkt sich die vom 4. Strafsenat vertretene Auffassung, die über die in der Gesetzesbegründung angelegte Reichweite der Subsidiaritätsklausel hinausgeht, im Ergebnis nicht zum Nachteil der Betroffenen aus, sondern ist bei generalisierender Betrachtung neutral. Von daher verstößt sie nicht gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.

III. Zusammenfassung und Schluss

Entgegen der Auffassung des 4. Strafsenats muss sich der von § 184i Abs. 1 StGB vorausgesetzte Sexualbezug aus der dahingehenden Motivation des Täters ergeben, weil die körperliche Berührung sonst nicht „in sexuell bestimmter Weise“ erfolgt. Dieses Merkmal setzt mit anderen Worten sexuelle Beweggründe auf Seiten des Täters voraus. Dem 4. Strafsenat ist auch zu widersprechen, soweit er den in § 184i Abs. 1 StGB vorausgesetzten Belästigungserfolg nicht nur vom Opferbefinden, sondern überdies davon abhängig macht, dass die körperliche Berührung auch bei wertender Betrachtung objektiv geeignet ist, sexuell belästigend zu wirken. Ungewöhnliche beziehungsweise schwer vorherzusehende Opferreaktionen sind eine Frage der objektiven Zurechnung beziehungsweise des Vorsatzes, nicht aber des Belästigungserfolgs. Zuzustimmen ist dem Strafsenat darin, dass die Subsidiaritätsklausel in § 184i Abs. 1 StGB sich nicht auf Delikte mit ähnlicher Schutzwirkung beschränkt, sondern grundsätzlich alle Straftatbestände erfasst.

Sollte der Gesetzgeber mit § 184i StGB das Ziel verfolgt haben, künftig *alle* mangels Erreichens der Erheblichkeitsgrenze des § 184h Nr. 1 StGB straflosen sexuellen Handlungen, für die auch eine Bestrafung wegen Beleidigung ausscheidet, als sexuelle Belästigung bestrafen zu können, liegt der Vorwurf des Etikettenschwindels durchaus nahe. Eine umfassende Strafbarkeit des „Grapschens“ lässt sich – jedenfalls unter Beachtung von Art. 103 Abs. 2 GG – auch mit § 184i Abs. 1 StGB nicht erzielen. Ein Etikettenschwindel liegt § 184i Abs. 1 StGB trotzdem wohl nicht zugrunde, weil man hiervon erst bei einem Täuschungswillen sprechen können und sich die Dissonanzen zwischen Gesetzeswortlaut und gesetzgeberischer Intention eher als absehbare Folge einer Gesetzgebungsmanier darstellen, die auf Einzelereignisse überhastet und tendenziell unbesonnen reagiert. Der Rechtsprechung sind in ihren Möglichkeiten, solche strafgesetzgeberischen Versehen im Nachhinein zu bereinigen, Grenzen gesetzt, und zwar insbesondere die des Art. 103 Abs. 2 GG. Es ist von daher nicht an ihr, etwaige Lücken in der strafgesetzlichen Erfassung von „Grapschen“ zu schließen oder Fehler des Gesetzgebers zu

korrigieren. Wenn dies auch in höchstrichterlichen Entscheidungen nicht deutlich kommuniziert wird, droht das schlechte Beispiel des Gesetzgebungsverfahrens um § 184i StGB, jahrelange Vorarbeit in Expertenkommissi-

onen über den Haufen zu werfen und stattdessen einzelfallorientiert, spontan und in beispielloser Eile Strafgesetze zu erlassen, die den Kernbereich intimer Lebensgestaltung betreffen, in Zukunft Schule zu machen.

Aufsätze und Anmerkungen

Gedanken zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grenzen beim Entfernen vom Unfallort als Letzter

Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2018 Nr. 712

Von Dr. Lukas Schefer und Simon Kemper, Bonn*

I. Einführung

„Der Tatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB ist auch dann erfüllt, wenn der Täter den Unfallort erst nach der letzten feststellungsberechtigten Person verlässt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat.“ So lautet der Leitsatz des hier zu besprechenden Beschlusses des BGH¹, der auf den ersten Blick beinahe banal wirkt.²

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte stellte sein Fahrzeug nach einem Verkehrsunfall, bei dem er einen anderen Fahrer so zum Ausweichen veranlasst hatte, dass dessen Fahrzeug mit einem entgegenkommenden Fahrzeug kollidierte, am Fahrbahnrand ab und kehrte zu Fuß zur Unfallstelle zurück. Gegenüber den eingetroffenen Polizeibeamten gab er sich bewusst nicht als Unfallbeteiligter zu erkennen und behauptete, er habe den Unfall nur als Fußgänger beobachtet. Dabei schilderte er zwar den Unfallhergang, ersetzte aber seine eigene Wahrnehmung durch die Schilderung des Geschehens eines vermeintlich unbekanntes Fahrers. Es ließ sich nicht aufklären, ob der Angeklagte den Unfallort erst zu einem Zeitpunkt verließ, zu dem keine anderen Personen mehr anwesend waren.

Die bereits im Leitsatz anklingende Rechtsfrage, die die Entscheidung dabei erörterungswürdig macht, ist die nach dem genauen Umfang der Vorschrift des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Erfasst diese auch einen Unfallbeteiligten, der ohne Offenbarung dieser Eigenschaft so lange am Unfallort verharret, bis alle feststellungsberechtigten

Personen diesen wieder verlassen haben? Der BGH hat sich dieser seit geraumer Zeit umstrittenen Frage³ angenommen und in vermeintlich zwingender Weise bejaht.⁴ Ob die diesbezüglichen Ausführungen jedoch tatsächlich – wie teilweise angenommen⁵ – inhaltlich „völlig richtig“ sind und dogmatisch „auf festem Grund“ stehen, soll neben einer Betrachtung der übrigen Tatbestandsvarianten des § 142 StGB Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sein.

³ Tieferegehende Auseinandersetzungen zu dieser Frage setzten vor allem nach mehreren Entscheidungen des BayObLG aus den 80er-Jahren ein, in denen dieses die Frage verneint hatte, vgl. BayObLG NJW 1983, 2039, 2040; NJW 1984, 66, 67; NJW 1984, 1365, 1365 f.

⁴ Ebenso OLG Hamm NJW 1979, 438 sowie die herrschende Auffassung in der Literatur, vgl. *Burmann*, in: *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke*, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 142 StGB Rn. 15; *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 142 Rn. 31 a; *Jäger*, in: *Joecks/Jäger*, Studienkommentar StGB, 12. Aufl. 2018, § 142 Rn. 47; *Kretschmer*, in: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 2, 5. Aufl. 2017, § 142 Rn. 91, 123; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 142 Rn. 17; *Pfliederer/Quarch*, in: *Dölling/Duttge/Rössner/König*, *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 142 StGB Rn. 13; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 142 Rn. 43; *Zopfs*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, 3. Aufl. 2017, § 142 Rn. 62; *Eisele*, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 4. Aufl. 2017, Rn. 1198; *ders.* JuS 2018, 1011, 1012; *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 19. Aufl. 2018, § 46 Rn. 31; *Bernsmann* NZV 1989, 49, 53; *Berz* DAR 1975, 309, 311; *Bosch* Jura 2011, 593, 597; *Hentschel* NJW 1984, 1509, 1515; *Horn/Hoyer* JZ 1987, 965, 973; *Janiszewski* NStZ 1983, 402, 403 f.; *ders.* JR 1983, 506, 507; *Krumm* NJW 2018, 2343; *Küper* JuS 1988, 286, 288 f.; *ders.* GA 1994, 49, 68 f.; *Loos* JR 1985, 164, 165; *Maier* JZ 1975, 721, 724; *Schwab* MDR 1984, 639.

⁵ *Krumm* NJW 2018, 2343.

* Die Autoren danken PD Dr. Kay H. Schumann für wertvolle Anregungen.

¹ BGH NStZ 2018, 600 = HRRS 2018 Nr. 712.

² Vgl. den Aufschrei bei *Krumm* NJW 2018, 2343.

II. Zur Frage der Strafbarkeit

1. Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

a) Wortlaut

Der BGH beginnt seine Argumentation mit der Untersuchung des Wortlauts des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Das von ihm präferierte Ergebnis stehe in keinem Konflikt zum Wortlaut der Vorschrift: Dieser setze nicht voraus, dass der Feststellungsberechtigte noch am Unfallort ist, wenn sich der Täter von dort entfernt; vielmehr könne der verwendete Begriff „bevor“ ohne Weiteres als „ohne zuvor“ verstanden werden.⁶ Dem anschließenden Sich-Entfernen vom Unfallort komme insofern lediglich der Charakter eines „faktischen“ Zusatzes zu, wofür jedoch ohne Bedeutung sei, in welcher Reihenfolge die Unfallbeteiligten den Unfallort verlassen.⁷ Dass auch derjenige, der als letzte Person den Unfallort verlässt, dies tut, „ohne zuvor“ die Feststellungen ermöglichen zu haben, liegt auf der Hand. Fraglich ist indes, ob die Argumentation des BGH, die maßgeblich auf früheren Ausführungen von Küper beruht,⁸ auch inhaltlich überzeugend ist.

Richtig an der semantischen Auslegungsweise des BGH ist zunächst, dass jedenfalls kein Verstoß gegen das objektive Begriffsverständnis vorliegt, für den „native speaker“⁹ der Begriff „bevor“ also als durchaus äquivalent zu der Formulierung „ohne zuvor“ verstanden werden kann.¹⁰ Etwas anderes ergibt sich jedoch, wenn man den Begriff im Lichte des subjektiven Verständnisses des Gesetzgebers, also seiner kontextualen Stellung im Normgefüge,¹¹ auslegt: Wie *Berghäuser* jüngst überzeugend dargelegt hat, bedient sich jener einer Konstruktion aus Präsens im Obersatz („entfernt“) und Präsens-Perfekt im anschließenden Teilsatz („ermöglicht hat“), wobei die Konjunktion („bevor“) die Nachzeitigkeit des Teilsatzes ausdrückt.¹² Führt man sich dies vor Augen, so kann festgestellt werden, dass bei dem vom BGH unternehmenen Begriffsaustausch der zeitliche Bezugspunkt wechselt: Die Beschreibung „zuvor“ (und entsprechend die korrespondierende Negation „ohne zuvor“) bezieht sich stets auf eine *in der Vergangenheit liegende Situation*. So spielt etwa der Spitzensportler gerade Korbball, ohne sich

zuvor aufgewärmt zu haben. Anders verhält es sich jedoch mit der Begrifflichkeit „bevor“: Damit wird auf eine *in der Zukunft liegende (hypothetische) Situation* verwiesen, so etwa, wenn sich der Spitzensportler aufgewärmt hat, bevor er Korbball spielt. Während dem Begriff „ohne zuvor“ seine zeitliche Suggestion vollständig genommen werden kann, indem er durch die sinngleiche Bezeichnung „ohne dass“ ersetzt wird, stellen beide keine Äquivalenzbegriffe zu dem Ausdruck „bevor“ dar. Hat sich demnach der Spitzensportler verletzt, da er Korbball gespielt hat, „ohne dass“ er sich zuvor aufgewärmt hat, so kann er auch nicht weiterspielen, wenn er sich jetzt aufwärmt. Der Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB gibt darüber hinaus vor, dass das eine Verhalten nicht nur die zeitliche, sondern vielmehr auch die logisch-notwendige Vorbedingung des anderen ist. Damit stehen beide nicht nur in einer „bevor“- , sondern auch einer „sodass“-Kausalrelation zueinander.¹³ Die Vorschrift des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB stellt somit insgesamt syntaktisch auf die Verletzung des Anwesenheitsgebots durch das vorzeitig-pflichtwidrige Verlassen des Unfallorts ab, ohne dessen Einhaltung die Frage nach der Verletzung des Feststellungsgebots obsolet wird.¹⁴ Die Verletzung des Anwesenheitsgebots wird insofern zur hinreichenden Bedingung für die Verletzung der Feststellungspflicht. Die diese Konzeption umkehrende Lösung des BGH hat mit dem Begriffsverständnis des Gesetzgebers nur noch wenig zu tun. Auch wenn mangels eines Verstoßes gegen das weitestmögliche objektive Begriffsverständnis keine Analogie im klassischen Sinne vorliegt, so zieht die subjektive Wortlautauslegung die Annahmen des BGH doch stark in Zweifel.

Letztlich muss auch dem verfassungsrechtlichen Kontext des § 142 StGB bei der Auslegung einer seiner Begriffe Rechnung getragen werden: Zwar hat das BVerfG die Vorschrift für verfassungsgemäß erklärt,¹⁵ doch bewegt sich der gesamte Tatbestand aufgrund seiner zahlreichen unbestimmten Begriffe gleichwohl an der Grenze des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots.¹⁶ Ebenso handelt es sich bei dem Begriff „bevor“ zwar nicht um einen Begriff mit normativem Gehalt, der nicht in einem nicht-normativen Sinne ausgelegt werden kann – anders als dies nach Auffassung des BVerfG bei „berechtigt“ und „entschuldigt“ im Sinne von § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB der Fall ist¹⁷ –, doch liegt eine restriktive und damit letztlich verfassungskonforme Interpretation der Vorschrift nahe. Andernfalls könnte die Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe der Rechtsprechung – wie im hier zu betrachtenden Fall geschehen – die Möglichkeit eröffnen, den anderen Unfallbeteiligten nach Belieben einen übermäßigen Schutz zu Lasten des Täters zu gewähren.¹⁸ Derart fragwürdige Auslegungen unter Hinweis auf einen vermeint-

⁶ BGH NStZ 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712.

⁷ BGH NStZ 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712; ähnlich bereits *Horn/Hoyer* JZ 1987, 965, 973: „rein formale[r] Umstand, ob nun der Täter oder das Opfer zuerst vom Unfallort davonfährt“; *Küper* JuS 1988, 286, 288 f. sowie *ders.* GA 1994, 49, 68: Sich-Entfernen als bloß „realer Akt“.

⁸ *Küper* JuS 1988, 286, 289; *ders.* GA 1994, 49, 69; ebenso im Anschluss daran *MüKo-StGB/Zopfs* (Fn. 4), § 142 Rn. 62 sowie *Rengier*, BT II (Fn. 4), § 46 Rn. 31.

⁹ Vgl. zu dieser Formulierung und Methodik *Puppe*, Kleine Schule des Juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 120 ff.

¹⁰ So lässt sich der im Althochdeutsch verwendete Begriff „bifora“, aus dem sich das heutige „bevor“ entwickelt hat, u.a. als „zuvor“ verstehen, vgl. DUDEN – Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 4. Aufl. 2012.

¹¹ Mit gleicher Methodik auch schon BVerfG NJW 2007, 1666, 1667 = HRRS 2007 Nr. 326 bzgl. der Begriffe „berechtigt“ und „entschuldigt“ iSv § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB: „Wortsinn [...], wie er sich aus dem Kontext des Gesetzes erschließt“.

¹² *Berghäuser* NStZ 2018, 602.

¹³ Der Tatbestand würde dann etwa lauten: „Ein Unfallbeteiligter, der sich [...] entfernt, sodass er [...] die Feststellungen [...] nicht ermöglicht, wird [...] bestraft.“

¹⁴ So jedenfalls im Ansatz auch *Küper* JuS 1988, 286, 289 sowie *ders.* GA 1994, 49, 69, der jedoch zum gegenteiligen Ergebnis gelangt.

¹⁵ BVerfGE 16, 191, 193 f.: weder Verletzung des Rechtsstaatsprinzips noch der Menschenwürdegarantie.

¹⁶ S. nur die eingehende Kritik bei *Geppert* Jura 1990, 78, 78 f.

¹⁷ S. dazu BVerfG NJW 2007, 1666, 1667 = HRRS 2007 Nr. 326.

¹⁸ Vgl. NK-StGB/*Kretschmer* (Fn. 4), § 142 Rn. 18.

lichen Willen des Gesetzgebers sind nicht ohne Grund vom BVerfG bereits in einem anderen Kontext für unzulässig erklärt worden.¹⁹

Die Wortlautinterpretation des BGH in Form einer schlichten Umdeutung des „bevor“ in ein „ohne zuvor“ und damit letztlich in ein „ohne dass“ vermag mithin nicht zu überzeugen.²⁰

b) Systematik

Der BGH führt sodann ein (vermeintlich) systematisches Argument zur Untermauerung seiner These an: Das Verhalten des Täters müsse nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sein, da es von keiner anderen Tatbestandsvariante des § 142 StGB erfasst wäre.²¹ Hierbei handelt es sich nicht wirklich um ein die Systematik betreffendes Argument; vielmehr argumentiert der BGH inhaltlich rechtspolitisch und methodisch zirkelschlüssig.²² Das Verhalten soll bzw. muss strafbar sein, weil es ansonsten straflos wäre. Eine „fast schulmäßige“²³ systematische Auslegung dürfte dies wohl kaum darstellen. Darauf, ob das Verhalten *tatsächlich* von keiner anderen Variante des § 142 StGB gedeckt ist, kommt es demzufolge an dieser Stelle nicht an.

Daneben führt der BGH weiter aus, dass ein erheblicher Wertungswiderspruch bestünde, wenn sich ein Unfallbeteiligter, der sich nach Ablauf der Wartepflicht (§ 142 Abs. 2 Nr. 1 StGB) oder berechtigt oder entschuldigt (§ 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB) vom Unfallort entfernt hat, bei nicht unverzüglicher nachträglicher Ermöglichung der Feststellungen strafbar machte, hingegen ein Unfallbeteiligter, der sich nach Verletzung seiner Vorstellungspflicht als Letzter vom Unfallort entfernt, endgültig straffrei bliebe.²⁴ Dieses Vorbringen kann nicht überzeugen: Aus Absatz 2 wird deutlich, dass § 142 StGB gerade *keine Anspruchssicherung um jeden Preis* garantiert. Sofern dort die „unverzügliche“ nachträgliche Ermöglichung der Feststellungen eingefordert wird, können die Beweismöglichkeiten anderer Unfallbeteiligter durchaus beeinträchtigt werden. Dies ist zumindest dann der Fall, wenn man mit guten Gründen²⁵ eine Unverzüglichkeit nur im Falle einer „schuldhaft vorwerfbaren Verzögerung“ verneint, bei deren Prüfung auch Zumutbarkeitserwägungen einzubeziehen und zu berücksichtigen sind.²⁶

Darüber hinaus haften der Argumentation des BGH weitere systematische Mängel an: So besteht die Konsequenz seiner Auffassung darin, dass sich der Unfallbeteiligte nach dem Verlassen der letzten feststellungsberechtigten Person nur dann nicht strafbar macht, wenn er es dauerhaft unterlässt, sich vom Unfallort zu entfernen.²⁷ Eine solche im Grundsatz unendliche Bleibeverpflichtung zur Vermeidung der eigenen Strafbarkeit lässt sich aber schwerlich als zumutbar begreifen. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass das Recht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG berührt wird, das die Freiheit, seinen gegenwärtigen Aufenthaltsort verlassen zu können, schützt.²⁸ Eine derartige Ausblendung von Zumutbarkeitsgesichtspunkten lässt sich mit der Regelung des § 323c StGB kaum in Einklang bringen.²⁹ Die dort normierte Hilfeleistungspflicht ist durch die Zumutbarkeit der Hilfe begrenzt. In diesem Zusammenhang führt die Gefahr, sich selbst der Strafverfolgung auszusetzen, nach Ansicht des BGH zwar nicht „schlechthin und in jedem Falle“ zur Unzumutbarkeit,³⁰ dürfte damit im Umkehrschluss aber doch zu berücksichtigen sein. Wieso nun dort, wo mitunter Leib und Leben gefährdet und damit geschützt sind,³¹ ein großzügigerer Maßstab als im Rahmen des § 142 StGB gelten soll, der nach ganz herrschender Auffassung lediglich der Feststellung und Sicherung der durch einen Unfall entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche der (anderen) Unfallbeteiligten dient,³² erschließt sich nicht, zumal innerhalb des § 142 Abs. 3 StGB ausweislich seines Wortlauts ebenfalls Zumutbarkeitserwägungen relevant werden.³³ Daneben überzeugt das mit den Ausführungen des BGH und Teilen der Literatur notwendig einhergehende Abstellen auf die bloße Verletzung der Vorstellungspflicht³⁴ nicht: Wenn § 49 Abs. 1 Nr. 29 StVO iVm § 24 StVG die Verletzung der

ebenso Fischer (Fn. 4), § 142 Rn. 54; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 4), § 142 Rn. 26.

²⁷ So auch BayObLG NJW 1983, 2039, 2040; NJW 1984, 66, 67; NJW 1984, 1365, 1366; OLG Frankfurt a.M. NJW 1990, 1189, 1190; dies erkennen offenbar auch Horn/Hoyer JZ 1987, 965, 973 sowie Janiszewski, NStZ 1983, 402, 403.

²⁸ Vgl. dazu nur Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 112; Lang, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, 39. Edition (Stand: 15.11.2018), Art. 2 Rn. 84.

²⁹ Insofern stellt auch Fischer (Fn. 4), § 142 Rn. 5 fest, dass „ähnlich wie bei § 323c die Zumutbarkeit als ein regulatives Prinzip anzuerkennen ist“; ebenso S/S/Sternberg-Lieben (Fn. 4), § 142 Rn. 2.

³⁰ Vgl. BGHSt 11, 353, 354 f.

³¹ Zu diesem Zusammenhang etwa BGH NStZ 2002, 385; Fischer (Fn. 4), § 323c Rn. 2; NK-StGB/Gaede (Fn. 4), § 323c Rn. 2.

³² Vgl. nur BGHSt 12, 253, 258; Fischer (Fn. 4), § 142 Rn. 2; Geppert, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 5, 12. Aufl. 2009, § 142 Rn. 1; BeckOK-StGB/Kudlich (Fn. 26), § 142 Rn. 1.

³³ S. auch bereits oben II. 1. b) zur Unverzüglichkeit der nachträglichen Ermöglichung der Feststellungen iSd § 142 Abs. 2 StGB; ebenso zur Wartezeit iSd § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB BeckOK-StGB/Kudlich (Fn. 26), § 142 Rn. 29, 31.

³⁴ Wird in dem „Sich-Entfernen“ nicht mehr als ein bloß formaler Umstand gesehen, der zur Verwirklichung der Verletzung der Vorstellungspflicht lediglich rein faktisch hinzutritt (s. dazu die Nachweise in Fn. 7), dann bildet nur letzteres den Gegenstand des strafbaren Unrechts; vgl. etwa Eisele, BT I (Fn. 4), Rn. 1198: „Unrechtskern liegt in der Nichterfüllung der Warte- und Vorstellungspflicht“.

¹⁹ BVerfG NJW 2007, 1666, 1667 f. = HRRS 2007 Nr. 326.

²⁰ Ebenso Berghäuser NStZ 2018, 602; zweifelnd auch Kudlich JA 2018, 709, 711.

²¹ BGH NStZ 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712.

²² Vgl. zu diesem logischen Fehler des BGH auch in anderen Kontexten Puppe, Kleine Schule (Fn. 9), S. 230 ff.

²³ So die Bewertung bei Kudlich JA 2018, 709, 711.

²⁴ BGH NStZ 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712.

²⁵ NK-StGB/Kretschmer (Fn. 4), § 142 Rn. 145 führt insofern zutreffend aus, dass die unbestimmten Begriffe nur unter Zugrundelegung einer restriktiven Interpretation anwendungstauglich werden und eine Auslegung als „unverzüglichst“ verfassungsrechtlich kaum vertretbar ist.

²⁶ So NK-StGB/Kretschmer (Fn. 4), § 142 Rn. 146; enger dagegen Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 40. Edition (Stand: 01.11.2018), § 142 Rn. 37: Unverzüglichkeit bereits dann abzulehnen, wenn Beweissituation „konkret und erheblich gefährdet ist“;

Vorstellungspflicht lediglich als Ordnungswidrigkeit qualifizieren, ist es verfehlt, an denselben Vorwurf zugleich eine Strafbarkeit zu knüpfen.³⁵ Dies ist im Übrigen mit der gesetzlichen Konzeption des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht zu vereinbaren, der explizit ein „Sich-Entfernen“ verlangt und gerade davon die Tatbestandsmäßigkeit abhängig macht, wodurch deutlich wird, dass es sich bei dieser Vorschrift gerade nicht um ein Unterlassungsdelikt anknüpfend an die Nichterfüllung der Vorstellungspflicht,³⁶ sondern um ein Handlungsdelikt anknüpfend an die Verletzung der Anwesenheitspflicht als strafbarkeitsbegründendes Moment handelt.³⁷

Auch die systematischen Erwägungen des BGH können demzufolge nicht überzeugen.

c) Telos

aa) Subjektive Teleologie

In subjektiv teleologischer Hinsicht führt der BGH aus, dass nach dem Willen des Gesetzgebers auch und gerade solche Verhaltensweisen pönalisiert werden sollten, bei denen der Schädiger zwar pflichtgemäß gewartet, sich aber nicht als Unfallbeteiligter zu erkennen gegeben hat, was aber auch dann der Fall sei, wenn der Täter so lange am Unfallort wartet, bis sich ein zunächst anwesender feststellungsberechtigter Unfallgegner entfernt hat.³⁸

Daran ist zwar zutreffend, dass der Gesetzgeber der Verheimlichung der Eigenschaft als Unfallbeteiligter durch die Statuierung der aktiven Vorstellungspflicht entgegenwirken wollte,³⁹ doch hatte der Gesetzgeber insofern nicht die Konstellation vor Augen, in der sich die letzte feststellungsberechtigte Person bereits entfernt hat. So belegen die Gesetzesmaterialien eindrücklich, dass der Gesetzgeber gerade an der grundsätzlich passiven Ausgestaltung der Pflichten des Unfallbeteiligten festhalten wollte und lediglich die Vorstellungspflicht als diesbezügliche Ausnahme geschaffen hat.⁴⁰ Wenn demgegenüber der BGH ausführt, dass zur Vermeidung der bereits oben⁴¹ aufgezeigten unbegrenzten Wartepflicht für den Täter die Möglichkeit bestünde, andere feststellungsbereite Personen – insbesondere die Polizei – herbeizurufen, um sich mittels nachgeholtener Erfüllung seiner Vorstellungspflicht straffrei vom Unfallort entfernen zu können,⁴² so wird dem Gesetzgeber an einer solchen Lösung ausgehend von dieser Pflichtenkonzeption kei-

neswegs gelegen sein. Sie würde sie vielmehr konterkarieren.

bb) Objektive Teleologie

In objektiver Hinsicht versteht der BGH § 142 StGB als abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt und erkennt dessen Schutzgut dementsprechend im Einklang mit der ganz herrschenden Lehre⁴³ in der Sicherung bzw. Abwehr der durch einen Unfall entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche.⁴⁴ Dieses Gut sei jedoch auch dann betroffen, wenn sich der Täter erst nach der feststellungsberechtigten Person vom Unfallort entfernt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat.⁴⁵

Es ist höchst zweifelhaft, inwiefern das spätere Verlassen des Unfallorts durch den Täter geeignet sein soll, die Interessen der feststellungsberechtigten Personen über das durch die Verletzung der Vorstellungspflicht bereits eingetretene Maß weiter zu beeinträchtigen.⁴⁶ Generell ist nicht ersichtlich, worin der strafbare Unwert des Sich-Entfernens liegen soll, wenn bereits alle feststellungsberechtigten Personen den Unfallort verlassen haben und das Eintreffen weiterer feststellungsbereiter Personen höchst unwahrscheinlich ist.⁴⁷ Zu diesem Zeitpunkt treffen den Täter keine der in § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB grundsätzlich normierten Pflichten mehr: Die Vorstellungspflicht kann nur solange existieren, wie sie noch erfüllt werden kann, sprich solange feststellungsberechtigte Personen anwesend sind,⁴⁸ woran auch eine möglicherweise verbleibende Restwahrscheinlichkeit des Eintreffens weiterer feststellungsbereiter Personen nichts ändert. Dies folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Der intendierte Rechtsgüterschutz wird andernfalls, sobald feststellungsberechtigte Personen abwesend sind, in keiner Weise mehr gefördert. Insofern sind dem Strafanspruch des Staates bereits von Verfassungs wegen Grenzen gesetzt. Geht die Vorstellungspflicht dann aber mit dem Verlassen der letzten feststellungsberechtigten Person unter, muss selbiges auch für die Anwesenheitspflicht⁴⁹ gelten, da diese ausschließlich den Zweck hat, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass der Unfallbeteiligte seiner Vorstellungspflicht nachkommt.⁵⁰ Mit dem Erlöschen der Anwesenheitspflicht steht wiederum fest, dass das Sich-Entfernen zu diesem Zeitpunkt selbst nicht mehr pflichtwidrig ist.⁵¹ Da jedoch gerade das Sich-Entfernen entsprechend obiger⁵² Ausführungen strafbar-

³⁵ Dies verkennt Küper, wenn er davon ausgeht, die Tathandlung müsse „nicht mehr ‚unbedingt‘ pflichtwidrig“ sein, vgl. *ders.* JuS 1988, 286, 288 f. sowie *ders.* GA 1994, 49, 68.

³⁶ So aber *Janiszewski*, NStZ 1983, 402, 403; *ders.* JR 1983, 506, 507.

³⁷ So auch BayObLG NJW 1984, 1365, 1366; vgl. auch OLG Frankfurt a.M. NJW 1990, 1189, 1190.

³⁸ BGH NStZ 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712; in diesem Sinne auch *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke* (Fn. 4), § 142 StGB Rn. 15; *S/S/Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 142 Rn. 43; *Janiszewski* NStZ 1983, 402, 404; *ders.* JR 1983, 506, 507.

³⁹ BT-Drs. 7/2434, S. 7.

⁴⁰ BT-Drs. 7/2434, S. 7.

⁴¹ II. 1. b).

⁴² BGH NStZ 2018, 600, 602 = HRRS 2018 Nr. 712.

⁴³ S. bereits oben Fn. 32.

⁴⁴ BGH NStZ 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712.

⁴⁵ BGH NStZ 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712.

⁴⁶ BayObLG NJW 1984, 1365, 1366; OLG Frankfurt a.M. NJW 1990, 1189, 1190; *Bauer* NStZ 1985, 301, 302.

⁴⁷ Letzteres gilt zumindest für den Fall, dass diese nicht aktiv herbeigerufen werden, wie es etwa der BGH anregt, s. dazu bereits oben II. 1. c) aa).

⁴⁸ Vgl. BayObLG NJW 1983, 2039, 2040; NJW 1984, 66, 67; NJW 1984, 1365, 1366; OLG Frankfurt a.M. NJW 1990, 1189, 1190; insofern auch zutreffend *Janiszewski* JR 1983, 506, 507; *Küper* GA 1994, 49, 68.

⁴⁹ Gleiches gilt für die Feststellungsduldungspflicht, vgl. insofern MüKo-StGB/Zopfs (Fn. 4), § 142 Rn. 62.

⁵⁰ So *Bauer* NStZ 1985, 301, 302; ähnlich *Rudolphi/Stein*, in: *Wolter, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, 8. Aufl. 2012, § 142 Rn. 29.

⁵¹ *Bauer* NStZ 1985, 301, 302.

⁵² II. 1. b).

keitsbegründend wirkt und nicht lediglich an die vorherige Verletzung der Vorstellungspflicht angeknüpft werden kann, kann die Sichtweise des BGH auch insofern nicht überzeugen.

Schließlich ergeben sich aus der vom BGH postulierten Empfehlung des Herbeirufens anderer feststellungsbereiter Personen,⁵³ insbesondere der Polizei, neben systematischen⁵⁴ weitere verfassungsrechtliche Bedenken: § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB erlegt dem Unfallbeteiligten nur *eine* aktiv zu erfüllende Pflicht auf, nämlich die Vorstellung; die weiteren Pflichten (Anwesenheit und damit einhergehende Duldung von Feststellungen durch die anderen Unfallbeteiligten) stellen sich hingegen als lediglich passiv dar.⁵⁵ Würde man nun von dem Unfallbeteiligten verlangen, weitere feststellungsbereite Personen herbeizurufen, würde die damit ausgelöste (aktive!) Pflicht den Pflichtenkanon des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB sprengen. Neben der fehlenden gesetzlichen Anknüpfung wäre ein solches Verständnis mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz nicht zu vereinbaren, bei dem es sich nach ganz überwiegender Auffassung⁵⁶ um einen Verfassungsgrundsatz handelt, der gerade vor Selbstbelastungen schützt, die mit dem Vorgehen nach Maßgabe des BGH notwendig einhergehen.

d) Zwischenergebnis

Eine tiefere Auseinandersetzung mit den Kanones der Auslegung, die der BGH richtigerweise heranzieht, muss zu dem Ergebnis gelangen, dass die vom BGH propagierte Lösung in der Sache Mängel aufweist. Dies hat zur Folge, dass es überzeugend ist, eine Strafbarkeit desjenigen Unfallbeteiligten, der nach der letzten feststellungsberechtigten Person den Unfallort verlässt, nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu verneinen.⁵⁷ Ob daraus nun – wie der BGH feststellt – folgt, dass der Unfallbeteiligte „endgültig straffrei“⁵⁸ ist, bedarf der weiteren Überprüfung.

2. Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 StGB

a) Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 1 iVm Abs. 1 Nr. 2 StGB

Mit § 142 Abs. 1 Nr. 2 iVm Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt sich der BGH in seiner Urteilsbegründung nicht weiter ausei-

ander, wengleich sich in der Literatur teilweise für eine Anwendung auf den hiesigen Fall ausgesprochen wird.⁵⁹ Die Befürworter dieser Auffassung begründen dies wie folgt: In dem Moment, in dem die letzte feststellungsberichtigte Person den Unfallort verlässt, entstehe die Wartepflicht des § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB, die jedoch auf das denkbare Minimum reduziert sei, da mit einem erneuten Eintreffen feststellungsberechtigter Personen nicht ernstlich gerechnet werden könne.⁶⁰ Die Strafbarkeit des Unfallbeteiligten folge dann aus § 142 Abs. 2 Nr. 1 StGB, wenn er entsprechend der dort normierten Voraussetzungen die Feststellungen nicht unverzüglich ermöglicht.⁶¹

Zweifelhaft ist bereits, ob man – wovon diese Auffassung implizit auszugehen scheint – in den hier zu betrachtenden Fällen stets und generell von einer Reduktion der Warteverpflichtung (unterstellt, eine solche bestünde) auf das denkbare Minimum bzw. „auf Null“⁶² ausgehen kann. Zwar bejaht die herrschende Meinung einen solchen gänzlichen Entfall der Wartepflicht in Fällen, in denen mit dem Eintreffen feststellungsbereiter Personen *mit Sicherheit* nicht zu rechnen ist;⁶³ die *pauschale* Annahme des Vorliegens dieses erforderlichen Grades an Gewissheit nach dem Weggang der letzten feststellungsbereiten Person überzeugt jedoch nicht.⁶⁴ Vielmehr bedarf es stets einer Betrachtung der Umstände des Einzelfalls, um die Interessen der von der Norm geschützten anderen Unfallbeteiligten nicht in unzulässiger Weise zu beeinträchtigen.

Größeren Bedenken unterliegt die vorgelagerte Annahme, die Wartepflicht des § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB könne in einer Situation entstehen, in der zunächst bereits feststellungsberechtigte Personen im Sinne von § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB anwesend waren – in den Worten *Berghäusers* werde „der Anwendungsbereich des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB von § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB abgelöst“⁶⁵. Nach seinem Wortlaut greift § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur für den Fall, in dem niemand bereit war, die Feststellungen zu treffen, mit anderen Worten also keine feststellungsbereiten Personen am Unfallort anwesend waren.⁶⁶ Im hier zu untersuchenden Fall wird dem jedoch nicht entsprochen: Hier gab es jemanden, der bereit war, die Feststellungen zu treffen.⁶⁷ Dass dies im konkreten Fall wegen des Verschweigens der Eigenschaft als Unfallbeteiligter nicht geschah, ändert daran nichts. Dies belegt ein Blick auf den Zweck der Wartepflicht: Diese dient dazu,

⁵³ S. dazu bereits oben II. 1. c) aa).

⁵⁴ Vgl. dazu *Berghäuser* NStZ 2018, 602, 603: Absatz 1 ist strukturell von Passivpflichten geprägt; aktive Mitwirkungspflichten sind dagegen Kennzeichnungsmerkmal von Absatz 2.

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 7/2434, S. 7; *Fischer* (Fn. 4), § 142 Rn. 26, 28; *Kudlich* JA 2018, 709.

⁵⁶ S. nur BVerfGE 133, 168, 201 = HRRS 2013, Nr. 222; BGHSt 36, 44, 48; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, Einl. Rn. 29a; *Böse* GA 2002, 98, 98 f.; gegen einen Verfassungsrang etwa *Leitmeier* JR 2014, 372, 375 ff.

⁵⁷ So auch BayObLG NJW 1983, 2039, 2040; NJW 1984, 66, 67; NJW 1984, 1365, 1365 f.; OLG Frankfurt a.M. NJW 1990, 1189, 1190; SK-StGB/*Rudolphi/Stein* (Fn. 50), § 142 Rn. 29; *Kleszczewski*, Strafrecht Besonderer Teil, 2016, § 15 Rn. 89; *Bauer* NStZ 1985, 301, 302.

⁵⁸ BGH NStZ 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712.

⁵⁹ So etwa BeckOK-StGB/*Kudlich* (Fn. 26), § 142 Rn. 25; *ders.* JA 2018, 709, 711; SK-StGB/*Rudolphi/Stein* (Fn. 50), § 142 Rn. 29; *Berghäuser* NStZ 2018, 602, 603.

⁶⁰ *Berghäuser* NStZ 2018, 602, 603.

⁶¹ *Berghäuser* NStZ 2018, 602, 603; iE auch SK-StGB/*Rudolphi/Stein* (Fn. 50), § 142 Rn. 29.

⁶² So die Diktion bei *Haft*, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl. 2005, S. 250 sowie *Bauer* NStZ 1985, 301, 302 f.

⁶³ Vgl. *Fischer* (Fn. 4), § 142 Rn. 35; BeckOK-StGB/*Kudlich* (Fn. 26), § 142 Rn. 30; *Bosch* Jura 2011, 593, 596.

⁶⁴ Vgl. insofern auch *Hentschel* NJW 1984, 1509, 1515.

⁶⁵ *Berghäuser* NStZ 2018, 602, 603.

⁶⁶ Vgl. *Fischer* (Fn. 4), § 142 Rn. 35; LK/*Geppert* (Fn. 32), § 142 Rn. 110; MüKo-StGB/*Zopf*s (Fn. 4), § 142 Rn. 76.

⁶⁷ Ebenfalls auf die Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut abstellend NK-StGB/*Kretschmer* (Fn. 4), § 142 Rn. 135; *Bauer* NStZ 1985, 301, 302 f.

eine Situation zu ermöglichen, in welcher der Unfallbeteiligte seine Vorstellungs- und Feststellungsduldungspflicht am Unfallort erfüllen kann.⁶⁸ Eine solche Situation bestand zum Zeitpunkt des Verlassens der letzten feststellungsberechtigten Person jedoch bereits, sodass der Zweck der Wartepflicht erfüllt ist, mit der Folge, dass ein Bedarf für deren Anordnung nicht besteht. Insofern hat eine Art „Wiederaufleben“ der Wartepflicht, wie es die Literatursicht annimmt, auszuschneiden.⁶⁹ Andernfalls würde auch die gesetzliche Ausgestaltung des § 142 Abs. 1 StGB unterlaufen werden: Sowohl Nr. 1 als auch Nr. 2 knüpfen in zeitlicher Hinsicht unmittelbar an das Unfallgeschehen selbst an, indem sie in unmittelbarem Anschluss daran jeweils unterschiedliche Pflichten in Abhängigkeit davon statuieren, ob feststellungsbereite Personen anwesend sind oder nicht. Als nachgelagerte Auffangpflicht, die jederzeit reaktiviert werden kann, soll die Wartepflicht dagegen nicht fungieren.

Wird man nach alledem davon ausgehen müssen, dass eine Wartepflicht im Sinne des § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen der anfänglichen Anwesenheit feststellungsberechtigter Personen nicht bestand (und demzufolge eine *isolierte* Strafbarkeit auf Grundlage dieser Vorschrift auszuschneiden hat)⁷⁰, fehlt es folgerichtig auch an einem Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 2 iVm Abs. 2 Nr. 1 StGB.⁷¹

b) Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Auch eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB lehnt der BGH mit der Erwägung, ein „berechtigtes“ oder „entschuldigtes“ Entfernen liege nicht vor, ab.⁷² Demgegenüber vertreten das BayObLG⁷³ und vereinzelte Stimmen in der Literatur⁷⁴ die Ansicht, dass auch denjenigen, der (lediglich) gegen die Vorstellungspflicht verstößt, die Nachholpflicht treffen soll. Dies ließe sich wohl nur dergestalt konstruieren, dass man das tatbestandslose Entfernen vom Unfallort als ein „berechtigtes“ Entfernen ansieht.⁷⁵

Derartige Überlegungen weisen indes eine gefährliche Nähe zur vormals vom BGH betriebenen Erweiterung des Tatbestands auf unvorsätzliches Verhalten auf,⁷⁶ dem nicht nur in der Literatur mit heftigem (und berechtigtem) Widerspruch begegnet,⁷⁷ sondern auch vom BVerfG eine klare Absage erteilt wurde.⁷⁸ Zwar ist einzugestehen, dass sich in der Alltagssprache – anders als im Falle

des unvorsätzlichen Entfernens⁷⁹ – wohl keine Unterscheidung zwischen tatbestandslosem und berechtigtem bzw. entschuldigtem Verhalten finden wird; allerdings gilt auch hier, dass die Begriffe „berechtigt oder entschuldig“ aufgrund ihres normativen Gehalts streng in ihrem normativen Sinne ausgelegt werden müssen.⁸⁰ Die in diesen Begriffen enthaltene Wertung wird vom BVerfG dahingehend verstanden, dass das Verhalten für „zulässig“ erachtet wird, da der Betroffene im Einzelfall „das Recht auf seiner Seite“ hat oder die Konsequenzen „aus höherrangigen Gründen hinzunehmen sind“.⁸¹ Geht man davon aus, dass bereits die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit nicht wertfrei ist, sondern ein – wenn auch nur vorläufiges – Unrechtsurteil enthält,⁸² so unterscheidet sich ein tatbestandsloses Verhalten grundlegend von „zulässigem“ Verhalten, auf das nach Ansicht des BVerfG § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB allein Anwendung findet.⁸³ Dem „Sich-Entfernen“ im Sinne des zweiten Absatzes muss die gleiche Bedeutung zugemessen werden wie im Sinne des ersten,⁸⁴ sodass auch hier eine – *prima facie* bestehende und dann ausnahmsweise außer Kraft gesetzte – Anwesenheitspflicht vorausgesetzt wird.

Mit dem BGH und der überwiegenden Auffassung in der Literatur⁸⁵ kommt eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB in der hiesigen Konstellation folglich nicht in Betracht.

III. Schlussbemerkungen

1. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse

Zusammenfassend lassen sich drei entscheidende Argumente gegen die vom BGH vorgeschlagene Auslegung des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorbringen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben allesamt in größerem Umfang Rechnung tragen: (i) Die sprachlich-syntaktische Verknüpfung der beiden die Pflichten normierenden Satzteile durch die temporale Konjunktion „bevor“, welche die Nachzeitigkeit der Feststellungspflicht ausdrückt, lässt keine Umdeutung in Begriffskonstruktionen wie „ohne zuvor“ oder „ohne dass“ zu, die diese Aufeinanderfolge gerade vertauschen (*Wortlaut*). (ii) Auch vor dem Hinter-

⁶⁸ MüKo-StGB/Zopfs (Fn. 4), § 142 Rn. 76.

⁶⁹ Ebenso iE Bauer NSTz 1985, 301, 302 f.

⁷⁰ Dies wird – soweit ersichtlich – auch nicht vertreten.

⁷¹ Eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 2 Nr. 1 StGB ebenfalls explizit ablehnend NK-StGB/Kretschmer (Fn. 4), § 142 Rn. 123, 135; Bauer NSTz 1985, 301, 302 f.

⁷² BGH NSTz 2018, 600, 601 = HRRS 2018 Nr. 712.

⁷³ BayObLG NJW 1983, 2039, 2040; NJW 1984, 66, 67; NJW 1984, 1365, 1366; diesem folgend OLG Frankfurt a.M. NJW 1990, 1189, 1190.

⁷⁴ Mengler RÜ 2018, 643.

⁷⁵ Vgl. Mengler RÜ 2018, 643.

⁷⁶ Vgl. dazu BGHSt 28, 129.

⁷⁷ S. nur Fischer (Fn. 4), § 142 Rn. 52; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 4), § 142 Rn. 25; Rudolphi JR 1979, 210.

⁷⁸ BVerfG NJW 2007, 1666, 1667 f. = HRRS 2007 Nr. 326.

⁷⁹ BVerfG NJW 2007, 1666, 1667 = HRRS 2007 Nr. 326.

⁸⁰ BVerfG NJW 2007, 1666, 1667 f. = HRRS 2007 Nr. 326.

⁸¹ BVerfG NJW 2007, 1666, 1667 = HRRS 2007 Nr. 326.

⁸² Grundlegend zum Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit NK-StGB/Puppe (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 10: Wäre die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit wertfrei, so würden sich Fragen nach einer möglichen Rechtfertigung überhaupt nicht stellen.

⁸³ Den Wortlaut für überschritten erachten für die hier zu betrachtende Fallkonstellation auch StuKo-StGB/Jäger (Fn. 4), § 142 Rn. 47; Rengier, BT II (Fn. 4), § 46 Rn. 54 f.; Bosch Jura 2011, 593, 597; Hentschel NJW 1984, 1509, 1515; Loos JR 1985, 164, 166.

⁸⁴ LK/Geppert (Fn. 32), § 142 Rn. 125.

⁸⁵ StuKo-StGB/Jäger (Fn. 4), § 142 Rn. 47; NK-StGB/Kretschmer (Fn. 4), § 142 Rn. 123; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 4), § 142 Rn. 17; Rengier, BT II (Fn. 4), § 46 Rn. 54 f.; Bauer NSTz 1985, 301, 303; Bosch Jura 2011, 593, 597; Hentschel NJW 1984, 1509, 1515; Janiszewski JR 1983, 506, 507 f.; Loos JR 1985, 164, 165 f.

grund von Zumutbarkeitserwägungen – entsprechend § 323c StGB – und des Verhältnisses zu § 142 Abs. 2 StGB überzeugen die Ausführungen des BGH nicht. Die alleinige Verletzung der Vorstellungspflicht ist – als gemindertes Unrecht – als Ordnungswidrigkeit und gerade nicht als Straftat ausgestaltet und wird auch nicht von § 142 Abs. 2 StGB erfasst (*Systematik*). (iii) Des Weiteren besteht die Anwesenheitspflicht nicht mehr, weil sie in der gegebenen Situation überhaupt nicht geeignet wäre, die intendierte Sicherung der zivilrechtlichen Ansprüche der anderen Unfallbeteiligten noch zu erreichen und eine Aufrechterhaltung somit unverhältnismäßig wäre (*immature Kritik der teleologischen Auslegung*). Insgesamt hat eine Strafbarkeit desjenigen, der als sich als Letzter vom Unfallort entfernt, *de lege lata* auszuscheiden.

2. Verfassungsrechtlicher Ausblick

Dreistigkeit wird also (derzeit) belohnt – sofern man nur geduldig ist und lange genug wartet. Zwar mag der Gesetzgeber diesen Fall „übersehen“ haben,⁸⁶ die Forderung nach einer weiteren Ausweitung der Vorschrift sollte nichtsdestotrotz zurückgewiesen werden. Auch wenn das BVerfG⁸⁷ die Vorschrift des § 142 StGB als für mit der Verfassung vereinbar erklärt hat, erging diese Entschei-

dung zur alten Rechtslage vor der Gesetzesänderung im Jahre 1975 und damit bezüglich einer Vorschrift, der *aktive* Pflichten vollständig fremd waren.⁸⁸ Auf die schwerwiegenden Bedenken, die hiergegen in der Literatur geäußert wurden,⁸⁹ wurde dann später vom BVerfG nicht weiter eingegangen, als dieses die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift durch einen bloßen Verweis auf die alte Entscheidung bekräftigte.⁹⁰ Gerade in der Einfügung der aktiven Vorstellungspflicht, die das Verhalten potenziell in die Kategorie der Selbstbelastungsfreiheit hineinzieht, liegt das Moment, das die Vorschrift in den verfassungsrechtlichen Graubereich rückt.⁹¹ Letztlich dürfte auch die Kombination aus einem lediglich zivilrechtliche Interessen schützenden Rechtsgut und der Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt – und die damit einhergehende schwache Beziehung zwischen Tathandlung und Rechtsgut – die generelle Normierung als Straftat in Zweifel ziehen.⁹² Dreistigkeit (allein) war noch nie hinreichende Bedingung der Strafbarkeitsbegründung.

⁸⁸ Vgl. NK-StGB/Kretschmer (Fn. 4), § 142 Rn. 17.

⁸⁹ Vgl. dazu nur NK-StGB/Kretschmer (Fn. 4), § 142 Rn. 17 mwN.

⁹⁰ BVerfG BeckRS 2001, 30168011.

⁹¹ S. dazu NK-StGB/Kretschmer (Fn. 4), § 142 Rn. 20; vgl. auch die Kritik bei Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 38 Rn. 49, 52 f.

⁹² Steenbock, Über die Unfallflucht als Straftat, 2004, S. 57 ff., 68.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

1. BVerfG 2 BvR 882/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. November 2018 (Brandenburgisches OLG)

Klageerzwingungsverfahren (Grundsatz der materiellen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Darlegung des geltend gemachten Gehörsverstoßes in einer hinreichend begründeten Anhörungsrüge; Aufzeigen übergangenen Vortrags; Darlegungsanforderungen an einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung; lediglich auszugsweise Wiedergabe des Inhalts von Beweismitteln).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 33a StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO

2. BGH 1 StR 143/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Bochum)

Steuerhinterziehung (Feststellung der hinterzogenen Steuern auf Grundlage eines Geständnisses des Angeklagten; Berechnungsdarstellung und Schätzung bei möglicher Einschlägigkeit der Kleinstunternehmerregelung).

§ 370 Abs. 1 AO; § 19 UStG; § 261 StPO

3. BGH 1 StR 194/18 – Beschluss vom 19. September 2018 (LG Mannheim)

Untreue (Pflichtverletzung: Sorgfaltspflichtmaßstab für kommunale Entscheidungsträger beim Abschluss von Finanzgeschäften; Vermögensnachteil: notwendige Bezifferung nach bilanzieller Betrachtungsweise bei Risikogeschäften, erforderliche Feststellungen).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

4. BGH 1 StR 196/18 – Beschluss vom 1. August 2018 (LG Ravensburg)

Mord aus niedrigen Beweggründen (Voraussetzungen; hier: Tötung eines Neugeborenen)

§ 211 Abs. 2 StGB

5. BGH 1 StR 255/18 – Urteil vom 4. Dezember 2018 (LG Traunstein)

Einschleusen von Ausländern mit Todesfolge (Zurechnung der schweren Folge gegenüber Mittätern; Grundsatz der limitierten Akzessorität: Berücksichtigung des Tods von Kindern, die keine „Geschleusten“ sind, bei der Strafzumessung); Strafzumessung (zulässige Berücksichtigung der Wirkung einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe).

§ 97 Abs. 1 AufenthG; § 96 AufenthG; § 46 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56 StGB

6. BGH 1 StR 355/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Stuttgart)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mit-sich-führens: Bewusstes Bei-sich-haben in gebrauchsbereiter Weise).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

7. BGH 1 StR 418/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG München I)

Berufsverbot (Gefahr künftiger ähnlicher erheblicher Rechtsverletzungen: erforderliche Gesamtwürdigung); sexuelle Nötigung unter Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs.

§ 70 StGB; § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB

8. BGH 1 StR 420/18 – Urteil vom 20. November 2018 (LG Freiburg)

Einziehung von Tatmitteln (subjektive Voraussetzungen); Unterlassen der Erklärung eingeführter Barmittel; Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 74a Nr. 1 StGB; § 74 Abs. 3 StGB; § 31a Abs. 2 ZollVG i.V.m. § 12a Abs. 1 Satz 1 ZollVG; § 261 StPO; § 46 StGB

9. BGH 1 StR 422/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Traunstein)

Mord aus niedrigen Beweggründen; Tatmehrheit (nacheinander folgender Angriff auf einzelne Menschen, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen: grundsätzliche Annahme von Tatmehrheit, Ausnahmen); Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit: erforderliche Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters); Täter-Opfer-Ausgleich (erforderlicher kommunikativer Prozess zwischen Täter und Opfer: Kommunikation über Verteidiger; erforderliche Feststellungen auch zur Stellung des Opfers zu den Ausgleichsbemühungen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 46a StGB

10. BGH 1 StR 439/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Nürnberg-Fürth)

Sperrfrist für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (erforderliche Begründung bei Nicht-Vorliegen einer Katalogtat); Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln (erforderliche Darstellungen im Urteil).

§ 69a Abs. 1 Satz 1 StGB; § 69 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 6 StPO; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

11. BGH 1 StR 452/18 – Beschluss vom 24. Oktober 2018 (LG Hechingen)

Rücktritt von der Verabredung eines Verbrechens (ausnahmsweise möglicher Rücktritt durch Nicht-Weiterhandeln).

§ 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB

12. BGH 1 StR 506/18 – Beschluss vom 21. November 2018 (LG Hechingen)

Verabredung eines Verbrechens (erforderliche Konkretisierung der in Aussicht gestellten Tat).

§ 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB

13. BGH 1 StR 511/18 – Beschluss vom 8. November 2018 (LG Hechingen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

14. BGH 1 StR 527/18 – Beschluss vom 8. November 2018 (LG München I)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

15. BGH 1 StR 560/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG München I)

Totschlag (Tötungsvorsatz bei besonders gefährlicher Tathandlung: erforderliche Gesamtbetrachtung).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

16. BGH 1 StR 565/18 – Beschluss vom 22. November 2018 (LG Karlsruhe)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 Satz 1 StGB

17. BGH 2 StR 133/18 – Beschluss vom 4. Dezember 2018 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

18. BGH 2 StR 153/18 – Beschluss vom 19. September 2018 (LG Stralsund)

Verminderte Schuldfähigkeit (tatrichterliche Würdigung von Sachverständigengutachten); Versuch (fehlgeschlagener Versuch); Rücktritt (Rücktrittshorizont); exhibitionistische Handlungen (Voraussetzungen; Konkurrenzen).

§ 21 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 183 Abs. 1 StGB

19. BGH 2 StR 245/17 – Urteil vom 4. Juli 2018 (LG Gießen)

BGHSt; Versuch der Beteiligung (Sich-Bereiterklären zu einem Tötungsverbrechen: Tatbestandsmäßigkeit der Erklärung gegenüber dem Tatopfer; Kundgabe der Bereitschaft zur Begehung des Verbrechens); Tötung auf Ver-

langen (Abgrenzung zwischen strafloser Beihilfe an Selbsttötung und strafbarer Fremdtötung; Erfordernis eines Tötungsverlangens des Opfers); Mord (Definition: Befriedigung des Geschlechtstriebes).

§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 216 Abs. 1 StGB

20. BGH 2 StR 253/18 – Urteil vom 10. Oktober 2018 (LG Aachen)

Gegenstand des Urteils (Umfang der Kognitionspflicht).

§ 264 Abs. 1 StPO

21. BGH 2 StR 259/18 – Beschluss vom 17. Oktober 2018 (LG Wiesbaden)

Geltendmachung eines Anspruchs im Adhäsionsverfahren (Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten: Aufgabe bisheriger Rechtsprechung des 2. Senats).

§ 403 StPO

22. BGH 2 StR 262/18 – Urteil vom 21. November 2018 (LG Köln)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Rechtsfehler aufgrund unterbliebener Befassung mit der Frage einer Einziehungsanordnung; als „erlangt“ geltende Vermögenswerte bei Täter und Teilnehmer; Anwendbarkeit im Jugendstrafrecht); Rechtsmittelbeschränkung (Wirksamkeitsvoraussetzungen).

§ 73 StGB nF; § 73c StGB nF; § 2 Abs. 2 JGG; § 344 Abs. 1 StPO

23. BGH 2 StR 275/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Meiningen)

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Voraussetzungen der Täterschaft); sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (eigenhändiges Delikt); Anrechnung (Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs für eine im Ausland erlittene Freiheitsentziehung).

§ 174 Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB aF

24. BGH 2 StR 98/18 – Beschluss vom 11. September 2018 (LG Frankfurt am Main)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit).

§ 261 StPO

25. BGH 2 StR 283/18 – Beschluss vom 26. September 2018 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

26. BGH 2 StR 283/18 – Beschluss vom 26. September 2018 (LG Köln)

Aufhebung des Urteils und der Feststellungen.

§ 353 Abs. 1 StPO

27. BGH 2 StR 299/18 – Urteil vom 24. Oktober 2018 (LG Wiesbaden)

Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Anknüpfung an Gesamtstrafe; Tenorierung).

Art. 6 EMRK; § 51 StGB; § 198 GVG

28. BGH 2 StR 335/18 – Urteil vom 21. November 2018 (LG Darmstadt)

Grundsätze der Strafzumessung (Gesamtabwägung; Umfang revisionsgerichtlicher Überprüfbarkeit; Anwendung auf Prüfung des Vorliegens eines minder schweren Falles; Berücksichtigung der Überschreitung des Grenzwertes für eine „nicht geringe Menge“ von Rauschgift); bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minder schwerer Fall).

§ 46 StGB; § 30a Abs. 3 BtMG

29. BGH 2 StR 345/11 – Beschluss vom 7. November 2018

Zurückweisung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

30. BGH 2 StR 350/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2018 (LG Darmstadt)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Bestimmung des Einziehungsbetrages bei nicht angefochtenem, durch Betrug zustande gekommenem Austauschvertrag).

§ 73 StGB

31. BGH 2 StR 353/16 – Beschluss vom 25. Juli 2018 (LG Frankfurt am Main)

Betrug (Vermögensschaden; Ermittlung des Vermögensschadens bei Betrug durch Abschluss eines Kaufvertrages über Wertpapiere); Marktmanipulation (Einwirken auf den Börsenpreis).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG aF

32. BGH 2 StR 359/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2018 (LG Meiningen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen für einen Hang).

§ 7 Abs. 1 JGG; § 64 StGB

33. BGH 2 StR 360/18 – Beschluss vom 20. November 2018

Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis.

§ 206a StPO

34. BGH 2 StR 368/18 – Beschluss vom 25. September 2018 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

35. BGH 2 StR 372/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG Schwerin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

36. BGH 2 StR 400/17 – Beschluss vom 11. Dezember 2018 (BGH)

Zurückweisung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

37. BGH 2 StR 412/18 – Beschluss vom 27. November 2018 (LG Gera)

Reihenfolge der Vollstreckung (Teilvorwegvollzug).

§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB

38. BGH 2 StR 430/18 – Beschluss vom 11. Dezember 2018 (LG Fulda)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

39. BGH 2 StR 474/17 – Beschluss vom 15. August 2018 (LG Kassel)

Freiheitsberaubung (Einsperren); Rechtsbeugung (Prüfungsmaßstab; Anwendbarkeit bei Verletzung von Verfahrensrecht); Aussageerpressung (sonstige Gewaltanwendung; seelische Quälen); Verbotene Vernehmungsmethoden (keine Anwendung auf Handlungen, die auf die Abgabe von prozessualen Willenserklärungen gerichtet sind).

§ 239 StGB; § 339 StGB; § 343 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 343 Abs. 1 Nr. 2. Alt. StGB

40. BGH 2 StR 474/18 – Beschluss vom 21. November 2018 (LG Bonn)

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Kennzeichnung im Tenor).

§ 73c Satz 1 StGB

41. BGH 2 StR 481/18 – Beschluss vom 5. Dezember 2018 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

42. BGH 2 StR 538/17 – Beschluss vom 26. September 2018 (LG Limburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

43. BGH 2 ARs 182/18 (2 AR 131/18) – Beschluss vom 26. September 2018 (AG Tübingen)

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer und des erstinstanzlichen Gerichts (Sinn und Zweck der Zuständigkeitskonzentration).

§ 453 StPO; § 462a Abs. 2 StPO

44. BGH 2 ARs 198/18 (2 AR 145/18) – Beschluss vom 21. November 2018 (AG Hanau)

Bestimmung des zuständigen Gerichts.

§ 42 Abs. 3 JGG

45. BGH 2 ARs 50/18 (2 AR 35/18) – Beschluss vom 28. März 2018 (AG Nagold)

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer und des erstinstanzlichen Gerichts (Voraussetzungen und Zweck der Zuständigkeitskonzentration).

§ 462a Abs. 4 StPO

Die in § 462a Abs. 4 StPO begründete Zuständigkeitskonzentration setzt voraus, dass bezüglich mehrerer Verurteilungen unterschiedlicher Gerichte Nachtragsentscheidungen nach §§ 453, 454, 454a oder 462 StPO zu treffen sind. Für diesen Fall besteht die Gefahr einer Entscheidungzersplitterung und divergierender Entscheidungen, der mit der Zuständigkeitskonzentration bei einem Gericht vorgebeugt werden soll. Erst wenn Nachtragsentscheidungen im Sinne des § 462a Abs. 4 StPO nur (noch) bei einem Gericht anstehen, entfällt die sachliche Rechtfertigung für eine Zuständigkeitsbündelung.

46. BGH 2 ARs 327/18 (2 AR 247/18) – Beschluss vom 21. November 2018 (AG Ibbenbüren)

Bestimmung des zuständigen Gerichts.
§ 42 Abs. 3 JGG

47. BGH 4 StR 214/18 – Beschluss vom 13. September 2018 (LG Landau)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen der Anordnung; Anforderungen an Darstellung der Anordnungsvoraussetzungen in den Urteilsgründen).
§ 63 StGB

48. BGH 4 StR 226/18 – Beschluss vom 6. November 2018 (LG Dortmund)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (wörtliche Wiedergabe der Einlassung des Angeklagten).
§ 261 StPO

49. BGH 4 StR 234/18 – Beschluss vom 22. November 2018 (LG Detmold)

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

50. BGH 4 StR 253/18 – Urteil vom 22. November 2018 (LG Essen)

Aufhebung des Urteils und der Feststellungen (Teilaufhebung; Teilrechtskraft von nicht betroffenen Feststellungen und Wertungen); Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Verhältnis zur vorbehaltlosen Anordnung der Sicherungsverwahrung); Unterschiede zwischen den materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der vorbehaltlosen und der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung
§ 66 StGB; § 66a Abs. 1 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

51. BGH 4 StR 268/18 – Beschluss vom 8. November 2018 (LG Essen)

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (Erfordernis der vorherigen Belehrung über die eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht).
§ 257c Abs. 5 StPO

52. BGH 4 StR 290/18 – Beschluss vom 7. November 2018 (LG Essen)

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

53. BGH 4 StR 326/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG Kaiserslautern)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Erlangen eines Vermögensvorteils; Haftung für einen Tatertrag; Annahme mittäterschaftlicher Zurechnung allein nicht ausreichend für Haftung); Urteilsgründe (Umfang der Dokumentation der Beweisaufnahme).
§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 267 StPO

54. BGH 4 StR 329/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG Paderborn)

Unerlaubtes Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 BtMG

55. BGH 4 StR 356/18 – Urteil vom 22. November 2018 (LG Bielefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen einer begründeten Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer erheblicher Straftaten).
§ 64 StGB

56. BGH 4 StR 397/18 – Beschluss vom 10. Oktober 2018 (LG Detmold)

Versuch (Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch; Korrektur des Rücktrittshorizonts bei versuchten Tötungsdelikten); Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz: Anforderungen an Darlegung und Begründung).
§ 15 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

57. BGH 4 StR 400/18 – Beschluss vom 25. Oktober 2018 (LG Halle)

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

58. BGH 4 StR 435/18 – Beschluss vom 21. November 2018 (LG Essen)

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

59. BGH 4 StR 451/18 – Beschluss vom 14. November 2018 (LG Bochum)

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

60. BGH 4 StR 466/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG Paderborn)

Bewaffnete unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Zweckbestimmung eines mitgeführten Gegenstandes zur Verletzung von Personen).
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

61. BGH 4 StR 494/18 – Beschluss vom 22. November 2018 (LG Detmold)

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

62. BGH 4 StR 499/18 – Beschluss vom 20. November 2018 (LG Essen)

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

63. BGH 3 StR 126/18 – Beschluss vom 18. Oktober 2018 (LG Mönchengladbach)

Nichtverhinderung der aktiven Tötungshandlung eines Anderen durch einen Garanten (Abgrenzung von täterschaftlicher Begehung und Beihilfe; innere Haltung zur Begehungstat; wertende Betrachtung; Interesse am abzuwendenden Taterfolg; Täterwille; sich die Tat zu eigen machen; Unterordnung im Willen; Gehilfenwille).
§ 13 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 227 StGB

64. BGH 3 StR 37/18 – Urteil vom 18. Oktober 2018 (LG Verden)

Lückenhafte Beweiswürdigung (revisionsgerichtlicher Prüfungsumfang; Berücksichtigung sämtlicher zur Beeinflussung der Entscheidung geeigneter Umstände; strafrechtliches Vorleben des Täters; Zweifelssatz; keine tätergünstige Unterstellung nicht angezeigter Sachverhaltsvarianten).
§ 261 StPO

65. BGH 3 StR 66/18 – Beschluss vom 16. Oktober 2018 (LG Osnabrück)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.
§ 154 StPO

66. BGH 3 StR 167/18 – Beschluss vom 30. Oktober 2018 (LG Halle)

Volksverhetzung (Leugnen oder Verherrlichen des Holocausts; böswillige Verächtlichmachung von Personengruppen; Aufrufen zur Gewalt; Äußerungsdelikt; Wiedergabe fremder Äußerungen; Zueigenmachen; öffentlich Zugänglichmachen; Verbreiten; Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens; Indikation durch Bejahung des Leugnens; Begehung über das Internet; Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts; Strafbarkeit nach schweizerischem Recht; Strafraumenwahl); Konkurrenzverhältnisse bei strafbaren Handlungen im Rahmen der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (Tatmehrheit; tatbestandliche Handlungseinheit; Rädelsführerschaft).
§ 130 StGB; § 129 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

67. BGH 3 StR 223/18 – Beschluss vom 28. November 2018 (LG Osnabrück)

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

68. BGH 3 StR 283/18 – Urteil vom 4. Oktober 2018 (LG Mönchengladbach)

Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Beurlaubung des Angeklagten (zurückhaltend auszuübendes Ermessen; sorgfältige Abwägung; Prognose; keine Auswirkungen auf den den beurlaubten Angeklagten betreffenden Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch; keine Berücksichtigung des Hauptverhandlungsteils; Verpassen der Erkenntnis neuer Verteidigungsmöglichkeiten; Antrag); 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 Risikogleichgewicht; Schädigungsvorsatz; Kenntnis von gefälschten Unterlagen und hohen Vermittlungsprovisionen); Einziehung von Taterträgen (erlangtes Etwas; Aufwendungen; Abzugsverbot; Entreicherung; Gesamtschuldner).
§ 231c StPO; § 263 StGB; § 73 StGB; § 73d StGB; § 421 BGB; § 818 BGB

69. BGH 3 StR 292/17 – Beschluss vom 21. August 2018 (LG Düsseldorf)

Vermögensbetreuungspflicht des ärztlichen Direktors eines Universitätsklinikums (tatsächliches Treueverhältnis; Kenntnis und tatsächliches Vertrauen des Treuegebers; Personalverwaltung; geldwerte Arbeitsleistungen von Mitarbeitern; Einsatz von Mitarbeitern für private Zwecke; Gewerbsmäßigkeit).
§ 266 StGB

70. BGH 3 StR 330/18 – Urteil vom 18. Oktober 2018 (LG Trier)

Beschränkung des Rechtsmittels auf die Nichtanordnung der Einziehung von Betäubungsmitteln (Sicherungscharakter; keinen Einfluss auf die Bemessung der Strafhöhe; gefährliche Gegenstände; Tatobjekte).
§ 337 StPO; § 344 Abs. 1 StPO; § 33 S. 1 BtMG; § 74 StGB

Die Einziehung von Betäubungsmitteln (§ 33 S. 1 BtMG), die Gegenstand der Tat waren, hat keinen Straf-, sondern lediglich Sicherungscharakter. Denn Betäubungsmittel sind gefährliche Gegenstände, deren Verwendung sich in dem Gebrauch erschöpft, auf deren Verhinderung die Straftatbestände des Betäubungsmittelgesetzes abzielen. Ihre Einziehung berührt mithin die Bemessung der Strafhöhe nicht, weshalb eine wirksame Beschränkung des Rechtsmittels auf die Nichtanordnung der Einziehung von Betäubungsmitteln grundsätzlich möglich ist.

71. BGH 3 StR 339/18 – Beschluss vom 27. November 2018 (LG Koblenz)

Erfolglose Rüge der Fehlerhaftigkeit einer Übersetzung eines als Beweismittel eingeführten Briefes (Inbegriffsrüge; Überzeugungsbildung; Aufklärungspflicht; Aufklärungsrüge).
§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

72. BGH 3 StR 345/17 – Beschluss vom 7. August 2018 (LG Mönchengladbach)

Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der (ehemaligen) Strafvorschriften zum Handelstreiben mit Dopingmitteln (Blankettgesetz; statische und dynamische Verweisung; gesetzgeberische Rechtssetzungshoheit; Festlegung der Voraussetzungen strafbaren Handelns; Gewaltenteilung; Anlage zum Übereinkommen gegen Doping; keine hinreichende Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit; Vorlage; Normenkontrolle); Anwendbarkeit der betäubungsmittelstrafrechtlichen Grundsätze zur Bewertungseinheit auch im Arzneimittelstrafrecht.
§ 95 Abs. 1 AMG aF; § 6a AMG aF; § 4 Abs. 1 AntiDopG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG; § 4 Abs. 1 AntiDopG; § 2 Abs. 1 AntiDopG; § 52 StGB

73. BGH 3 StR 346/18 – Urteil vom 15. November 2018 (LG Trier)

Horizontale Teilrechtskraft nach teilweiser Urteilsaufhebung (Revision; Tatrichter; Zurückverweisung; Umfang der Aufhebung; Tenor der revisionsgerichtlichen Entscheidung; Strafausspruch; Rechtsfolgenausspruch; Einziehungsanordnung).
§ 353 StPO

74. BGH 3 StR 376/18 – Beschluss vom 13. November 2018 (LG Hannover)

Teilweise Aufhebung der Einziehungsanordnung wegen eines Rechenfehlers.
§ 73 StGB

75. BGH 3 StR 401/18 – Beschluss vom 13. November 2018 (LG Osnabrück)

Wegfall der Einziehungsentscheidung.
§ 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO

76. BGH 3 StR 404/18 – Beschluss vom 30. Oktober 2018 (LG Mönchengladbach)

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

77. BGH 3 StR 408/18 – Beschluss vom 18. Oktober 2018 (LG Hildesheim)

Voraussetzungen der Bejahung der besonderen Schuld-schwere bei der Verurteilung wegen Mordes (infolge affektiver Erregung geminderte Steuerungsfähigkeit; brutale Begehungsweise; Abwägung; Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung).
§ 211 StGB; § 57a StGB

78. BGH 3 StR 423/18 – Beschluss vom 27. November 2018 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhafter Strafausspruch (fehlende Feststellungen zur strafscharfend berücksichtigten Begehung der Tat während laufender Bewährung); Tatmehrheit zwischen besonders schwerer Brandstiftung und nachfolgendem Betrug.
§ 46 StGB; § 53 StGB; § 263 StGB; § 306b Abs. 2 StGB

79. BGH 3 StR 432/18 – Beschluss vom 31. Oktober 2018 (LG Koblenz)

Anforderungen an die Erheblichkeit von Körperverletzungen bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (geringe Gewaltanwendung; unwesentliche Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle der tatbestandlich vorausgesetzten Beeinträchtigung; pathologischer, somatisch-objektiverbarer Zustand; psychische Beschwerden).
§ 63 StGB; § 223 StGB

80. BGH 3 StR 439/18 – Beschluss vom 16. Oktober 2018 (LG Osnabrück)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Entscheidung über die Gesamtstrafenbildung (Vollstreckungsstand; Zäsurwirkung).
§ 55 StGB

81. BGH 3 StR 450/18 – Beschluss vom 14. November 2018 (LG Osnabrück)

Teilweise Aufhebung der Einziehungsanordnung.
§ 74 StGB

82. BGH 3 StR 463/18 – Beschluss vom 15. November 2018 (LG Wuppertal)

Horizontale Teilrechtskraft nach teilweiser Urteilsaufhebung.
§ 353 StPO

83. BGH 3 StR 464/18 – Beschluss vom 14. November 2018 (LG Koblenz)

Verhältnis der verschiedenen Tatbestandsvarianten beim schweren sexuellen Missbrauch.
§ 177 Abs. 8 StGB

84. BGH 3 StR 651/17 – Urteil vom 1. August 2018 (LG Bad Kreuznach)

Unbeachtlichkeit des error in persona für den Mittäter (Identifizierung des Tatopfers; Tatplan; notwendiger Bestandteil; Risiko der Verwechslung; Vorhersehbarkeitskriterium); Prüfung von Prozessvoraussetzungen durch das Revisionsgericht (Freibeweisverfahren; Unmöglichkeit der Klärung nach Aktenlage; Strengbeweis; Hauptverhandlung); Zulässigkeit nachteiliger Schlüsse aus dem Teilschweigen des Angeklagten (Selbstbelastungsfreiheit; unbefangener Gebrauch des Schweigerechts; anfängliches Schweigen; Zeitpunkt der Aussage); Konkurrenzen (regelmäßig keine natürliche Handlungseinheit bei Angriffen gegen höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff des Handeltreibens; ernsthafte Kaufverhandlung; ergebnislose Anfragen; gewaltsames Sichverschaffen als Voraussetzung des späteren Weiterverkaufs; Wirkstoffgehalt; Bewertungseinheit bei einheitlichen Verkaufsvorgängen; Tateinheit); Beweiswürdigung bei Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe.
§ 16 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 224 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 136 StPO; § 206a StPO; § 29 BtMG

85. BGH 3 ARs 10/18 – Beschluss vom 28. November 2018 (BGH)

Aussetzung der Vollziehung im Beschwerdeverfahren (Ermessen; vorläufige Prüfung; offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit; Abwägung im Einzelfall).
§ 307 Abs. 2 StPO

86. BGH StB 47/18 – Beschluss vom 15. November 2018

Unbegründetheit der Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss des Ermittlungsrichters am BGH.
§ 304 StPO