

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; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr.
Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel (Redaktion-
assistent); Prof. Dr. Jochen Bung,
M.A., Univ. Hamburg; Prof. Dr. Chris-
toph Burchard, LL.M. (NYU), Univ.
Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko,
LLM, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Lutz
Eidam, LL.M., Univ. Bielefeld; Dr.
Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),
Univ. Cambridge; Prof. Dr. Diethelm
Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr.
Hans Kudlich, Univ. Erlangen-
Nürnberg; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M.
(Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbau-
er, Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neu-
haus, Dortmund; RA Dr. Markus
Rübenstahl, mag. iur., Frankfurt a.M.;
Prof. Dr. Frank Saliger, LMU München;
RA Dr. Hellen Schilling, Frankfurt
a.M.; Prof. Dr. Christoph Sowada,
Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich
Ventzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolf-
gang Wohlers, Univ. Basel

Publikationen

Rechtsanwalt Markus Gierok, Köln – **Strafrechtliche Verfolgbarkeit von On-
line-Casino-Anbietern mit Sitz im EU-Ausland** S. 17

Felix Fischer, Bucerius Law School, Hamburg – **Haben kranke Menschen ei-
nen Rechtsanspruch auf aktive Sterbehilfe oder Unterstützung beim
Suizid?** S. 24

Entscheidungen

BVerfG **Schranken des Haftbefehls nach Anklageerhebung**

BVerfG **Beschleunigung in Haftsachen im Zwischenverfahren**

BGHSt **Beginn der Geburt bei operativer Entbindung**

BGHSt **Diebstahl mit vergessenem Schlüssel**

BGHSt **Beruhigen bei mangelnder Bescheidung zum Selbstleseverfah-
ren**

BGHSt **Hemmung der Unterbrechungsfristen bei mehrfacher Er-
krankung**

BGHR **Versuchter Verdeckungsmord nach Medikamentenverwech-
slung**

BGHR **Hemmung der Unterbrechungsfristen zum Schutz vor Anste-
ckung**

BGHR **Einziehung von Taterträgen bei Marktmanipulation und Zu-
griff auf sog. ruhende E-Mails**

Die Ausgabe umfasst 87 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; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

RA 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 Rübenstahl, mag. iur., Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Frank Saliger, LMU München; RA Dr. Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Univ. Basel.

ISSN 1865-6277

22. Jahrgang, Januar 2021, Ausgabe

1

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1. BVerfG 2 BvR 1787/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Dezember 2020 (OLG Düsseldorf / LG Duisburg)

Neuerlass und Vollzug eines Haftbefehls nach Anklageerhebung (Freiheitsgrundrecht; freiheitsgewährleistende Funktion von Verfahrensgarantien; Wiederinvolzugsetzung eines Haftbefehls aufgrund neu hervorgetretener Umstände; Entstehung eines Vertrauenstatbestandes mit der Haftverschonung; umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls; Bindung an die Beurteilung in der Aussetzungsentscheidung; Haftgründe als Bezugspunkt der neuen Umstände; Unerheblichkeit des Verdachtsgrades; gesteigerter Fluchtanreiz durch deutlich erhöhte Straferwartung; Vorstellungsbild des Beschuldigten; Begründungstiefe von Haftentscheidungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 112 StPO; § 116 Abs. 4 StPO; § 120 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Der Neuerlass und Vollzug eines Haftbefehls nach Anklageerhebung genügt den sich aus dem Freiheitsgrundrecht ergebenden Anforderungen nicht, wenn er sich hinsichtlich der Fluchtgefahr im Wesentlichen auf dieselben Umstände stützt wie ein im Ermittlungsverfahren ergangener Haftbefehl, der später außer Vollzug gesetzt und sodann aufgehoben worden war, ohne dass sich der Beschuldigte in der Folge dem Verfahren entzogen hatte.

2. Die Erhöhung der Schadenssumme oder der Anzahl der Fälle – hier: des Vorenthaltens und Veruntreuens von

Arbeitsentgelt und der Steuerhinterziehung – kann eine erneute Inhaftierung nur dann rechtfertigen, wenn sie auch nach der Vorstellung des Beschuldigten zu einer erheblichen Steigerung der Straferwartung und damit der Fluchtgefahr führt. Bei der gebotenen Abwägung ist es gesondert zu würdigen, wenn der Beschuldigte in der Zeit der Verschonung allen ihm erteilten Auflagen bestandungsfrei nachgekommen und von ihm gestatteten Reisen sogar in Staaten außerhalb der Europäischen Union zurückgekehrt war.

3. Die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ist wegen der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung nur ausnahmsweise zulässig, wenn die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung den Freiheitsanspruch des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz maßgebliche Bedeutung zu.

4. Das in § 116 Abs. 4 StPO zum Ausdruck kommende Gebot, die Aussetzung des Vollzuges eines Haftbefehls nur dann zu widerrufen, wenn sich die Umstände gegenüber dem Zeitpunkt der Haftverschonung verändert haben, gehört zu den bedeutsamsten freiheitssichernden Verfahrensgarantien, deren Beachtung Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht. § 116 Abs. 4 StPO kommt auch dann zur Anwendung, wenn ein außer Vollzug gesetzter Haftbefehl aufgehoben wird und in der Folge ein neuer Haftbefehl erlassen und in Vollzug gesetzt wird.

5. Der erneute Vollzug eines Haftbefehls aufgrund neu hervorgetretener Umstände (§ 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO) kommt nur in Betracht, wenn – auch zeitlich vor dem Aussetzungsbeschluss entstandene – schwerwiegende Tatsachen nachträglich bekannt werden, die das Gericht, hätte es sie im Zeitpunkt der Aussetzungsentscheidung gekannt, zur Ablehnung der Verschonung veranlasst hätten. Entscheidend ist, ob die Vertrauensgrundlage für die Aussetzungsentscheidung entfallen ist. Vorzunehmen ist insoweit eine sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Abwägung zwischen dem Gewicht der neuen Erkenntnisse und des mit der Haftverschonung entstandenen Vertrauenstatbestandes. Dabei ist das Gericht an die Beurteilung der für die Aussetzung maßgeblichen Umstände grundsätzlich gebunden.

6. Die neu hervorgetretenen Tatsachen müssen sich auf die Haftgründe beziehen, während Umstände auf der Ebene des Tatverdachts – wie insbesondere ein gesteigerter Verdachtsgrad nach einer Anklageerhebung oder Verurteilung – als solche nicht herangezogen werden dürfen. Letztere können eine Wiederinvollzugsetzung nur dann rechtfertigen, wenn zugleich ein Haftgrund betroffen ist, etwa weil die Straferwartung von der Prognose des Haftrichters zum Zeitpunkt der Außervollzugsetzung erheblich zum Nachteil des Beschuldigten abweicht und sich hieraus ein gesteigerter Fluchtanreiz ergibt. Die Anwendung des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO erfordert allerdings nachvollziehbare Feststellungen dazu, von welcher Straferwartung der Beschuldigte im Zeitpunkt der Außervollzugsetzung des Haftbefehls ausgegangen ist; bloße Mutmaßungen genügen insoweit nicht.

7. Ebenso wie Haftfortdauerentscheidungen unterliegen auch Entscheidungen über die Wiederinvollzugsetzung eines Haftbefehls von Verfassungen wegen einer erhöhten Begründungstiefe und erfordern regelmäßig schlüssige und nachvollziehbare Ausführungen zum Fortbestehen der Voraussetzungen der Untersuchungshaft, zur Abwägung zwischen Freiheitsgrundrecht und Strafverfolgungsinteresse sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit.

2. BVerfG 2 BvR 1853/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Dezember 2020 (OLG Frankfurt am Main)

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus (Beschleunigungsgebot in Haftsachen im gerichtlichen Zwischenverfahren; psychiatrische Begutachtung des Angeklagten; Erfordernis einer zügigen Gutachtenerstattung; unzureichende Überwachung des Sachverständigen durch das Gericht; ungerechtfertigtes Zuwarten mit der Eröffnungsentscheidung; Freiheitsgrundrecht; Unschuldsvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Abwägung zwischen Freiheitsanspruch des Beschuldigten und unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; § 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; § 73 StPO; § 77 StPO; § 246a Abs. 1 StPO

1. Eine Strafkammer betreibt das Zwischenverfahren nicht mit der in Haftsachen gebotenen Beschleunigung, wenn sie an den mit der psychiatrischen Begutachtung des Angeklagten beauftragten Sachverständigen über einen Zeitraum von vier Monaten lediglich zwei Sachstandsfragen richtet und dabei verkennt, dass es im Verantwortungsbereich des Gerichts liegt, durch geeignete Maßnahmen eine zügige Gutachtenerstattung sicherzustellen.

2. Das Ausstehen eines schriftlichen Sachverständigen-gutachtens rechtfertigt das Zuwarten mit der Eröffnung des Hauptverfahrens über nahezu sechs Monate von vornherein nicht, wenn lediglich eine verminderte Schuldfähigkeit des Angeklagten und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt im Raum stehen, die für die Eröffnungsentscheidung ohne Belang sind und über die zudem allein auf der Grundlage der Vernehmung des Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu entscheiden ist.

3. Die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ist wegen der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung nur ausnahmsweise zulässig, wenn die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung den Freiheitsanspruch des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz maßgebliche Bedeutung zu.

4. Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft vergrößert sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs regelmäßig gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse. Damit steigen die Anforderungen sowohl an die Zügigkeit der Bearbeitung der Haftsache als auch an den die Haftfortdauer rechtfertigenden Grund.

5. Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen verlangt, dass die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um mit der gebotenen Schnelligkeit eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen.

6. Der Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen beansprucht auch für das gerichtliche Zwischenverfahren Geltung. Im Falle der Entscheidungsreife ist über die Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung zu beschließen und anschließend im Regelfall innerhalb von weiteren drei Monaten mit der Hauptverhandlung zu beginnen. Der Vollzug der Untersuchungshaft von mehr als einem Jahr bis zum Beginn der Hauptverhandlung oder dem Erlass des Urteils wird dabei nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zu rechtfertigen sein.

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

3. BVerfG 2 BvR 2194/19 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2020 (BayObLG / LG Amberg)

Verstoß gegen die gerichtliche Sachaufklärungspflicht im Strafvollzug (Einsichtnahme in einen Haftraum durch ein Sichtfenster; Privat- und Intimsphäre des Gefangenen; allgemeines Persönlichkeitsrecht; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Aufklärung von Anlass, Häufigkeit und Ausgestaltung der Einsichtnahmen; keine unbeschränkte Zulässigkeit jeglicher Einsichtnahmen in Gemeinschaftshafträume); Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung (kein Leerlaufen des Rechtsmittels; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; Art. 6 Abs. 2 BayStVollzG; Art. 96 Abs. 2 Nr. 2 BayStVollzG

1. Beanstandet ein Strafgefangener unter Benennung mehrerer Zeugen, während seiner Unterbringung in einem Gemeinschaftshaftraum hätten Justizvollzugsbeamte in zahlreichen Fällen ohne konkreten Anlass durch ein Sichtfenster Einsicht in den Haftraum genommen, so verletzt die Strafvollstreckungskammer den Anspruch des Gefangenen auf effektiven Rechtsschutz, wenn sie seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückweist, ohne aufgeklärt zu haben, wie häufig tatsächlich Einsichtnahmen stattgefunden haben, ob jeweils ein Anlass hierfür bestand und ob eine weniger eingriffsintensive Ausgestaltung möglich war.

2. Soweit das Gericht von einer weiteren Aufklärung absieht, weil es allein aufgrund der erhöhten Gefährdung der Gefangenen bei der Unterbringung in Gemeinschaftshafträumen jede mögliche Einsichtnahme pauschal für rechtmäßig erachtet, verkennt es, dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme nur dann tragfähig beurteilt werden kann, wenn ihre konkrete Häufigkeit und Ausgestaltung bekannt sind.

3. Der Haftraum bietet für den Gefangenen regelmäßig die einzige Möglichkeit, sich eine gewisse Privatsphäre zu schaffen und ungestört zu sein. Die Justizvollzugsanstalt hat die Privat- und Intimsphäre des Gefangenen als Ausdruck seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu wahren. Hinsichtlich der Einsichtnahme in den Haftraum ist sie an das Willkürverbot und an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, die ein schonendes Vorgehen gebieten.

4. Sieht das Rechtsbeschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG von einer Begründung seiner Entscheidung ab, so ist dies mit Art. 19 Abs. 4 GG nur vereinbar, wenn dadurch das Rechtsmittel nicht leerläuft. Letzteres ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidung mit Grundrechten bestehen, etwa weil die Entscheidung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – hier: zur gerichtlichen Sachaufklärungspflicht – abweicht.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

21. BGH 1 StR 474/19 – Urteil vom 19. August 2020 (LG Landshut)

BGHR; versuchter Verdeckungsmord (Vorsatz: Möglichkeit der Verdeckungsabsicht bei bedingtem Tö-

tungsvorsatz, Verdeckungsabsicht als treibendes Motiv); Totschlag durch Unterlassen (Anforderungen an einen Eventualvorsatz hinsichtlich der hypothetischen Kausalität der Rettungshandlung; Behandlungsab-

bruch: Rechtfertigung durch eine Patientenverfügung, hier: Zustandsverschlechterung nach einer Medikamentenverwechslung).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 1901a BGB

1. Zum versuchten Verdeckungsmord durch Unterlassen nach Medikamentenverwechslung bei einem Palliativpatienten durch Pflegekräfte. (BGH)

2. Gegenstand des Vorsatzes müssen bei Unterlassungen neben der Untätigkeit die physisch-reale Handlungsmöglichkeit, der Eintritt des Erfolges, die Quasi-Kausalität sowie die die objektive Zurechnung begründenden Umstände sein. Hinsichtlich der hypothetischen Kausalität genügt bedingter Vorsatz dahingehend, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, sein Eingreifen könne den Erfolg abwenden. Es ist nicht erforderlich, dass dem Täter bewusst sein muss, dass der (Rettungs-)Erfolg mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eintreten würde (entgegen 5. Strafsenat, BGHSt 62, 223). (Bearbeiter)

3. Eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof für einen rechtfertigenden Behandlungsabbruch in Übereinstimmung mit dem (mutmaßlichen) Patientenwillen entwickelt hat (vgl. BGHSt 55, 191) kommt für Fälle der Zustandsverschlechterung nach einer Medikamentenverwechslung für solche Fälle in Betracht, in denen der Betroffene bereits palliativmedizinisch versorgt wird. (Bearbeiter)

4. Eine Pflegekraft darf die Entscheidung, dass keine weitere Behandlung stattfindet, jedoch nur in Absprache mit einem Arzt, der allein die medizinische Indikation von möglichen Behandlungsmaßnahmen nach der Medikamentenverwechslung zu bestimmen hat, treffen. (Bearbeiter)

5. Verdeckungsabsicht und bedingter Tötungsvorsatz schließen sich nicht grundsätzlich aus. So kommt die Annahme von Verdeckungsabsicht im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn der Tod des Opfers nicht mit direktem Vorsatz angestrebt, sondern nur bedingt vorsätzlich in Kauf genommen wird, wenn nicht im Einzelfall der Tod des Opfers sich als zwingend notwendige Voraussetzung einer Verdeckung darstellt. (Bearbeiter)

6. Kommen bei der Prüfung der subjektiven Mordmerkmale verschiedene, möglicherweise zusammenwirkende Motive des Täters in Betracht (sogenanntes Motivbündel), hat das Tatgericht sämtliche wirkmächtigen Elemente in seine Würdigung einzubeziehen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2004 – 1 StR 286/04 Rn. 16). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für den Verdeckungsmord anerkannt, dass auch die Absicht, durch Tötung eine Entdeckung früherer Straftaten zu vermeiden, mit anderen Beweggründen zusammenfallen kann; sie muss aber für sich gesehen Triebfeder des Täterhandelns sein. (Bearbeiter)

70. BGH 4 StR 295/20 – Beschluss vom 8. September 2020 (LG Arnsberg)

Vorsatz (bedingter Vorsatz: Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, tatrichterliche Feststellung des voluntativen und kognitiven Elements, Hemmschwelle bei Tötungsdelikten); verminderte Schuldfähigkeit (mehrstufige Prüfung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Diagnose einer Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ).

§ 15 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, ferner, dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet; bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.

2. Da diese beiden Schuldformen im Grenzbereich eng beieinanderliegen, müssen bei der Annahme bedingten Vorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es zwar nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne zu Tode kommen. Ob dies im Einzelfall zutrifft, bedarf jedoch im Hinblick auf die hohe Hemmschwelle bei Tötungsdelikten einer besonders sorgfältigen tatgerichtlichen Prüfung. Insbesondere bei einer spontanen, unüberlegten oder in affektiver Erregung ausgeführten Handlung kann aus dem Wissen um einen möglichen Erfolgseintritt nicht allein ohne Berücksichtigung der sich aus der Persönlichkeit des Täters und der Tat ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das voluntative Vorsatzelement gegeben ist. Die Würdigung hierzu muss sich mit den Feststellungen des Urteils zur Persönlichkeit des Angeklagten auseinandersetzen.

3. Die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ ist nicht ohne weiteres geeignet, den für die Anordnung der Unterbringung nach § 63 StGB vorausgesetzten Zustand zumindest erheblich verminderter Schuldfähigkeit zu belegen. Erforderlich ist vielmehr, dass sicher feststeht, dass der Täter aufgrund der Persönlichkeitsstörung aus einem mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt hat.

62. BGH 4 StR 175/20 – Beschluss vom 3. Dezember 2020 (LG Kaiserslautern)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (mehrstufige Prüfung; Schwachsinn: Abgrenzung von Intelligenzminderung ohne nachweisbaren Organbefund und bloßer Minderung der geistigen Leistungsfähigkeit; krankheitsbedingt fehlende Unrechtseinsicht); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung und Beleg der für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Umstände).

§ 20 StGB; § 63 StGB

1. Die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfolgt prinzipiell mehrstufig.

Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann ist der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Schließlich ist im Einzelnen darzulegen, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der einzelnen Taten auf die Handlungsmöglichkeiten des Beschuldigten in der konkreten Tatsituation und damit auf seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat.

2. Zwar kann eine Intelligenzminderung ohne nachweisbaren Organbefund dem Eingangsmerkmal des Schwachsinn unterfallen und damit eine besondere Erscheinungsform schwerer anderer seelischer Abartigkeiten darstellen. Die bloße Minderung der geistigen Leistungsfähigkeit begründet eine solche Beeinträchtigung aber noch nicht. Dazu bedarf es einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, bei der darzulegen ist, warum das auf die festgestellte Intelligenzminderung zurückzuführende Störungsbild bei wertender Betrachtung in seiner Gesamtheit ein Ausmaß erreicht hat, das die Annahme einer schweren anderen seelischen Abartigkeit rechtfertigt.

3. Zwar kann das Leugnen von Tatabläufen den Schluss auf eine krankheitsbedingt fehlende Unrechtseinsicht rechtfertigen. Dies wird aber nur dann in Betracht kommen, wenn dem eine psychotische Realitätsverkenning zugrunde liegt.

4. Die für die Maßregelanordnung erforderliche Gefährlichkeitsprognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln. Als prognoseungünstig herangezogene tatsächliche Umstände aus dem Vorleben des Täters müssen dabei rechtsfehlerfrei festgestellt und belegt sein.

43. BGH 2 StR 159/20 – Beschluss vom 16. September 2020 (LG Darmstadt)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (mehrstufige Prüfung; eigenständige tatrichterliche Prüfung und Bewertung erforderlicher Sachverständigengutachten; Prüfung eines intakten Hemmungsvermögens im Hinblick auf die Handlungsmöglichkeiten des Täters bei der Begehung der Tat; Möglichkeit der aufgehobenen oder erheblich verminderten Fähigkeit, Anreize und Hemmungsvorstellungen abzuwägen auch bei einem geplanten und geordneten Vorgehen).

§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder zumindest die Steuerungsfähigkeit im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfordert prinzipiell eine mehrstufige Prüfung. Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass beim Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit zu untersu-

chen. Durch die festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein.

2. Für die Tatsachenbewertung ist das Gericht auf die Hilfe eines Sachverständigen angewiesen. Gleichwohl handelt es sich bei der Frage des Vorliegens eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB bei einem gesicherten psychiatrischen Befund um eine Rechtsfrage. Gleiches gilt für die Prüfung der Frage, ob die festgestellte und einem der Eingangsmerkmale des § 20 StGB zuzuordnende Störung sich bei Tatbegehung auf die Handlungsmöglichkeiten des Täters in der konkreten Tatsituation und damit auf seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat. Deren Beurteilung erfordert konkretisierende und widerspruchsfreie Darlegungen. Der Tatrichter hat sowohl bei der Entscheidung über die Bejahung eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB als auch bei der Frage der eingeschränkten Schuldfähigkeit nicht nur die Darlegungen des medizinischen Sachverständigen eigenständig zu überprüfen; er ist auch verpflichtet, seine Entscheidung in einer für das Revisionsgericht nachprüfbar Weise zu begründen.

3. Will das Tatgericht dem Gutachten eines Sachverständigen folgen, muss das Urteil nicht nur erkennen lassen, dass sich das Gericht dem Gutachten aus eigener Überzeugung anschließt, sondern auch, warum es ihm folgt. Erforderlich ist eine eigenverantwortliche Prüfung der Ausführungen des Sachverständigen. Andernfalls besteht die Besorgnis, das Gericht habe eine Frage, zu deren Beantwortung es eines besonderen Sachverständigenwissens bedurft, ohne diese Sachkunde entschieden oder es habe das Gutachten nicht richtig verstanden. Das Tatgericht muss selbst entscheiden und in den Urteilsgründen erkennen lassen, dass es dies unter Gesamtwürdigung der relevanten Umstände getan hat.

4. Die Frage des Vorhandenseins eines intakten Hemmungsvermögens oder seiner erheblichen Beeinträchtigung oder gar Aufhebung ist im Hinblick auf die Handlungsmöglichkeiten des Täters bei der Begehung der Tat zu prüfen.

5. Auch bei einem geplanten und geordneten Vorgehen kann die Fähigkeit, Anreize zu einem bestimmten Verhalten und Hemmungsvorstellungen gegeneinander abzuwägen und danach den Willensentschluss zu bilden, aufgehoben oder erheblich vermindert sein. Ohnedies sind das Tatverhalten wie das Verhalten vor und nach der Tat wenig aussagekräftig für das Hemmungsvermögen, wenn eine schwere Persönlichkeitsstörung zu diagnostizieren ist.

57. BGH 2 StR 529/19 – Beschluss vom 16. September 2020 (LG Frankfurt am Main)

Tateinheit (rechtliche Handlungseinheit); sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt: Begriff der Entgeltlichkeit).

§ 52 StGB; § 182 Abs. 2 StGB

1. Von einer Straftat im Rechtssinne kann ausgegangen werden, wenn mehrere natürliche Handlungen zu einer Einheit zusammengefasst werden. Das ist dann der Fall,

wenn zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen ein solcher Zusammenhang besteht, dass sich das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise als einheitlich zusammengefasstes Tun darstellt und die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element miteinander verbunden sind. Eine tatbestandliche Handlungseinheit liegt vor, wenn mehrere natürliche Handlungen unter unterschiedlichen rechtlichen Aspekten zusammengefasst werden; darüber hinaus können Sinn und Zweck der verletzten Gesetzestatbestände zur Annahme einer tatbestandlichen Handlungseinheit führen, die normativ bestimmt wird.

2. Nach § 182 Abs. 2 StGB wird eine Person über achtzehn Jahren bestraft, die eine Person unter achtzehn Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Entgelt ist hierbei jede in einem Ver-

mögensvorteil bestehende Gegenleistung. Für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 182 Abs. 2 StGB reicht es aus, dass sich Täter und Opfer vor oder während des sexuellen Kontaktes einig sind, dass der Vermögensvorteil die Gegenleistung für das Sexualverhalten des Jugendlichen sein soll. Werden mehrere sexuelle Handlungen im Sinne von § 182 Abs. 2 StGB jeweils gesondert gegen Entgelt vorgenommen, kann eine Handlungsmehrheit von Taten nach § 182 Abs. 2 StGB vorliegen, soweit keine einheitliche Vereinbarung zu Grunde liegt. Erfolgen die mehrmaligen Sexualakte aber innerhalb eines einheitlichen Lebensvorgangs, liegt die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit nahe. Gleiches gilt, wenn ein einmaliges Entgelt für mehrere sexuelle Handlungen gezahlt wird. In Fällen einer einheitlichen Entgeltzahlung kommt Tatmehrheit allenfalls dann in Betracht, wenn die sexuellen Handlungen auf getrennten Tatentschlüssen beruhen.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

33. BGH 5 StR 256/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG Berlin)

BGHSt; Tötungsdelikte (Beginn der Geburt bei operativer Entbindung: „Kaiserschnitt“; Mehrlingsgeburt; Geburtsbeginn als Zäsur zwischen Tötungsdelikten und Schwangerschaftsabbruch; Eröffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib; eindeutiges Ende der Schwangerschaft; Vorsatz; Parallelwertung in der Laiensphäre; Rechtfertigung; Analogie; planwidrige Regelungslücke; Verbotssirrtum).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 218 StGB; § 218a Abs. 2 StGB

1. Bei einer operativen Entbindung (Kaiserschnitt, sectio caesarea) beginnt die Geburt und damit der Anwendungsbereich der §§ 211 ff. StGB regelmäßig mit der Eröffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib; dies gilt auch bei einer Mehrlingsgeburt. (BGHSt)

2. Mit der Eröffnung des Uterus kommt ein Abbruch des begonnenen Geburtsvorgangs (in vergleichbarer Weise wie beim Beginn einer natürlichen Geburt) regelmäßig praktisch nicht mehr in Betracht. Der Nasciturus ist damit erstmals direkt vom Geburtsvorgang betroffen und es wird in aller Regel – anders als Narkose oder Bauchschnitt – ein eindeutiges Ende der Schwangerschaft im Sinne von § 218 StGB bewirkt. Lediglich in seltenen Sonderfällen wie der Uterusruptur kann der Geburtsbeginn bei einem Kaiserschnitt auch früher als mit der Uterusöffnung anzusetzen sein. (Bearbeiter)

3. Die grundsätzlich objektive Grenzziehung anhand des Merkmals der Eröffnung des Uterus bedarf aufgrund der

medizinischen Möglichkeiten, den Uterus zu fetalchirurgischen Zwecken zu öffnen und wieder zu verschließen, um die Schwangerschaft anschließend fortzudauern zu lassen, einer Einschränkung. In subjektiver Hinsicht muss die Gebärmutter zu dem Zweck eröffnet werden, den Fetus dauerhaft vom Mutterleib zu trennen und damit die Schwangerschaft zu beenden. Diese Intention des Arztes lässt sich regelmäßig anhand objektiver Merkmale (insbesondere Operationsvorbereitung) feststellen. (Bearbeiter)

4. Der Senat hält daran fest, dass der Geburtsbeginn als maßgebliche Zäsur zwischen §§ 211 ff. StGB und § 218 StGB anzusehen ist, weil das Kind gerade in der mit Risiken für Gesundheit und Leben verbundenen Geburtsphase besonderen Schutzes – auch vor fahrlässigen Einwirkungen – bedarf. Mit dem Wortlaut des § 218 StGB ist es ohne weiteres vereinbar, den Beginn der Geburt – entsprechend der medizinischen Terminologie – als Ende der von § 218 StGB geschützten Schwangerschaft und damit als Beginn des Schutzes durch §§ 211 ff. StGB anzusehen. Dass im Zivilrecht die Rechtsfähigkeit erst ab Vollendung der Geburt beginnt (§ 1 BGB), ist aufgrund des abweichenden Regelungszwecks von Zivil- und Strafnormen nicht ausschlaggebend. (Bearbeiter)

5. Als Beginn der Geburt sieht der Bundesgerichtshof bei natürlichem Geburtsverlauf bisher das Einsetzen der Eröffnungswehen an. Ob angesichts der medizinischen Möglichkeit einer Unterdrückung von weiteren Eröffnungswehen durch die Gabe wehenhemmender Medikamente für den Geburtsbeginn auf den Beginn jeder Art von Eröffnungswehen, auf den Beginn von alsbald in die Ausstoßung der Leibesfrucht mündenden Eröffnungswehen, auf den Beginn der Presswehen oder gar erst auf den

Beginn des Austritts des Kindes aus dem Mutterleib abzustellen ist, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)

6. Eine analoge Anwendung von § 218a Abs. 2 StGB kommt in Fällen der vorliegenden Art nicht in Betracht. Es fehlt schon an einer planwidrigen Regelungslücke. Angesichts der umfassenden parlamentarischen Diskussion der auch weltanschaulich umstrittenen Fragen in Zusammenhang mit § 218a Abs. 2 StGB beruht die Beschränkung dieses Rechtfertigungsgrundes auf die Zeit der Schwangerschaft auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers in Umsetzung entsprechender Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Gegen eine Analogie spricht außerdem, dass Ausnahmenvorschriften wie § 218a Abs. 2 StGB eng auszulegen sind und durch eine Analogie eine vom Gesetzgeber als Ausnahme gewollte Regelung nicht zum allgemeinen Prinzip erhoben werden darf. (Bearbeiter)

65. BGH 4 StR 35/20 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Essen)

BGHSt; Wohnungseinbruchdiebstahl (falscher Schlüssel: bei dem Berechtigten in Vergessenheit geratener Schlüssel); schwere Brandstiftung (Begriff der teilweisen Zerstörung: Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus; Begriff der „anderen“ Tat; Bezugspunkt der Verdeckungsabsicht); Grundsätze der Strafzumessung (kein Inverkehrgelangen von Betäubungsmitteln wegen vorheriger Sicherstellung).

§ 46 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB

1. Ein bei dem Berechtigten in Vergessenheit geratener Schlüssel ist kein falscher Schlüssel im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. (BGHSt)

2. Falsch ist ein Schlüssel im Sinne von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB, wenn er zum Zeitpunkt der Tat vom Berechtigten nicht oder nicht mehr zur Öffnung bestimmt ist. Diese Voraussetzung ist mit Blick auf die strafrechtlichen Folgen eines Wohnungseinbruch- bzw. eines Nachschlüssel-diebstahls nicht bereits dann erfüllt, wenn der Täter sich eines zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Schlüssels lediglich unbefugt bedient und diesen zur Begehung eines (Wohnungseinbruch-) Diebstahls missbraucht. Falsch im Sinne der genannten Vorschriften ist ein Schlüssel vielmehr nur dann, wenn ihm die Widmung des Berechtigten fehlt, dass er zur Öffnung des Schlosses dienen soll. Maßgeblich ist deshalb für die Frage, ob ein Schlüssel falsch ist, allein der Wille des zur Verfügung über die Wohnung Berechtigten, ob er den Schlüssel nicht, noch nicht oder nicht mehr zur Öffnung des Wohnungsschlusses bestimmt sehen möchte. (Bearbeiter)

3. Dem Vergessen ist immanent, dass eine Willensbildung des Berechtigten in Bezug auf die Gebrauchsbestimmung eines Schlüssels gerade nicht stattfindet. Ihm kann daher kein Erklärungswert dahin beigemessen werden, der Berechtigte gehe von einem endgültigen Verlust eines Schlüssels aus. (Bearbeiter)

4. Eine teilweise Zerstörung ist gegeben, wenn einzelne wesentliche Teile eines Objekts, die seiner tatbestandlich

geschützten Zweckbestimmung entsprechen, unbrauchbar geworden sind oder eine von mehreren tatbestandlich geschützten Zweckbestimmungen brandbedingt aufgehoben ist. Bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus bedeutet „teilweises Zerstören“, dass (zumindest) ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes □ d.h. eine zum Wohnen bestimmte, abgeschlossene „Untereinheit“ □ durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Das ist dann der Fall, wenn für den „verständigen“ Wohnungsinhaber die Wohnung wegen der Brandlegungsfolgen für eine beträchtliche Zeit nicht mehr benutzbar ist. (Bearbeiter)

5. Wie bei § 211 Abs. 2 StGB und § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB kann die „andere“ Tat bei § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB auch eine solche sein, die zu dem Brandstiftungsdelikt in Tateinheit steht. (Bearbeiter)

6. Die (Verdeckungs-)Absicht im Sinne der Nr. 2 muss sich auf die Verknüpfung zwischen dem Handeln des Brandstifters und dem von ihm verfolgten Zweck beziehen; im Hinblick auf das Grunddelikt genügt grundsätzlich dolus eventualis. Der Senat kann offenlassen, ob hinsichtlich der Brandstiftung auch dann bedingter Vorsatz ausreicht, wenn nach der Tätervorstellung die Verdeckung allein durch den Erfolg der schweren Brandstiftung erreichbar erscheint. (Bearbeiter)

7. Wurde die Betäubungsmittelmenge, die der Täter zum gewinnbringenden Weiterverkauf erworben hatte, sichergestellt und gelangte sie deshalb nicht in den Verkehr, liegt darin wegen des damit verbundenen Wegfalls der von Betäubungsmitteln üblicherweise ausgehenden Gefahr für die Allgemeinheit ein bestimmender Strafzumessungsgrund, der bei der Strafbemessung zu beachten ist und der demzufolge in den Gründen des Strafurteils angeführt werden muss. (Bearbeiter)

13. BGH 1 StR 328/19 – Urteil vom 11. November 2020 (LG Bonn)

Urkundenfälschung (Begriff der unechten Urkunde: Einverständnis des aus der Urkunde erkennbaren Ausstellers mit dem Nachmachen seiner Unterschrift, gesetzliche Vorgabe einer eigenhändigen Unterschriftsleistung bei der Steuererklärung); Verjährungsbeginn beim uneinheitlichen Organisationsdelikt; Betrug (Vermögensentscheidung: Kompensation durch den Wegfall eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs wegen Entreicherung des Vermögensinhabers durch die Vermögensverfügung); Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Verjährungsbeginn); Steuerhinterziehung (Kompensationsverbot); Revisionserstreckung bei Verjährung und Einziehung.

§ 266a Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 150 AO; § 267 Abs. 1 StGB; § 357 StPO

1. Im Grundsatz setzt das Herstellen (und anschließende Gebrauchmachen von) einer unechten Urkunde voraus, dass der Täter über den Aussteller der Urkunde täuscht, mithin die Urkunde nicht von derjenigen Person stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht (Identitätstäuschung). Der aus der Urkunde erkennbare Aussteller will sich in diesen Fällen die Urkunde tatsächlich nicht als

Urheber zurechnen lassen. Insoweit kann es der Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 StGB entgegenstehen, wenn der aus der Urkunde erkennbare Aussteller mit dem Nachmachen seiner Unterschrift einverstanden ist.

2. Indes ist ein solches Einverständnis des sich aus der Urkunde ergebenden Ausstellers wirkungslos, wenn Gesetzesvorschriften eine eigenhändige Unterschriftsleistung vorsehen. Wenn aufgrund einer solchen gesetzlichen Anordnung dem Vertretenen die rechtliche Befugnis zu einer Ermächtigung entzogen worden ist, muss sich dies auf die Auslegung der Strafvorschrift der Urkundenfälschung auswirken; denn geschütztes Rechtsgut sind die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden. Eine Urkunde ist demnach auch dann unecht, wenn dem Urkundenaussteller die Befugnis zur Ermächtigung zur rechtlichen Vertretung fehlt (vgl. BGHSt 33, 159, 161 f.).

3. Für die Beendigung des uneigentlichen Organisationsdelikts gelten die gleichen Grundsätze wie für die gesetzlich normierten „eigentlichen“ Organisationsdelikte. Damit läuft die Verjährung für alle Einzelfälle innerhalb eines Organisationsdelikts einheitlich.

4. Allerdings darf die über das uneigentliche Organisationsdelikt gebildete rechtliche Handlungseinheit im Rahmen der Verjährungsprüfung nicht zur Umgehung des Zweifelsgrundsatzes führen. Danach bestimmt sich „in dubio pro reo“ die Frage der Verfolgungsverjährung bei einem nicht eindeutig feststellbaren Tatbeendigungszeitpunkt nach der für den Angeklagten günstigeren Fallkonstellation (st. Rspr.). Dies kann sich dann auswirken, wenn in Frage steht, ob der organisierende Hintermann innerhalb der Tatserie neben seinem Organisationsbeitrag doch Beiträge leistete, die sich nur auf bestimmte Taten beziehen. Die Verjährung solcher individuell geförderten Taten würde sich dann nach Beendigung der Einzeltat bestimmen, auch wenn die Tatserie andauert.

5. Ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB liegt bei einer durch Täuschung erlangten Geldzahlung nicht vor, wenn dem Täter gegen den Vermögensinhaber aus einem anderen Grund ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zusteht. Denn in diesem Fall führt die irrtumsbedingte Vermögensminderungen gleichzeitig in entsprechender Höhe zu einer Befreiung von der bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsverbindlichkeiten wegen Entreichung (§ 818 Abs. 3 BGB).

6. § 357 Satz 1 StPO ist beim Verfahrenshindernis der Verjährung anzuwenden und gilt in entsprechender Anwendung für Einziehungsbeteiligte.

29. BGH 5 StR 124/20 – Urteil vom 11. November 2020 (LG Lübeck)

Mord (Heimtücke; für die Tatausführung getroffene Vorkehrungen; Fortwirken; Erschwerung von Verteidigungsmöglichkeiten; Ausnutzungsbewusstsein; Spontaneität des Tatentschlusses; niedrige Beweggründe; Tötung der ehemaligen Partnerin aus Eifersucht; Besitzdenken; ambivalente Gefühle; Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland).

§ 211 StGB

1. Bei einer von langer Hand geplanten und vorbereiteten Tat kann sich das Mordmerkmal der Heimtücke aus Vorkehrungen ergeben, die der Täter ergreift, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen. Voraussetzung ist, dass solche (etwa mit der Wahl von Tatort und -zeit) für die Tatausführung getroffenen Vorkehrungen beim Opfer zu einer vorgreifenden und im Tatzeitpunkt fortwirkenden Erschwerung von Verteidigungsmöglichkeiten führen, die der Angeklagte ausnutzt.

2. Ein Ausnutzungsbewusstsein kann bereits aus dem objektiven Bild des Geschehens abgeleitet werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter zur Tatzeit auf der Hand liegt. Das gilt in objektiv klaren Fällen selbst dann, wenn der Täter die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat. Allerdings kann die Spontaneität eines Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte einer Tat und einem psychischen Ausnahmezustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlt.

3. Gefühlsregungen wie Wut, Zorn, Ärger, Hass und Rachsucht kommen nur dann als niedrige Beweggründe (§ 211 StGB) in Betracht, wenn sie nicht menschlich verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind. Dabei ist der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt. Eifersucht und Wut darüber, die ehemalige Partnerin nicht für sich gewinnen zu können, sind regelmäßig als niedrig einzustufen, wenn sie ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen.

80. BGH 4 StR 422/19 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Essen)

Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (sexuelle Handlungen zwischen einer über 21 Jahren und einer unter 16 Jahren alten Person: fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung, wertende Gesamtbetrachtung, Merkmal des Ausnutzens).

§ 182 Abs. 3 Nr. 1 StGB

1. Nach § 182 Abs. 3 Nr. 1 StGB wird bestraft, wer – als Person über 21 Jahren – eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass er sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt und dabei die ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt. Das vom Tatbestand vorausgesetzte Fehlen der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung dem Täter gegenüber ergibt sich nicht schon allein aus dem Umstand, dass die betroffene jugendliche Person unter 16 Jahre alt ist, sondern bedarf der konkreten Feststellung im Einzelfall.

2. Dabei ist wertend zu beurteilen, ob der Jugendliche im Zeitpunkt der Tatbegehung nach seiner geistigen und seelischen Entwicklung reif genug war, die Bedeutung und Tragweite der konkreten sexuellen Handlung für seine Person angemessen zu erfassen und sein Handeln in Bezug auf den (erwachsenen) Täter danach auszurichten. Ersteres wird dann zweifelhaft sein, wenn das ju-

gendliche Opfer – etwa durch Retardierung im intellektuellen Bereich oder ausgeprägte soziale Fehlentwicklungen bedingt – einen bedeutenden Mangel an Urteilsvermögen aufweist. Die Fähigkeit zur sexuellen Autonomie gegenüber dem Täter kann im Einzelfall auch fehlen, wenn die Beziehung zwischen ihm und dem Jugendlichen auf eine sexuelle Beherrschung angelegt ist oder der Täter sich – durch dominantes oder manipulatives Auftreten – unlauterer Mittel der Willensbeeinflussung bedient. Ein weiteres Indiz für das Bestehen eines solchen „Machtgefälles“ kann auch ein erheblicher Altersunterschied sein.

3. Das Merkmal des Ausnutzens ist erfüllt, wenn sich der Täter die Unreife seines Opfers mit seinem unlauteren Verhalten bewusst zunutze macht.

15. BGH 1 StR 344/20 – Beschluss vom 29. Oktober 2020 (LG Ravensburg)

Gewerbsmäßiger Betrug (Erzielen tätereigener Vorteile aus der Tat).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB

Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will (st. Rspr.). Gewerbsmäßigkeit setzt daher stets – im Unterschied zu den Voraussetzungen des Betrugstatbestandes – eigennütziges Handeln und damit tätereigene Einnahmen voraus. Zwar ist das Erstreben von Geldmitteln nicht unbedingt erforderlich; so kann es etwa genügen, dass der Täter die Tatbeute für sich verwendet, indem er sie zur Deckung eigener Bedürfnisse einsetzt und eigene Aufwendungen erspart. Aber auch dann ist für die Annahme einer gewerbsmäßigen Begehungsweise erforderlich, dass der Täter die Nutzungsvorteile erzielt.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

71. BGH 4 StR 317/20 – Beschluss vom 3. Dezember 2020 (LG Bielefeld)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Gesamtwürdigung, längere vergangene strafrechtliche Unauffälligkeit des Täters).

§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat(en) ergibt, dass von ihm in Folge seines fortdauernden Zustands mit einer Wahrscheinlichkeit höheren Grades erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Bei den zu erwartenden Taten muss es sich um solche handeln, die geeignet erscheinen, den Rechtsfrieden schwer zu stören sowie das Gefühl der Rechtssicherheit erheblich zu beeinträchtigen, und die damit zumindest dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sind. Die notwendige Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu entwickeln und hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten von dem Beschuldigten in Folge seines Zustands drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist (Häufigkeit, Rückfallfrequenz) und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Dabei sind neben der konkreten Krankheits- und Kriminalitätsentwicklung auch die auf die Person des Täters und seine konkrete Lebenssituation

bezogenen Risikofaktoren, die eine individuelle krankheitsbedingte Disposition zur Begehung von Straftaten jenseits der Anlasstaten belegen können, einzustellen.

2. Der Umstand, dass ein Täter trotz bestehender Grunderkrankung in der Vergangenheit über einen längeren Zeitraum nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, kann ihm Rahmen der erforderlichen Gesamtabwägung ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger erheblicher Straftaten sein und ist deshalb regelmäßig zu erörtern.

4. BGH 1 StR 142/20 – Beschluss vom 14. Oktober 2020 (LG Kempten)

Strafzumessung (erforderliche strafmildernde Berücksichtigung fehlender Vorstrafen auch bei Rechtsanwälten).

§ 46 Abs. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es nicht zulässig, die straffreie Lebensführung eines Täters bei der Strafzumessung mit der Begründung unberücksichtigt zu lassen, dass Straffreiheit eine Selbstverständlichkeit sei. Dies gilt auch für Rechtsanwälte.

56. BGH 2 StR 523/19 – Beschluss vom 25. August 2020 (LG Frankfurt am Main)

Einziehung des Wertes von Taterträgen (gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Tatbeteiligter, Kennzeichnung im Urteilstenor; keine Einziehung des Wertes des Veräußerungssurrogates); Urkundenfälschung (Gewerbsmäßigkeit).

§ 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 73c StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, StGB; § 267 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

1. Mehrere Tatbeteiligte, die aus einer rechtswidrigen Tat etwas erlangt haben, haften als Gesamtschuldner.
2. Der Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor bedarf es auch nach neuem Recht.
3. Die Einziehung des Wertes des Veräußerungssurrogates, soweit dieses nicht mehr vorhanden ist und daher nicht eingezogen werden kann, sieht das Gesetz nicht vor.
4. Für die Annahme einer gewerbsmäßigen Begehungsweise genügt, wenn der Täter sich zumindest mittelbare wirtschaftliche Vorteile aus der Tat verspricht.

72. BGH 4 StR 341/20 – Beschluss vom 3. November 2020 (LG Bielefeld)

Grundsätze der Strafzumessung (unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei unverändertem Schuldumfang); Konkurrenzen (Abgrenzung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit: nur ausnahmsweise additive Betrachtungsweise bei Angriffen auf höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen).

§ 46 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 StGB

1. Die unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei unverändertem Schuldumfang ist kein maßgebliches Kriterium für die Strafbemessung.
2. Höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen, insbesondere das Leben von Menschen, sind einer

additiven Betrachtungsweise nur ausnahmsweise zugänglich. Greift daher der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu vernichten, so 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 rechtlich als eine Tat zusammenzufassen.

3. Anderes kann aber dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene. Dies ist etwa bei Messerstichen oder Schüssen innerhalb weniger Sekunden angenommen worden.

79. BGH 4 StR 387/20 – Beschluss vom 19. November 2020 (LG Detmold)

Bestimmung des Wertes des Erlangten (Begriff der Aufwendungen).

§ 73d Abs. 1 StGB

Aufwendungen nach § 73d Abs. 1 StGB sind alle geldwerten Leistungen, die zur Ermöglichung oder Durchführung der Tat aufgewendet werden. Der erbrachte Aufwand muss in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang gerade mit dem strafrechtswidrigen Erlangen des Vermögenswertes stehen. Erforderlich ist ein innerer Zusammenhang mit Tat und Erwerbsakt. Geldwerte Leistungen, die der Täter zeitlich nach dem strafrechtswidrigen Erwerb zur Verdeckung der Tat oder sonstigen Sicherung des durch die Tat Erlangten aufwendet, unterfallen daher nicht den Aufwendungen im Sinne des § 73d Abs. 1 StGB.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

31. BGH 5 StR 197/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG Hamburg)

BGHSt; regelmäßig kein Beruhen des Urteils bei unterlassener Bescheidung eines Widerspruchs gegen das Selbstleseverfahren (gleichwertige Alternative zum Verlesen der Urkunde; Verstoß gegen Verfahrensrecht; „Widerspruchslösung“).

§ 249 Abs. 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

1. Auf dem Unterlassen der Bescheidung eines Widerspruchs gegen das Selbstleseverfahren kann ein Urteil regelmäßig nicht beruhen, weil dieses Verfahren eine gleichwertige Alternative zum Verlesen einer Urkunde ist (Aufgabe von BGHSt 57, 306). (BGHSt)
2. Der Inhalt einer Urkunde erschließt sich gerade bei umfangreicheren Schriftstücken durch Selbstlesen regel-

mäßig besser als durch Zuhören beim Vorlesen. Beim Selbstlesen besteht die Möglichkeit, Pausen einzulegen, vor- und zurückzublättern, Passagen mehrfach zu lesen, diese zu markieren und sinnstiftende Zusammenhänge hervorzuheben. Da der Urkundenbeweis der Ermittlung des durch Lesen erfassbaren gedanklichen Inhalts eines Schriftstücks, sonstigen Schriftträgers oder einer elektronischen Urkunde dient, ist mit dem Selbstleseverfahren keine Einbuße an Qualität hinsichtlich des Beweiserhebungsvorgangs verbunden. (Bearbeiter)

3. Für den Widerspruch gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 S. 2 StPO gilt – wie bei § 238 Abs. 2 StPO –, dass das Unterlassen eines Gerichtsbeschlusses nach Anrufung des Gerichts die Revision regelmäßig nur begründet, wenn die beanstandete Maßnahme des Vorsitzenden gegen das Verfahrensrecht

verstoßen hat. Dabei muss sich im Fall des § 249 Abs. 2 S. 2 StPO dieser Verstoß nicht auf die Einführung des Urkundeninhalts überhaupt („ob“), sondern auf die Einführung gerade im Wege des Selbstleseverfahrens („wie“) beziehen. (Bearbeiter)

4. Ein Rechtsfehler bei dieser Wahl ist nur in seltenen Ausnahmefällen denkbar, weil sich die Unterschiede in der Form der Beweiserhebung regelmäßig nicht in einem anderen Beweisinhalt niederschlagen und die Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten in beiden Fällen gewahrt bleiben. Anderes kann lediglich gelten, wenn sich gerade die besondere Form der Urkundeneinführung auswirkt, etwa weil der Angeklagte nicht lesen kann, er nicht auf die Kenntnisnahme vom Urkundeninhalt verzichtet hat und dieses Defizit auch nicht kompensiert worden ist. (Bearbeiter)

5. Ein Widerspruch gegen die Verwertung von Beweisen ist grundsätzlich zur Geltendmachung gesetzlich nicht geregelter disponibler Beweisverwertungsverbote erforderlich (sog. „Widerspruchslösung“, vgl. dazu aus neuerer Zeit BGH HRRS 2018 Nr. 637). Beschränkt sich der Widerspruch darauf, die Unverwertbarkeit eines Beweismittels geltend zu machen, bedarf es keiner Bescheidung in der Hauptverhandlung; die Frage der Verwertbarkeit kann der Schlussberatung vorbehalten bleiben. Anders kann es sein, wenn ein Verfahrensbeteiligter gemäß § 238 Abs. 2 StPO die Anordnung des Vorsitzenden, einen Beweis zu erheben, vor Durchführung der Beweisaufnahme unter Verweis auf dessen Unverwertbarkeit beanstandet und der Vorsitzende nicht abhilft. (Bearbeiter)

59. BGH 4 StR 118/20 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Gera)

BGHSt; Aussetzung und Unterbrechung; Höchstdauer einer Unterbrechung (mehrmalige Hemmung der Unterbrechungsfristen bei wiederholter Erkrankung); absolute Revisionsgründe (Geltendmachung der Verhandlungsunfähigkeit eines Richters: Einschlägigkeit der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts).
§ 229 Abs. 1 StPO; § 229 Abs. 2 StPO; § 229 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Die Hemmung der Unterbrechungsfristen nach § 229 Abs. 1 und Abs. 2 StPO kann bei wiederholter Erkrankung einer oder mehrerer der in § 229 Abs. 3 Satz 1 StPO genannten Personen grundsätzlich mehrmals eintreten. Ausreichend ist, wenn zwischen zwei Unterbrechungen nach § 229 Abs. 3 Satz 1 StPO mindestens an einem Tag verhandelt worden ist. (BGHSt)

2. Ob es der Konzentrationsgrundsatz gebietet, in Ausnahmefällen häufiger und langer Unterbrechungen mit jeweils nur wenigen Zwischenterminen die Hauptverhandlung auszusetzen, obwohl alle Fristen des § 229 StPO eingehalten sind, braucht der Senat nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)

3. Wird mit der Revision die Verhandlungsunfähigkeit eines Richters geltend gemacht, ist als Revisionsgrund nicht § 338 Nr. 5 StPO, sondern § 338 Nr. 1 StPO einschlägig. Vorzutragen sind Tatsachen, aus denen sich die

Verhandlungsunfähigkeit in einem konkret bestimmten Zeitraum der Hauptverhandlung ergibt. Insoweit ist außerdem der Gegenstand der Verhandlung anzugeben, um die Prüfung zu ermöglichen, ob wesentliche Verfahrensvorgänge betroffen waren. (Bearbeiter)

84. BGH 4 StR 431/20 – Beschluss vom 19. November 2020 (LG Bielefeld)

BGHR; Hemmung der Unterbrechungsfristen wegen Infektionsschutzmaßnahmen (Anwendbarkeit bei ärztlich angeratener Kontaktvermeidung eines Prozessbeteiligten zum Schutz von dessen Ehegatten vor einer Ansteckung durch das SARS-CoV-2-Virus).
§ 229 Abs. 1 StPO; § 10 Abs. 1 Satz 1 EGStPO

1. Zur Anwendbarkeit des Hemmungsgrundes des § 10 Abs. 1 Satz 1 EGStPO bei ärztlich angeratener Kontaktvermeidung eines Prozessbeteiligten zum Schutz von dessen Ehegatten vor einer Ansteckung durch das SARS-CoV-2-Virus. (BGHR)

2. Die Hemmung des § 10 Abs. 1 Satz 1 EGStPO tritt kraft Gesetzes ein. Der Feststellungsbeschluss nach § 229 Abs. 1 StPO hat nur insofern konstitutive Bedeutung, als er den Beginn und das Ende der Hemmung unanfechtbar feststellt. (Bearbeiter)

3. Die Schutzmaßnahme muss nicht gerichtlich oder gesundheitsbehördlich angeordnet oder empfohlen worden sein. § 10 EGStPO enthält insoweit keine Einschränkung. Es genügt, wenn sie nachvollziehbar der Verhinderung der Verbreitung von Infektionen mit dem Coronavirus dienen soll. (Bearbeiter)

4. Maßnahmen, die eine weitere Durchführung der Hauptverhandlung verhindern, sind auch solche, die dem Schutz von Personen dienen, die zur Risikogruppe gehören, wie beispielsweise ältere Personen, Personen mit Grunderkrankung oder einem unterdrückten Immunsystem. (Bearbeiter)

5. Dass ein Schöffe nur mittelbar durch eine Schutzmaßnahme betroffen ist, ist unerheblich. Ein Hindernis für die Durchführung der Hauptverhandlung liegt auch vor, wenn es nur mittelbar auf Schutzmaßnahmen beruht. (Bearbeiter)

41. BGH StB 34/20 – Beschluss vom 12. November 2020 (OLG Stuttgart)

BGHR; Entscheidung über den Pflichtverteidigerwechsel nach Anklageerhebung (Zuständigkeit; Ermittlungsrichter; erkennendes Gericht).
§ 142 StPO

1. Zur Entscheidung über den Pflichtverteidigerwechsel ist nach Anklageerhebung ausschließlich der Vorsitzende des erkennenden Gerichts zuständig; nicht erledigte Beschwerden gegen insoweit ergangene Beschlüsse des Ermittlungsrichters sind ihm deshalb zur weiteren Entscheidung vorzulegen. (BGHR)

2. Unter anderem aus § 162 Abs. 3 S. 1 StPO und § 126 Abs. 2 S. 1 StPO ergibt sich der Grundsatz, dass die Erhebung der öffentlichen Klage einen Verfahrenseinschnitt

bildet, mit dem die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters endet und auf das erkennende Gericht übergeht. Eine noch nicht erledigte Beschwerde gegen einen Beschluss des Ermittlungsrichters wird deshalb nach Anklageerhebung regelmäßig umgedeutet in einen (neuen) Antrag auf Erlass der begehrten oder Aufhebung der beanstandeten Maßnahme und ist als solche dem Gericht der Hauptsache vorzulegen. (Bearbeiter)

27. BGH 3 StR 291/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG Wuppertal)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (Alibi; Behauptung „ins Blaue hinein“; Ausschöpfung des Beweisantrags; unzulässige Beweisausforschung).
§ 244 Abs. 3 StPO

1. Bei der Entscheidung über die Ablehnung eines Beweisantrages muss der Inhalt des Antrags tatsächlich ausgeschöpft werden. Die Ablehnung muss zudem einen konkreten Ablehnungsgrund benennen.
2. Einzelfall einer unzureichenden Ablehnung mit der Begründung, dem Antrag gehe es allein um eine Beweisausforschung.

69. BGH 4 StR 249/20 – Beschluss vom 19. November 2020 (LG Stuttgart)

Besorgnis der Befangenheit (Ablehnung eines Richters bei Selbstanzeige und von Amts wegen: Nebenklagevertreter als Ehemann der Vorsitzenden Richterin).
§ 24 Abs. 2 StPO; § 30 1. Alt. StPO

1. Gemäß § 30 1. Alt. StPO hat das Gericht über die Frage der Befangenheit eines Richters gemäß § 24 Abs. 2 StPO auch dann zu entscheiden, wenn ein Befangenheitsgesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnis Anzeige macht, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte. Maßstab für die Beurteilung, ob Grund zu der Annahme besteht, dass der betreffende Richter gegenüber dem Beschuldigten eine innere Haltung einnimmt, die seine Unparteilichkeit oder Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann, ist ein vernünftiger bzw. verständiger Angeklagter.
2. Im Zivilverfahren ist anerkannt, dass bei einem Richter, der Ehegatte eines Prozessbevollmächtigten ist, regelmäßig von einer Besorgnis der Befangenheit auszugehen ist.
3. Ein verständiger Angeklagter wird ein Misstrauen in die Unparteilichkeit der Vorsitzenden Richterin hegen, ohne dass dieser Eindruck tatsächlich ihrer inneren Haltung entsprechen muss, wenn ein Vertreter der Nebenklage, der einen Adhäsionsantrag des Nebenklägers angebracht hat, der Ehemann der Vorsitzenden Richterin ist. Die Prozesslage entspricht insoweit der Situation im Zivilprozess.

25. BGH 1 ARs 3/20 – Beschluss vom 16. Oktober 2020

Verweisung auf einen anderen Rechtsweg (Bindungswirkung für das Gericht, an das verwiesen wurde: keine Bindungswirkung hinsichtlich der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit); Begriff des Justizverwal-

tungsakt (nicht Maßnahmen, die auf die Einleitung, Durchführung, Gestaltung und Beendigung eines Ermittlungsverfahrens gerichtet sind).

§ 17a Abs. 2 Satz 1, Satz 3 GVG; § 23 EGGVG

1. Ist der beschrittene Rechtsweg nicht eröffnet, spricht das Gericht dies nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs, wobei dieser Beschluss nach § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, nur hinsichtlich des Rechtswegs bindend ist. Innerhalb einer Gerichtsbarkeit bewirkt § 17a Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 GVG hinsichtlich der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit keine Bindungswirkung.
2. Maßnahmen, die auf die Einleitung, Durchführung, Gestaltung und Beendigung eines Ermittlungsverfahrens gerichtet sind, so wie Maßnahmen der Staatsanwaltschaft oder des Strafgerichts im Strafverfahren, keine den Einzelfall regelnden Justizverwaltungsakte, sondern Prozesshandlungen und Entscheidungen des Gerichts im Rahmen seiner richterlichen Unabhängigkeit. Diese sind dem Rechtsweg nach den §§ 23 ff EGGVG entzogen. Unerheblich ist, ob das Gericht im Rahmen seiner richterlichen Unabhängigkeit die Maßnahme selbst vornimmt oder sie durch Staatsanwaltschaft oder Polizei vornehmen lässt.

85. BGH 4 StR 541/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2020 (LG Weiden)

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (zulässige Gegenstände einer Verständigung: Ausschluss von Sicherungsverwahrung, Maßregeln der Besserung und Sicherung); Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (kombinierte Persönlichkeitsstörung; Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsstörung).

§ 257c Abs. 2 Satz 3 StPO; § 20 StGB; § 61 StGB

1. Nach § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO dürfen der Schuldanspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht Gegenstand einer Verständigung sein. Über die bisherige Rechtsprechung hinaus hat der Gesetzgeber nicht nur die Sicherungsverwahrung, sondern sämtliche Maßregeln der Besserung und Sicherung aus den vereinbarungsfähigen Rechtsfolgen herausgenommen.
2. Da schon die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus einen unzulässigen Verständigungsinhalt darstellt, kann der Senat offenlassen, ob das Verbot des § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO auch für Folgeentscheidungen gilt.
3. Bei einer diagnostizierten kombinierten Persönlichkeitsstörung ist für die Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsstörung maßgebend, ob es im Alltag der Beschuldigten außerhalb des angeklagten Deliktes zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist.

9. BGH 1 StR 33/19 – Urteil vom 14. Oktober 2020 (LG Potsdam)

Beweiswürdigung (besonders vorsichtige Würdigung belastender Zeugenaussagen ohne Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten); Vorenthalten von Arbeitsentgelt (faktischer Geschäftsführer als Täter; Verjährungsbeginn).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 261 StPO; § 266a Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 3 StGB; § 74a Satz 1 StGB

Eine ohne Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführte belastende Zeugen aussage ist besonders sorgfältig und kritisch zu würdigen. Es müssen regelmäßig weitere Beweismittel hinzutreten, die diese Aussage bestätigen, wenn hierauf die gerichtliche Überzeugung gestützt werden soll. Eine belastende Aussage muss bei fehlender Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten aber nicht in allen Einzelheiten durch andere Beweismittel bestätigt sein muss, damit das Tatgericht seine Überzeugung auf sie stützen kann. Die Anforderungen an die Beweisführung sind in einem solchen Fall auch davon abhängig, ob die Einschränkung des Konfrontationsrechts der Justiz zuzurechnen ist.

44. BGH 2 StR 225/20 – Beschluss vom 4. November 2020 (LG Mühlhausen)

Recht auf ein faires Verfahren („offenkundiger Mangel“ der Verteidigung; keine gerichtliche Überprüfung der Führung der Verteidigung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

Die Führung der Verteidigung ist allein Sache des Angeklagten und seines Verteidigers und unterliegt nicht der gerichtlichen Überprüfung.

66. BGH 4 StR 223/20 – Beschluss vom 17. November 2020 (LG Bielefeld)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Zungenkuss als erhebliche sexuelle Handlung, nicht aber beischlafähnliche Handlung); Ausschluss der Öffentlichkeit (Unanfechtbarkeit der Entscheidung; Erstreckung auf alle Verfahrensvorgänge, die mit der Vernehmung eines Zeugen in enger Verbindung stehen; keine Wiederherstellung der Öffentlichkeit für die Mitteilung der Schweigepflichtsentbindung).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 171b Abs. 1 GVG; § 171b Abs. 5 GVG; § 172 GVG; § 336 Satz 2 StPO

1. Die gerichtliche Entscheidung, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss der Öffentlichkeit im Einzelfall vorliegen, ist unanfechtbar und daher der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen.

2. Der für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen angeordnete Ausschluss der Öffentlichkeit umfasst alle Verfahrensvorgänge, die wie etwa die Belehrung des Zeugen, die Verhandlung über seine Entlassung und Vereidigung sowie die Entlassung oder Vereidigung des Zeugen selbst mit der Vernehmung in enger Verbindung stehen oder sich aus ihr entwickeln und die daher zu diesem Verfahrensabschnitt gehören. Zu den in engem Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung stehenden Verfahrensvorgängen gehört auch die Information des Zeugen über eine vorliegende Entbindung von seiner Schweigepflicht. Für die Mitteilung der Schweigepflichts-

entbindung bedarf es daher entgegen der Ansicht der Revision keiner Wiederherstellung der Öffentlichkeit.

3. Bei einem Zungenkuss handelt es sich zwar um eine erhebliche sexuelle Handlung, nicht aber um eine beischlafähnliche Handlung.

67. BGH 4 StR 242/20 – Beschluss vom 15. Juli 2020 (LG Paderborn)

Urteil (kein offenkundiges Fassungsversehen bei Widerspruch zwischen der Urteilsformel sowie den Gründen bei rechtlich einwandfreien Strafzumessungserwägungen).

§ 260 Abs. 1 StPO

Enthalten die Urteilsgründe rechtlich einwandfreie Strafzumessungserwägungen, kann ein die Strafhöhe betreffender Widerspruch zwischen der Urteilsformel sowie den Gründen des schriftlichen Urteils nicht als offenkundiges, für alle klar zu Tage tretendes Fassungsversehen aufgefasst werden.

26. BGH 3 StR 287/19 – Urteil vom 24. Juni 2020 (LG Hannover)

Prozessuale Tat (Einheitlichkeit des Lebensvorgangs; in der Hauptverhandlung zu Tage getretene Umstände; Identität; erhebliche Abweichung); Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Bestimmtheit; Klarstellung der Strafbewehrung unmittelbar im Führungsaufsichtsbeschluss).

§ 264 StPO; § 145a StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Zur Tat als Prozessgegenstand (§ 264 StPO) gehört nicht nur der Geschehensablauf, der dem Angeklagten in der Anklage zur Last gelegt worden ist, sondern darüber hinaus dessen gesamtes festgestelltes Verhalten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet. Die Frage der Einheitlichkeit des Vorgangs beurteilt sich dabei nach den Umständen des Einzelfalles auf der Grundlage des Ergebnisses der Hauptverhandlung und der darin durchgeführten Beweisaufnahme. Das Gericht hat seine Untersuchung mithin auf diejenigen Tatumstände zu erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung zu Tage getreten sind.

2. Selbst wenn das Tatgericht seine Untersuchung auch auf Teile der Tat erstrecken muss, die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden, darf die Umgestaltung der Straflage nicht dazu führen, dass die Identität der von der Anklage umfassten Tat nicht mehr gewahrt ist, weil das ihr zugrunde liegende Geschehen durch ein anderes ersetzt wird. Dies ist der Fall, wenn das Gericht Umstände feststellt, die von den die angeklagten Taten individualisierenden Tatmodalitäten in erheblicher Weise abweichen.

3. Ein in § 145a Satz 1 StGB mit Strafe bedrohter Verstoß gegen eine Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht setzt unter Berücksichtigung von Art. 103 Abs. 2 GG stets voraus, dass betreffende Weisung eindeutig und so fest umrissen ist, wie dies von dem Tatbestand einer Strafnorm zu verlangen ist. Da der Führungsaufsichtsbeschluss auch nicht strafbewehrte Weisungen enthalten

kann (§ 68b Abs. 2 StGB), muss sich, aus dem Beschluss selbst ergeben, dass es sich bei den in Rede stehenden Weisungen um solche nach § 68b Abs. 1 StGB handelt, die gemäß § 145a Satz 1 StGB strafbewehrt sind. Wegen der Gefahr von Missverständnissen und Unklarheiten kann die Klarstellung des Charakters der Weisungen im

Führungsaufsichtsbeschluss nicht durch eine mündliche Belehrung (§ 268a StPO bzw. §§ 453a, 463 Abs. 1 StPO) ersetzt werden. Der Umstand, dass eine Weisung strafbewehrt ist, muss vielmehr in dem Führungsaufsichtsbeschluss unmissverständlich klargestellt sein.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

32. BGH 5 StR 229/19 – Beschluss vom 14. Oktober 2020 (LG Hamburg)

BGHR; Einziehung von Taterträgen bei Marktmanipulation (erlangtes Etwas; informations- und handlungsgestützte Marktmanipulation; handelsgestützte Marktmanipulation; Wertsteigerung; Erlös; Veräußerungsgewinn; Erwerbskosten; Abzugsverbot); Zugriff auf bei Provider zwischen- oder endgespeicherte („ruhende“) E-Mails mittels Telekommunikationsüberwachung (Telekommunikationsfreiheit; Verhältnis von Beschlagnahme und Telekommunikationsüberwachung; offener und verdeckter Zugriff; Anordnungszeitpunkt).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 100a Abs. 1 S. 1 StPO; § 38 WpHG; § 39 WpHG

1. Zur Bestimmung des erlangten Etwas im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB in Fällen der Marktmanipulation. (BGHR)
2. § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO erlaubt den Zugriff auf beim Provider zwischen- oder endgespeicherte („ruhende“) E-Mails. (BGHR)
3. In Fällen informations- und handlungsgestützter Marktmanipulationen (§ 38 Abs. 2 Nr. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 11, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 WpHG aF) ist für die Einziehung nach §§ 73 ff. StGB die infolge der strafbaren Einwirkung auf den Aktienpreis eingetretene Wertsteigerung der gehaltenen Aktien maßgebend. Hinsichtlich des Erlöses aus dem nachfolgenden Verkauf der Aktien fehlt es hingegen an dem erforderlichen Kausalzusammenhang mit der rechtswidrigen Tat. Die Höhe der Wertsteigerung und damit des Einziehungsumfangs kann regelmäßig nach dem Veräußerungsgewinn bestimmt werden. (Bearbeiter)
4. In Fällen handelsgestützter Marktmanipulationen (§ 38 Abs. 2 Nr. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 1, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG aF) unterliegt der gesamte Erlös aus den Aktienverkäufen durch den Täter der Einziehung nach §§ 73 ff. StGB. Die Erwerbskosten für die – wie hier plangemäß – später verkauften Aktien bleiben außer Betracht, weil sie für Vorbereitung der handelsgestützten Marktmanipulation aufgewendet werden und deshalb dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB unterfallen. (Bearbeiter)

5. Überwachung und Aufzeichnung von Telekommunikation sind – regelmäßig ohne Wissen des Betroffenen durchgeführte – Eingriffe der öffentlichen Gewalt in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG, um zur Aufklärung bestimmter schwerwiegender Straftaten oder Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten insbesondere Telekommunikationsinhalte zu erfassen. Die Erfassung von E-Mails, die beim Provider und damit nicht in einer ausschließlich vom betroffenen Kommunikationsteilnehmer beherrschten Sphäre abgelegt sind, stellt einen solchen Eingriff dar und die Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO ist mithin eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mails. (Bearbeiter)

6. Soweit eingewandt wird, § 100a StPO „passe“ nicht, weil es der auf eine Kooperation mit den Providern ausgerichteten Befugnisnorm an den für den Zugriff auf bei diesen „ruhenden“ E-Mails typischen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeelementen mangle, stellt dies die Anwendung des § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO nicht in Frage. Zum einen wird der Zugriff auf gespeicherte E-Mails durch die Strafverfolgungsbehörden regelmäßig – wie hier – im Wege einer durch den Provider ermöglichten Ausleitung der Nachrichten und damit in Kooperation mit diesem vollzogen werden (vgl. § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO). Zum anderen bedarf es für den Zugriff auf gespeicherte E-Mails im Rahmen der Überwachung eines bestimmten E-Mail-Accounts gerade keiner Durchsuchung beim Provider. (Bearbeiter)

7. Dem Zugriff auf beim Provider zwischen- oder endgespeicherte E-Mails nach § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO steht nicht entgegen, dass beim Provider gespeicherte E-Mails mit der offenen Maßnahme des § 94 StPO beschlagnahmt werden können. Ebenso wenig wie § 94 StPO von § 100a StPO verdrängt wird, wird § 100a StPO von § 94 StPO ausgeschlossen. Vielmehr ergänzen sich die beiden Ermittlungsmaßnahmen. Während die Beschlagnahme nur als offene Maßnahme zulässig ist, erlaubt § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO auch den verdeckten Zugriff auf Telekommunikationsinhalte. Die mit der Heimlichkeit der Maßnahme verbundene gesteigerte Eingriffstiefe korrespondiert mit der im Vergleich zu § 94 StPO deutlich höheren Eingriffsschwelle. (Bearbeiter)

8. Der Eingriff nach § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO ist nicht auf E-Mails beschränkt, die ab dem Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme versandt oder empfangen wurden. Dies folgt schon daraus, dass beim Provider endgespeicherte – von Art. 10 Abs. 1 GG geschützte – E-Mails grundsätzlich ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Speicherung nach § 94 StPO beschlagnahmt werden dürfen. Angesichts der im Vergleich zur Beschlagnahme deutlich strengeren Anforderungen muss dieser Zugriff erst recht mit einer Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO zulässig sein. (Bearbeiter)

23. BGH 1 StR 576/18 – Urteil vom 17. September 2020 (LG Kleve)

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitnehmers; Vorsatzanforderungen); Ausschluss der Einziehung wegen des Erlöschens des Rückgewähranspruchs (keine analoge Anwendung auf Verzicht des Verletzten auf Geltendmachung seines Anspruchs).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73e StGB

1. Beschäftigung im Sinne des § 266a StGB ist die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, eine eigene Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

2. Soweit Tätigkeiten sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch im Rahmen einer Selbstständigkeit ausgeübt werden können, ist die sozialversicherungsrechtliche Bewertung nicht von einem abstrakten Tätigkeitsbild, sondern von der konkreten Gestaltung der jeweiligen Tätigkeit abhängig. Entscheidend für die Abgrenzung sind – ausgehend vom Vertragsverhältnis der Beteiligten – die tatsächlichen Gegebenheiten ihrer „gelebten Beziehung“, die einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen sind. Ob jemand bei Tätigkeiten, die sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch im Rahmen einer Selbstständigkeit ausgeübt werden können, abhängig beschäftigt ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.).

3. Der subjektive Tatbestand des § 266a StGB verlangt das Bewusstsein und den Willen, die Beiträge in Kenntnis der Umstände, welche die Abführungspflicht begründen, bei Fälligkeit nicht abzuführen. Der Arbeitgeber oder sein gesetzlicher Vertreter muss in einer zumindest laienhaften Bewertung erkannt haben, dass er selbst möglicherweise Arbeitgeber ist, dass eine Abführungspflicht besteht und er durch das Unterlassen einer An-

meldung oder unvollständige oder unrichtige Angaben die Heranziehung zum Abführen von Sozialabgaben ganz oder teilweise vermeiden könnte; eine bloße Erkennbarkeit reicht insofern nicht aus (vgl. BGHSt 64, 195).

4. Eine analoge Anwendung des § 73e Abs. 1 StGB auf Fälle, in denen der Verletzte seine Forderung gegen den Täter nicht geltend macht, scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus.

74. BGH 4 StR 372/20 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Bielefeld)

Kriegswaffenkontrollgesetz (Anwendbarkeit auf Munition mit Hartkerngeschossen).

§ 24 KrWaffKontrG

Das Kriegswaffenkontrollgesetz ist auf Munition anwendbar, allerdings gilt dies nur für Munition mit Hartkerngeschossen, Patronenmunition mit Vollmantelweichkerngeschossen sind vom Kriegswaffenkontrollgesetz ausgenommen.

82. BGH 4 StR 425/19 – Beschluss vom 4. November 2020 (LG Frankfurt am Main)

Mehrere Straftaten eines Jugendlichen (ausnahmsweises Unterbleiben der Einbeziehung einer früheren Verurteilung).

§ 31 Abs. 2 Satz 1 JGG; § 31 Abs. 3 Satz 1 JGG; § 105 Abs. 2 JGG

Nach § 31 Abs. 2 Satz 1 JGG ist bei der Ahndung von Straftaten nach Jugendstrafrecht, wenn eine anderweitige, bereits rechtskräftige Verurteilung zu einer Sanktion noch nicht erledigt ist, grundsätzlich auf eine einheitliche Rechtsfolge zu erkennen. Die Einbeziehung der früheren Verurteilung darf nach dem gemäß § 105 Abs. 2 JGG entsprechend anzuwendenden § 31 Abs. 3 Satz 1 JGG nur ausnahmsweise unterbleiben, wenn dies aus erzieherischen Gründen zweckmäßig ist. Dies erfordert Gründe, die unter dem Aspekt der Erziehung von besonderem Gewicht sind und zur Verfolgung dieses Zwecks über die üblichen Strafzumessungsgesichtspunkte hinaus das Nebeneinander zweier Strafen notwendig erscheinen lassen.

51. BGH 2 StR 311/20 – Beschluss vom 6. Oktober 2020 (LG Limburg)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung des Grenzwertes einer nicht geringen Menge Rohopium oder Rauchopium).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

1. Nach der in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgerichtshof angewandten Methode zur Bestimmung des Grenzwertes eines Betäubungsmittels ist dieser stets in Abhängigkeit von der konkreten Wirkungsweise und Wirkungsintensität des Betäubungsmittels festzulegen. Bei Opium besteht die Besonderheit, dass es nicht nur als Rohstoff ein Betäubungsmittel darstellt. Es dient auch als Ausgangsmaterial zur Herstellung von Opium-Alkaloiden, wie zum Beispiel Morphin, Kodein oder Papaverin. Dementsprechend gilt die Festlegung des Bundesgerichtshofs, dass bei einer überwiegend intravenös injizierten Morphinzubereitung ein Grenzwert von 4,5 g

Morphinhydrochlorid für die Annahme einer nicht geringen Menge im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zugrunde zu legen ist, aufgrund der divergierenden Applikationsformen nicht für alle Opiumprodukte. Denn die Bioverfügbarkeit unterscheidet sich etwa bei einem oralen Konsum signifikant von einer intravenösen Zuführung.

2. Für die Festlegung eines Grenzwerts ist daher maßgeblich, ob Rohopium, das auch gegessen, getrunken oder geraucht werden kann, oder eine gefährlichere Verarbeitungsform wie beispielsweise Rauchopium oder Rohmorphin Gegenstand des Handelns war. Denn für die Gefährlichkeit der Dosis kommt es auf die Wirkmenge an, die bei der regelmäßig zu erwartenden Darreichungsform auf den Konsumenten einwirkt.

3. Für die Bestimmung des Grenzwertes einer nicht geringen Menge Rohopium oder Rauchopium im Sinne der § 30 Abs. 1 Nr. 4, § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG existiert bisher keine höchstrichterliche Rechtsprechung.

35. BGH 5 StR 534/19 – Urteil vom 25. November 2020 (LG Braunschweig)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch Aufzucht von Pflanzen (Bestimmen der nicht geringen Menge); tatsächliche Verfügungsgewalt als Voraussetzung der Einziehung von Taterträgen.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 73 StGB

1. Bei der Aufzucht von Pflanzen zum Gewinnen von Rauschgift kommt es zur Abgrenzung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) vom Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) auf den Umfang des geplanten Umsatzes an, auf welchen die Aufzucht gerichtet ist. Maßgeblich ist die Menge, die mit der bereits begonnenen Aufzucht der Pflanzen letztlich erzielt und gewinnbringend veräußert werden soll.

2. Ein Vermögenswert ist im Rechtssinne aus der Tat erlangt, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaus so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Faktische Verfügungsgewalt liegt jedenfalls dann vor, wenn der Tatbeteiligte im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen kann. Unerheblich ist dabei im Regelfall, ob das Erlangte beim Täter oder Teilnehmer verbleiben oder es von diesem absprachegemäß an einen anderen weitergegeben werden soll.

12. BGH 1 StR 309/20 – Beschluss vom 28. Oktober 2020 (LG Ulm)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Täterschaft).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 25 StGB

Der Tatbestand der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln erfordert zwar keinen eigenhändigen Transport der Betäubungsmittel über die Grenze, so dass Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB grundsätzlich auch ein Beteiligter sein kann, der das Rauschgift nicht selbst in

das Inland verbringt. Es müssen aber die Voraussetzungen für ein täterschaftliches Handeln nach den Grundsätzen des allgemeinen Strafrechts vorliegen. Hierzu ist eine wertende Gesamtbetrachtung erforderlich. Von besonderer Bedeutung sind dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Einfluss bei der Vorbereitung der Tat und der Tatplanung, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu, sodass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von dem Willen des Betreffenden abhängen. Entscheidender Bezugspunkt ist dabei der Einfuhrvorgang selbst. Das bloße Interesse an dessen Gelingen genügt nicht, wenn der Betreffende keine Tatherrschaft oder zumindest Tatherrschaftswillen hat.

77. BGH 4 StR 381/20 – Urteil vom 5. November 2020 (LG Arnsberg)

Grundsätze der Strafzumessung (tatschulderhöhende Berücksichtigung einer Einfuhrfahrt ohne Überprüfung der Art und Menge des transportierten Rauschgifts; nur ausnahmsweise tatschuldverringemde Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Würdigung von Einlassungen des Angeklagten); Revisionsbeschränkung (Wirksamkeitsvoraussetzungen: rechtliche und tatsächliche Trennbarkeit des Urteils).

§ 46 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 29 BtMG; § 261 StPO; § 318 StPO

1. Eine Revisionsbeschränkung ist nur wirksam, wenn sie sich auf Beschwerdepunkte bezieht, die nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von seinem nicht angegriffenen Teil rechtlich und tatsächlich selbstständig beurteilt werden können, ohne eine Prüfung des Urteils im Übrigen erforderlich zu machen. Weiterhin muss gewährleistet sein, dass die infolge des Teilrechtsmittels stufenweise entstehende Gesamtentscheidung frei von inneren Widersprüchen bleibt.

2. Angaben des Angeklagten, für deren Richtigkeit keine zureichenden Anhaltspunkte bestehen, sind nicht ohne Weiteres als unwiderlegt hinzunehmen und der Entscheidung zugrunde zu legen, wenn es für ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit keine Beweise gibt. Vielmehr ist die Einlassung des Angeklagten – ebenso wie andere Beweismittel – auf ihre Plausibilität und ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen.

3. Im Rahmen der Strafzumessung kann gegebenenfalls tatschulderhöhend berücksichtigt werden, dass der Angeklagte die für das Rechtsgut der Volksgesundheit riskante Einfuhrfahrt angetreten hat, ohne die Menge der transportierten Drogen zu prüfen. Gleiches gilt auch für die Art des transportierten Rauschgifts. Der Beschluss des 1. Strafsenats vom 21. März 1989 steht dieser Rechtsauffassung nicht entgegen, weil er sich zu der Frage tatschulderhöhender Berücksichtigung eines Fahrlässigkeitsvorwurfs im Hinblick auf die vom Vorsatz nicht umfasste Betäubungsmittelart nicht verhält.

4. Untersuchungshaft ist grundsätzlich kein Strafmilderungsgrund, wenn der Angeklagte zu einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe verurteilt wird; diese wird grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet. Ande-

res gilt nur in Fällen, in denen der Vollzug der Untersuchungshaft ausnahmsweise mit ungewöhnlichen, über das übliche Maß deutlich hinausgehenden Beschwernissen verbunden ist. Will das Tatgericht den Vollzug der Untersuchungshaft bei der Strafzumessung mildernd berücksichtigen, so müssen die hierdurch bewirkten besonderen Nachteile nachvollziehbar festgestellt und belegt werden.

30. BGH 5 StR 185/20 – Beschluss vom 9. Dezember 2020 (LG Berlin)

Einziehung bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Taterträgen und Tatobjekten; Eigentumserwerb; Veräußerungserlös; Wertersatz).

§ 29 BtMG; § 73 StGB; § 74 StGB; § 33 BtMG

Bei erworbenen Betäubungsmitteln handelt es sich regelmäßig nicht um Taterträge (vgl. § 73 StGB), sondern um Tatobjekte, die gemäß § 33 Satz 1 BtMG, § 74 Abs. 2 StGB einzuziehen sind. Soweit die Betäubungsmittel verkauft oder zum Eigenkonsum verbraucht wurden, kommt eine Einziehung des Wertes der Tatobjekte nicht in Betracht. Denn eine solche Einziehung setzt nach § 74c Abs. 1 StGB voraus, dass die Gegenstände dem von der Anordnung Betroffenen gehörten. Für im Inland erworbene Betäubungsmittel ist das nicht der Fall, da dem Eigentumserwerb § 134 BGB entgegensteht.

Aufsätze und Anmerkungen

Strafrechtliche Verfolgbarkeit von Online-Casino-Anbietern mit Sitz im EU-Ausland

Von Rechtsanwalt Markus Gierok, Köln*

Im Sommer 2020 wurde über drei Strafanzeigen der Hamburger Innenbehörde berichtet, welche die Behörde gegen drei große Glücksspielanbieter wegen ihres vermeintlich illegalen Online-Casino-Angebots erstattet hatte.¹ Zwei dieser Anbieter haben ihren Sitz in dem EU-Mitgliedstaat Malta und verfügen für ihre Angebote dem Vernehmen nach über dort ausgestellte Glücksspiellizenzen der Malta Gaming Authority. Die damit begründete Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wirft in vielerlei Hinsicht komplexe Rechtsfragen auf, die die Staatsanwaltschaft Hamburg bei ihrer Prüfung der Anzeigen zu berücksichtigen haben wird und nachfolgend überblicksartig aufgezeigt werden sollen. Ein Schwerpunkt des Beitrags liegt dabei auf den Folgen eines etwaigen Irrtums der Glücksspielveranstalter über die Rechtmäßigkeit ihres Online-Casino-Angebots, da diese bei der Erörterung der Thematik bislang wenig Beachtung gefunden haben.

I. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Grundlegende Voraussetzung der Strafbarkeit eines Veranstalters mit Sitz im Ausland ist die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts. Diese folgt grundsätzlich dem in § 3 StGB kodifizierten Territorialitätsprinzip. Hiernach

muss die Tat im Inland begangen worden sein, was sich nach dem in § 9 StGB niedergelegten Ubiquitätsprinzip richtet.² Maßgeblich ist daher, ob der Handlungs- oder Erfolgsort im Inland liegt.

1. Kein inländischer Handlungsort

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass ein Handlungsort bei über das Internet vermittelten Taten weder dort gegeben ist, wo die durch mediale Übertragung transportierte Handlung ihre Wirkung entfaltet, noch wo der von dem Täter angewählte Server steht.³ Dem folgend liegt der Handlungsort bei der Veranstaltung von Online-Casinos ausschließlich am physischen Aufenthaltsort des Veranstalters; unerheblich ist hingegen, an welchem Ort die Spielbeteiligung ermöglicht wird.⁴ Hieran ändert auch § 3 Abs. 4 GlüStV, wonach ein Glücksspiel dort veranstaltet wird, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird, nichts, da sich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ausschließlich nach den §§ 3 ff. StGB richtet: Es handelt sich um abschließendes Bundesrecht, sodass den Ländern die Kompetenz für eine abweichende Regelung fehlt. Bei der Veranstaltung eines Glücksspiels aus dem Ausland gibt es daher keinen inländischen Handlungsort.

* Markus Gierok ist Rechtsanwalt der auf das Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kanzlei Tsambikakis & Partner (www.tsambikakis.com) und dort u.a. für das Glücksspielstrafrecht zuständig.

¹ *Verf.* vertritt eines dieser Unternehmen.

² Fischer, StGB, 69. Aufl. (2020), § 3 Rn. 3; Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 9 Rn. 2.

³ BGH NSStZ 2015, 81, 82 = HRRS 2014 Nr. 1113.

⁴ *Petry Wij* 2019, 107, 109; a.A. OLG Hamburg BeckRS 2004, 11351 Rn. 25.

2. Kein inländischer Erfolgsort

Ebenso wenig existiert ein Erfolgsort im Inland. Die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels gemäß § 284 StGB stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar.⁵ Diese weisen aufgrund ihrer Deliktsstruktur generell keinen Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB auf.⁶ Zwar hatte sich in Anlehnung an die Entscheidung des ersten Strafsenats zum Fall *Toeben* eine gegenteilige Auffassung herausgebildet.⁷ In dieser Entscheidung hatte der erste Strafsenat für sogenannte abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte einen Erfolgsort auch dort angenommen, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann.⁸ Für die Praxis spielt diese Ansicht jedoch keine Rolle mehr, da der nunmehr zuständige dritte Strafsenat explizit die Abkehr von der Sichtweise des ersten Strafsenats erklärt hat.⁹ Seitdem kann auch bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten – zu denen § 284 StGB ohnehin nicht zählt¹⁰ – nicht mehr von einem Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB ausgegangen werden.

3. Keine Anwendbarkeit über § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Mangels inländischen Handlungs- oder Erfolgsorts ließe sich die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts allenfalls über § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB begründen. Hierfür reicht es indes nicht, dass es sich bei den handelnden Personen um deutsche Staatsbürger handelt. Hinzukommen muss, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist. Solange die Veranstalter eine an ihrem Sitz gültige Lizenz verfügen, scheidet eine solche Strafandrohung aus.¹¹

4. Keine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Der Strafverfolgung ausländischer Glücksspielanbieter durch deutsche Staatsanwaltschaften steht entgegen, dass das deutsche Strafrecht auf diese keine Anwendung findet.

II. Tatbestandsverwirklichung

Ist das deutsche Strafrecht ausnahmsweise doch einmal anwendbar, so bereitet die Subsumtion der Veranstaltung

⁵ BGH BeckRS 2020, 10600 Rn. 19 = HRRS 2020 Nr. 777; *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 284 Rn. 5; *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 284 Rn. 5; *Putzke*, in: Anwalt-Kommentar StGB, 3. Aufl. (2020), § 284 Rn. 2.

⁶ BGH BeckRS 2018, 38756 Rn. 24 = HRRS 2019 Nr. 335; *wistra* 2018, 467; NStZ 2017, 146 f. = HRRS 2016 Nr. 896; 2015, 81 = HRRS 2014 Nr. 1113; NStZ-RR 2013, 253.

⁷ Vgl. etwa *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 284 Rn. 35. Hiernach soll ein inländischer „Gefährdungserfolg“ vorliegen, wenn sich das Glücksspielangebot gezielt an deutschen Markt richtet und die Beteiligung am Glücksspiel im Inland ermöglicht.

⁸ BGH NStZ 2001, 305, 308.

⁹ BGH NStZ 2017, 146 f. = HRRS 2016 Nr. 896.

¹⁰ *Barton/Gercke/Janssen wistra* 2004, 321, 323.

¹¹ *Duesberg/Buchholz NZWiSt* 2015, 16, 17.

von Online-Casino-Spielen unter die Tatbestandsvoraussetzungen des § 284 StGB nur in Einzelfällen Schwierigkeiten. Zumindest nach der Rechtsprechung handelt es sich bei den typischen Casinoangeboten wie Spielautomaten¹², Poker¹³ oder Roulette¹⁴ regelmäßig um Glücksspiel i.S.d. § 284 Abs. 1 StGB.¹⁵

Ogleich gute Gründe dafürsprächen, zumindest Glücksspiellizenzen aus dem EU-Ausland unter bestimmten Voraussetzungen anzuerkennen,¹⁶ haben deutsche Gerichte in der Vergangenheit solche überwiegend nicht als behördliche Erlaubnis i.S.d. § 284 Abs. 1 StGB akzeptiert.¹⁷ Die infolge dieser restriktiven Rechtsprechungslinie notwendige Erlaubnis einer deutschen Behörde können Anbieter derzeit (noch¹⁸) nicht erhalten, da § 4 Abs. 4 GlüStV Online-Casinos verbietet,¹⁹ sodass die Anbieter ihre Online-Casinospiele ohne behördliche Erlaubnis veranstalten.²⁰

III. Ausschluss des staatlichen Strafanspruchs

Schwierigkeiten bereitet indessen der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts: Die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels ist der strafrechtlichen Sanktionierung überhaupt nur dann zugänglich, wenn die Versagung der Erlaubnis bzw. das Verbot dieses Glücksspiels seinerseits im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben steht. Im Falle der Unionsrechtswidrigkeit besteht hingegen eine Anwendungssperre, das Strafrecht ist neutralisiert.²¹ Dies entspricht hinsichtlich der Veranstaltung von Sportwetten mittlerweile gefestigter Rechtsprechung,²² die sich auf die Strafbarkeit der

¹² OLG Köln NJW 1957, 721.

¹³ OLG München BeckRS 2009, 22749.

¹⁴ BGH NJW 1958, 758.

¹⁵ Zu Einschränkungen vgl. *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 284 Rn. 10.

¹⁶ Zu den verschiedenen diesbezüglichen Meinungen vgl. *Hohmann*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. (2019), § 284 Rn. 22.

¹⁷ BGH NJW 2004, 2158, 2160; siehe zudem die weiteren Nachweise bei *Fischer*, StGB, 69. Aufl. (2020), § 284 Rn. 15 und *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 284 Rn. 29; a.A. LG München I NStZ-RR 2004, 142, 143. Nach dem EuGH dürfen die Mitgliedstaaten verlangen, dass Glücksspielveranstalter über eine inländische Erlaubnis verfügen; Lizenzen aus dem EU-Ausland stehen dem nicht entgegen, EuGH BeckRS 2010, 91035.

¹⁸ Die Möglichkeit der Lizenzierung von Online-Casinospielen, virtuellen Automaten und Online-Poker sieht § 4 Abs. 4 GlüStV 2021 vor, der indes noch nicht ratifiziert ist.

¹⁹ Ausgenommen hiervon ist Schleswig-Holstein.

²⁰ Die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen einer (aktiven) Duldung des Online-Glücksspiels, die mit dem Umlaufbeschluss der CdS vom 8.9.2020 und den hierauf basierenden Gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder neu losgetreten wurde, soll an dieser Stelle ausgeblendet werden.

²¹ *Saliger/Tsambikakis*, Neutralisiertes Strafrecht (2017), S. 49.

²² EuGH BeckRS 2016, 80225 Rn. 63 f.; OLG München NJW 2006, 3588, 3591; OLG Hamburg BeckRS 2007, 12554; OLG Frankfurt NStZ-RR 2008, 372, 373; OLG München NJW 2008, 3151, 3155; BVerwG BeckRS 2016, 106250 Rn. 27 f.; vgl. auch BGH BeckRS 2020, 10600 Rn. 34 = HRRS 2020 Nr. 777.

Veranstaltung von Online-Casinos ohne Weiteres übertragen lässt.²³

1. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.10.2017

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit zwei Urteilen vom 26.10.2017 jedoch entschieden, dass das Verbot von Online-Casinospielen nach § 4 Abs. 4 GlüStV sowohl verfassungs- als auch unionsrechtskonform sei.²⁴ Die mit dem Online-Glücksspielverbot verbundene Beschränkung sei gerechtfertigt, da sie auch im unionsrechtlichen Sinne verhältnismäßig und insbesondere geeignet sei, zur Erreichung der mit ihr verfolgten Gemeinwohlzwecke in systematischer und kohärenter Weise beizutragen.²⁵ Die Begründung dessen beschränkt sich auf fünf Randnummern, was der Tragweite der getroffenen Entscheidung als Bestätigung des § 4 Abs. 4 GlüStV, der wie eine objektive Berufswahlbeschränkung²⁶ wirkt, bereits quantitativ nicht gerecht wird. Qualitativ erschöpfen sich die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts überwiegend in der Darstellung des Prüfungsmaßstabs, auf die indes keine eingehende Subsumtion folgt.

2. Keine umfassende Klärung der unionsrechtlichen Fragen

Zu Recht wurde im Anschluss an die Urteile daher bezweifelt, ob das Gericht die zitierten unionsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit hinreichend gewürdigt und der gebotenen vertieften Prüfung unterzogen hat.²⁷ Dies betrifft vorwiegend die oberflächliche, teils gar lückenhafte Auseinandersetzung mit den die Mitgliedstaaten treffenden Nachweispflichten sowie dem Kohärenzgebot.²⁸

a) Nachweispflichten

Im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht erkennt der Gerichtshof der Europäischen Union den nationalen Gesetzgebern gerade keinen Ermessensspielraum bzw. keine Einschätzungsprärogative zu.²⁹ Nach dem Ge-

richtshof müssen die Rechtfertigungsgründe, auf die sich ein Mitgliedstaat berufen kann, von einer Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von diesem Mitgliedstaat erlassenen Maßnahme sowie von genauen Angaben zur Stützung seines Vorbringens begleitet sein. Die erforderlichen Beweise sind von den nationalen Behörden in jedem Einzelfall beizubringen.³⁰ Der Ansatz des Gerichts darf dabei nicht statisch, sondern muss dynamisch sein, so dass das Gericht die Entwicklung der Umstände nach dem Erlass der genannten Regelung berücksichtigen muss.³¹

Von diesen Prämissen geht an sich auch das Bundesverwaltungsgericht aus.³² Dennoch führt es für die von ihm zur Rechtfertigung des § 4 Abs. 4 GlüStV behaupteten besonderen Gefahren des Online-Casinos³³ keinerlei Nachweis an.³⁴ Stattdessen bezieht sich das Gericht ausdrücklich auf die „Einschätzung“ der Länder in ihren amtlichen Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag,³⁵ die sich bei näherer Betrachtung jedoch empirisch als vollständig ungesichert erweist.³⁶ Die Begründungen der Länder entpuppen sich letztlich als bloße Hypothesen, die sich zudem dem naheliegenden Einwand ausgesetzt sehen, dass sie ebenso für das stationäre Glücksspiel Geltung beanspruchen.³⁷ Die Stütze des Verbots von Online-Casinos auf nicht belegte Hypothesen wird dem vom Gerichtshof der Europäischen Union geforderten Nachweis nicht gerecht.³⁸ Dass sich das Bundesverwaltungsgericht dennoch des „Kunstgriffs“ auf die Einschätzung der Länder bediente, hatte einen einfachen Grund: Dem Bundesverwaltungsgericht war die notwendige Auseinandersetzung mit (aktuellen) empirischen Erkenntnissen zu den Gefahren des Online-Casinos überhaupt nicht möglich, da die Berufungsinstanzen³⁹ solche mangels Entscheidungserheblichkeit nicht erhoben hatten und es dem Bundesverwaltungsgericht als Revisionsinstanz verwehrt war, die notwendigen Feststellungen nachzuholen.⁴⁰

²³ Kubiciel NVwZ 2018, 841, 846; König ZfWG 2015, 10; Duesberg/Buchholz NZWiSt 2015, 16, 18.

²⁴ BVerwG BeckRS 2017, 143458 Rn. 28; BeckRS 2017, 143459 Rn. 30. Der Verwaltungsgerichtshof Mannheim hatte in einem obiter dictum hingegen noch deutliche Zweifel an der Unionsrechtskonformität geäußert, VGH Mannheim BeckRS 2016, 130237 Rn. 26; BeckRS 2015, 53702 Rn. 31.

²⁵ BVerwG BeckRS 2017, 143458 Rn. 35; BeckRS 2017, 143459 Rn. 38.

²⁶ BVerfG BeckRS 2008, 40178 Rn. 28; Kubiciel NVwZ 2018, 841, 845.

²⁷ Becker/Häusle/Spitze ZfWG 2020, 102, 110 ff.; Koenig/Berberich ZfWG 2018, 153, 154; Kubiciel NVwZ 2018, 841, 844; vgl. auch Schenke ZfWG Sonderbeilage 4/2018, 21, 26.

²⁸ Eine abschließende Darstellung der vielzähligen verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken gegen das Totalverbot von Online-Casinos ist an dieser Stelle nicht möglich.

²⁹ Kubiciel NVwZ 2018, 841, 846; Jarass NVwZ 2018, 1665, 1670.

³⁰ EuGH BeckRS 2016, 82517 Rn. 36; instruktiv zu den unionsrechtlichen Nachweispflichten Jarass NVwZ 2018, 1665.

³¹ EuGH BeckRS 2016, 81413 Rn. 36 f.; vgl. auch EuGH BeckRS 2017, 112953 Rn. 53.

³² BVerwG BeckRS 2017, 143458 Rn. 40; BeckRS 2017, 143459 Rn. 43.

³³ BVerwG BeckRS 2017, 143458 Rn. 29; BeckRS 2017, 143459 Rn. 31.

³⁴ Der Nachweis ist dabei in zweifacher Hinsicht zu führen: Einerseits muss der Mitgliedstaat belegen, dass Online-Glücksspiel gefährlicher ist als stationäre Pendant. Des Weiteren bedürfte es des Nachweises, dass Online-Casinospiele gefährlicher als andere Arten des Online-Glücksspiels, bspw. Online-Sportwetten sind.

³⁵ BVerwG BeckRS 2017, 143458 Rn. 39; BeckRS 2017, 143459 Rn. 42.

³⁶ Becker/Häusle/Spitze ZfWG 2020, 102, 109.

³⁷ Kubiciel NVwZ 2018, 841, 842.

³⁸ Becker/Häusle/Spitze ZfWG 2020, 102, 111 ff.; vgl. auch Hambach/Berberich ZfWG 2019, 463, 466. Zu dem nicht erbrachten Nachweis der behaupteten Gefahren schon Kubiciel EuZW 2017, 494.

³⁹ VGH Mannheim BeckRS 2016, 130237; BeckRS 2015, 53702.

⁴⁰ Becker/Häusle/Spitze ZfWG 2020, 102, 111; Hambach/Berberich ZfWG 2019, 463, 466; Koenig/Berberich ZfWG 2018, 153 f.

b) Kohärenzgebot

Der nicht erbrachte Nachweis der gesteigerten Gefahren des Online-Casinos wirkt sich zudem auf die Kohärenz der Glücksspielregulierung im GlüStV aus. Die Kohärenz der in Rede stehenden Regelung erörtert der Gerichtshof der Europäischen Union als Unterpunkt der Geeignetheit,⁴¹ indem er eine nationale Regelung nur dann als geeignet ansieht, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.⁴² Das Kohärenzgebot umfasst dabei neben dem sogenannten „*Hypocrisy-Test*“⁴³ das Erfordernis vertikaler⁴⁴ und horizontaler Kohärenz. Unter dem Stichwort der vertikalen Kohärenz wird die Eignung einer die Grundfreiheiten einschränkenden Regelung daran gemessen, ob sie angesichts der übrigen Regelungen desselben Glücksspielsektors in der Lage ist, das mit ihr verfolgte Regulierungsziel der Begrenzung der Wett-tätigkeit zu erreichen.⁴⁵ Bei der Prüfung der horizontalen Kohärenz wird die Geeignetheit der Maßnahmen hingegen in Relation zur Regulierung anderer Glücksspielsektoren im betroffenen Mitgliedsstaat gesetzt.⁴⁶ Hiernach verbietet sich die unterschiedliche Regulierung von Glücksspielsektoren mit ähnlichem Gefahrenpotenzial,⁴⁷ wobei ein Verstoß gegen das Kohärenzgebot nicht erst bei einem krassen Missverhältnis zwischen der Regulierung der Glücksspielsektoren vorliegt.⁴⁸ Für die denkbar schärfste Regulierungsoption des Total-Verbots folgt hieraus, dass es an einer kohärenten Regelung mangelt, wenn ebenso gefährliche – oder gar gefährlichere – Glücksspielformen weniger streng reguliert sind, weil sie grundsätzlich – wenngleich auch nur bei Erfüllung diverser Anforderungen – zugelassen werden können. Die vertikale und horizontale Kohärenz der deutschen Glücksspielregulierung ist unter Anlegung dieser Maßstäbe in mehrfacher Hinsicht fragwürdig, wobei die nachfolgende knappe Darstellung keinesfalls abschließend ist.

Die Gesamtkohärenz der deutschen Online-Glücksspielregulierung ist spätestens mit dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag von 2012 ins Wanken geraten. In diesem hatten sich die Länder auf die partielle Öffnung des Online-Glücksspielmarkts, insbesondere für Sportwetten, geeinigt.⁴⁹ Die Gesamtkohärenz wäre trotz

dieser Öffnung dabei nur dann gewährleistet, wenn für die unterschiedliche Regelung ein sachlicher Grund besteht, etwa Online-Casinospiele tatsächlich als gefährlicher einzustufen wären als Online-Sportwetten.⁵⁰ Dies behauptet das Bundesverwaltungsgericht unter Berufung auf die Einschätzung der Länder aus den amtlichen Erläuterungen zum Glücksspielvertrag zwar, ist aber – wie gezeigt – keinesfalls nachgewiesen.⁵¹ Auch die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit mehrfach kritisiert, dass der erforderliche Nachweis nicht erbracht wurde.⁵² Die beim Bundesministerium der Wirtschaft angesiedelte Monopolkommission war sogar von vergleichbaren Suchtgefahren von Online-Casinospielen und Online-Sportwetten ausgegangen und hatte sich daher noch vor dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag für eine weitergehende, Casinospiele umfassende Öffnung des Online-Glücksspielmarkts ausgesprochen.⁵³ Die Kohärenz vermag das Bundesverwaltungsgericht ebenso wenig mit seinem knappen Hinweis auf die strengen Voraussetzungen der Erlaubniserteilung für Online-Sportwetten zu begründen, die dem spezifischen Gefährdungspotenzial des Online-Glücksspiels Rechnung tragen – diese Voraussetzungen könnten ebenso gut an die Lizenzierung von Online-Casinos geknüpft werden.

Noch deutlicher tritt die fehlende Gesamtkohärenz der deutschen Glücksspielregulierung zu Tage, wenn man die unterschiedliche Regelung von Online-Casinos und Spielautomaten in den Blick nimmt.⁵⁴ Das Automaten-glücksspiel hat nach sämtlichen vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen das größte Suchtpotenzial,⁵⁵ ist aber dennoch erlaubnisfähig und damit weit weniger streng reguliert als Online-Casinospiele. Das Total-Verbot von Online-Casinos nötigt die Spieler demnach dazu, u.a. auf die noch gefährlicheren Geldautomatenspiele auszuweichen – die konsequente Ausrichtung der Glücksspielregulierung am Spielerschutz darf daher bezweifelt werden. Mit diesem Aspekt hat sich das Bundesverwaltungsgericht nicht auseinandergesetzt, obwohl er bereits in anderen glücksspielrechtlichen Entscheidungen⁵⁶ thematisiert wurde.

Noch deutlicher wird die fehlende Kohärenz, wenn man die – ohne Rechtsgrundlage angebotenen – sogenannten Online-Games des staatlichen Anbieters Lotto Hessen GmbH in die Betrachtung einbezieht.⁵⁷ Bei diesen handelt es sich um Online-Spiele, die gewöhnlichen Casinospielen nachgebildet und strukturell gleichartig sind. Mit ihren Geldeinsätzen können Spieler Gewinne bis zu

⁴¹ *Wormit NVwZ* 2017, 281, 285.

⁴² EuGH BeckRS 2011, 81148 Rn. 85; BeckRS 2009, 70276 Rn. 55.

⁴³ EuGH BeckRS 2010, 91035 Rn. 98 f. m.w.N.; *GA Mengozzi*, 08.09.2010 – C 316/07 = BeckRS 2010, 144432 Rn. 50.

⁴⁴ Vgl. hierzu EuGH BeckRS 2010, 91037 Rn. 55; *Schenke ZfWG* 2015, 170, 174; *Hartmann/Barczak ZfWG Sonderbeilage* 1/2020, 8, 9; *Jarass NVwZ* 2018, 1665, 1668.

⁴⁵ Zu den verschiedenen Ebenen des Kohärenzgebots instruktiv *Schenke ZfWG* 2015, 170, 173.

⁴⁶ EuGH BeckRS 2010, 91035 Rn. 106; BeckRS 2010, 91037 Rn. 71; *Wormit NVwZ* 2017, 281, 285; *Schenke ZfWG* 2015, 170, 175; *Hartmann EuZW* 2014, 814 ff.; vgl. ferner *BVerwG BeckRS* 2013, 56762 Rn. 51.

⁴⁷ Vgl. *Streinz ZfWG* 2013, 307, 310; *Jarass NVwZ* 2018, 1665, 1668.

⁴⁸ *BVerwG NVwZ* 2011, 554, 562; *Dietlein*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht*, 2. Aufl. (2013), Einf. Rn. 50.

⁴⁹ Ähnlich *Kubiciel NVwZ* 2018, 841, 844; *ders.* *EuZW* 2017, 494; *Schenke ZfWG* 2015, 170, 175.

⁵⁰ *Kubiciel NVwZ* 2018, 841, 844; vgl. *Michl ZfWG* 2016, 110, 113.

⁵¹ Das Nachweiserfordernis erstreckt sich auch auf die Kohärenz, *Becker/Häusle/Spitze ZfWG* 2020, 102, 105.

⁵² Hierzu *Hambach/Berberich ZfWG* 2019, 463, 465 m.w.N.

⁵³ BT-Drs. 17/10365, S. 58.

⁵⁴ Vgl. *Koenig ZfWG* 2015, 10, 15. Bereits die Monopolkommission hatte das höhere Suchtpotenzial von Casinospielen in Frage gestellt, BT-Drs. 17/10365, S. 49.

⁵⁵ *BVerfG BeckRS* 2017, 106567 Rn. 158; *VGH München BeckRS* 2011, 49031 Rn. 28; *Koenig ZfWG* 2015, 10, 15; *Kubiciel NVwZ* 2018, 841, 842 m.w.N.

⁵⁶ U.a. *BVerwG NVwZ* 2011, 554, 562; *VGH München BeckRS* 2011, 49031 Rn. 28.

⁵⁷ *Schenke ZfWG Sonderbeilage* 4/2018, 21, 30 f. Ohne Begründung a.A. *OVG Lüneburg BeckRS* 2018, 6549 Rn. 34.

50.000 EUR erzielen.⁵⁸ Während also privaten Anbietern die Veranstaltung von Online-Casinospielen wegen der vermeintlichen Gefahren untersagt ist, bietet der Staat solche teilweise selbst an.

3. Rechtslage weiterhin unklar

Obgleich die vorstehenden Erwägungen die Friktionen zwischen dem Total-Verbot von Online-Casinos und dem Unionsrecht allenfalls andeuten⁵⁹, verdeutlichen sie, dass sich das Bundesverwaltungsgericht mit den unionsrechtlichen Anforderungen an die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nur oberflächlich auseinandergesetzt hat. Angesichts der gravierenden Eingriffsintensität des Verbots von Online-Casinos und der Vielschichtigkeit der Problematik wirkt die spärliche Aufarbeitung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht nur äußerst unbefriedigend. Darüber hinaus wurde die Unionsrechtskonformität des Verbots hiermit nicht soweit geklärt, dass sich andere Gerichte oder Behörden dem gefundenen Ergebnis guten Gewissens schlicht anschließen könnten. Tatsächlich spricht Einiges dafür, dass das Total-Verbot von Online-Casinospielen unionsrechtswidrig ist.

IV. Schuldabschluss wegen Verbotsirrtums

Sollten Strafverfolgungsbehörden von der Eröffnung des Anwendungsbereichs des deutschen Strafrechts gemäß der §§ 3 ff. StGB ausgehen und trotz der vorstehenden Bedenken der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts folgen, so werden sie sich oftmals mit einem etwaigen Verbotsirrtum des Anbieters auseinandersetzen müssen: Für gewöhnlich lassen sich jedenfalls die großen Glücksspielanbieter umfassend rechtlich beraten und dabei insbesondere die Rechtmäßigkeit ihres Angebots gründlich prüfen.

1. Verbotsirrtum

Sind die Glücksspielanbieter aufgrund des erteilten Rechtsrats davon überzeugt, dass der aktuell (noch) gültige § 4 Abs. 4 GlüStV unionsrechtswidrig ist, insbesondere gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt, und ihrem Online-Casino-Angebot daher nicht entgegensteht, unterlägen sie hiermit einem Irrtum, der als Verbotsirrtum i.S.d. § 17 S. 1 StGB zu behandeln wäre.⁶⁰ Dies entspricht der Rechtsprechung zur Klassifizierung des Irrtums, § 284 StGB sei auf Sportwetten wegen der

Verfassungs- bzw. Unionsrechtswidrigkeit des seinerzeitigen staatlichen Sportwettenmonopols nicht anwendbar.⁶¹

Ein Verbotsirrtum könnte allerdings in Einzelfällen wegen eines bedingten Unrechtsbewusstseins ausgeschlossen sein.⁶² Ein solches besteht, wenn der Täter bei Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt.⁶³ Hofft der Anbieter also lediglich, § 4 GlüStV stehe seinem Online-Casino-Angebot nicht entgegen, unterliegt er keinem Verbotsirrtum. Von einem bedingten Unrechtsbewusstsein ist jedoch nicht auszugehen, wenn der Täter – zum Beispiel bei unklarer Rechtslage – Erkundigungen einholt.⁶⁴ Vertraut der Glücksspielanbieter sodann auf den von ihm eingeholten Rechtsrat, wonach Online-Casinos rechtmäßig angeboten werden dürfen, verbleibt nicht einmal mehr ein bedingtes Unrechtsbewusstsein. Ob der Glücksspielanbieter auf den Rechtsrat vertraut hat und vertrauen durfte, kann nur im Einzelfall festgestellt werden und hängt maßgeblich davon ab, inwiefern die Qualifikation der Auskunftsperson und die Qualität des erteilten Rechtsrats ein Vertrauen erlaubte. Da Glücksspielanbieter regelmäßig renommierte Spezialisten heranziehen, dürfte in der Praxis allenfalls in Ausnahmefällen von einem verbleibenden bedingten Unrechtsbewusstsein auszugehen sein.

2. Unvermeidbarkeit

Die Schuld – und damit die Strafbarkeit – schließt der vorbezeichnete Irrtum nur dann aus, wenn dieser unvermeidbar war. Andernfalls besteht nach § 17 S. 2 StGB lediglich die Möglichkeit der Strafmilderung.

a) Anforderungen an die Unvermeidbarkeit

An die Unvermeidbarkeit des Irrtums stellt die Rechtsprechung für gewöhnlich strenge Anforderungen.⁶⁵ Nach dem Bundesgerichtshof ist ein Verbotsirrtum erst dann unvermeidbar, wenn der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat.⁶⁶

Im Gegensatz zum Kernstrafrecht unterfällt der Bereich des mit Kriminalstrafe bedrohten Verwaltungsunrechts, zu dem auch das Glücksspielverbot des verwaltungsak-

⁵⁸ Das Angebot ist abrufbar unter <https://www.lotto-hessen.de/online-games/uebersicht>, zuletzt abgerufen am 19.11.2020.

⁵⁹ Zu dem Einwand des nicht erbrachten Nachweises sowie der fehlenden Kohärenz gesellen sich u.a. die hier nicht dargestellten gravierenden Zweifel an der Geeignetheit, insbesondere der Erreichbarkeit der nach § 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV verfolgten Kanalisierung (*Kubiciel* NVwZ 2018, 841, 842 f.; BT-Drs. 17/10365, S. 48), und Erforderlichkeit (BT-Drs. 17/10365, S. 48; *Hambach/Berberich* ZfWG 2019, 463, 466; *Kubiciel* NVwZ 2018, 841, 842 ff.; *ders.* EuZW 2017, 494, 499; *Schenke* ZfWG 2015, 170, 175, 178 f.).

⁶⁰ *Saliger/Tsambikakis*, Neutralisiertes Strafrecht (2017), S. S. 46; *Duesberg/Buchholz* NZWiSt 2015, 16, 20 f.

⁶¹ BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2423; vgl. ferner *Duesberg/Buchholz* NZWiSt 2015, 16, 20 f. sowie die weiteren Nachweise bei *Saliger/Tsambikakis*, Neutralisiertes Strafrecht (2017), S. 45.

⁶² Zur Kritik an der Figur des bedingten Unrechtsbewusstseins siehe die Nachweise bei *Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 17 Rn. 34.

⁶³ BGH NSZ 2011, 411, 414 = HRRS 2011 Nr. 486; BeckRS 2008, 6865 Rn. 36.

⁶⁴ OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2423; *Saliger/Tsambikakis*, Neutralisiertes Strafrecht (2017), S. 43 m.w.N.

⁶⁵ Anders ist dies teilweise im Bereich der Sportwetten, *Buchholz/Rübenstahl* ZfWG 2015, 97; vgl. auch *Saliger/Tsambikakis*, Neutralisiertes Strafrecht (2017), S. 45.

⁶⁶ BGH StV 2020, 378, 381 m.w.N. = HRRS 2020 Nr. 347.

zessorischen § 284 StGB gehört, hinsichtlich der Vermeidbarkeit besonderen Maßstäben, da die Gewissensanspannung häufig keine eindeutigen Erkenntnisse erbringen wird. An ihre Stelle tritt daher stärker als in anderen Bereichen die Pflicht des Normadressaten zur sorgfältigen Erkundigung über die Rechtslage bei einem zuverlässigen Rechtskundigen. Ein selbst nicht Rechtskundiger darf sich in der Regel auf die Auskunft eines Rechtsanwalts verlassen, den er ohne Verschulden als kompetent angesehen hat. Dies gilt beispielsweise auf die Auskunft eines Spezialanwalts für das in Frage stehende Rechtsgebiet.⁶⁷

Hinsichtlich der Anforderungen an die Auskunftsperson als auch die Auskunft gilt Folgendes: Diese müssen aus der Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Eine Auskunft ist nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Bei der Auskunftsperson ist dies der Fall, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet, sie muss insbesondere sachkundig und unvoreingenommen sein und mit der Erteilung der Auskunft keinerlei Eigeninteresse verfolgen. Zudem darf der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen.⁶⁸

Weiß der Täter, dass die Auskunft des ersuchten Anwalts in Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung steht, darf er sich regelmäßig nicht hierauf verlassen.⁶⁹ In diesen Fällen wird der Verbotsirrtum oftmals vermeidbar sein. In diesem Sinne erschiene es im hier behandelten Kontext auf den ersten Blick naheliegend, dass die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.10.2017⁷⁰ für die Vermeidbarkeit des Irrtums streiten – deren Bekanntwerden bei den großen, am deutschen Markt tätigen Glücksspielanbietern dürfte vorausgesetzt werden können.

b) Höchstrichterliche Entscheidung führt nicht automatisch zur Vermeidbarkeit

Dass eine glücksspielrechtliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts⁷¹ aber nicht zwingend zur Unvermeidbarkeit führen muss, zeigt ein Blick auf ein Urteil

⁶⁷ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 17 Rn. 5a; vgl. auch OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2423.

⁶⁸ BGH StV 2020, 378, 381 m.w.N. = HRRS 2020 Nr. 347.

⁶⁹ Vgl. BGH NJW 1966, 842.

⁷⁰ Zwar handelt es sich nicht um höchstrichterliche Rechtsprechung eines Strafgerichts. Mit Blick auf die Verwaltungsakzessorietät des § 284 StGB (Fischer, StGB, 69. Aufl. (2020), § 284 Rn. 14) kommt diesen Entscheidungen dennoch nicht unerhebliches Gewicht zu.

⁷¹ Dass solche zudem auch nicht immer von öffentlichen Stellen befolgt werden, zeigt die Weisung des Bundesgesundheitsministeriums an das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte, Anträge auf eine amtliche Erlaubnis zum Erwerb von Medikamenten zur Selbsttötung trotz des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts (NJW 2017, 2215) abzulehnen.

des vierten Strafsenats⁷² zu Sportwetten. Dieser Entscheidung ging folgende Entwicklung voraus: Das Bundesverwaltungsgericht⁷³ hatte 2001 geurteilt, dass das seinerzeit in Bayern bestehende uneingeschränkte Verbot der privaten Veranstaltung und Vermittlung von Oddset-Wetten nicht gegen das Grundgesetz, insbesondere die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verstoße – das Bundesverfassungsgericht war fünf Jahre später bekanntlich anderer Meinung.⁷⁴ 2007 hatte sodann der Bundesgerichtshof über einen Vermittler von Sportwetten aus dem Saarland zu entscheiden, der von 2003 bis 2004 tätig war. Obgleich zu dieser Zeit noch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts den aktuellen Stand der Rechtsprechung markierte,⁷⁵ hatte das Landgericht Saarbrücken⁷⁶ den Vermittler aufgrund eines unvermeidbaren Verbotssirrtums freigesprochen: Vor seiner Vermittlungstätigkeit zwischen 2003 und 2004 hatte der Angeklagte zuvor bei einem auf das Recht der Sportwetten spezialisierten Rechtsanwalt⁷⁷ um Rechtsrat nachgesucht. Der Anwalt hatte ihm zur Weiterführung seines Betriebs geraten.⁷⁸ Der vierte Strafsenat bestätigte die Entscheidung des Landgerichts und erklärte im Anschluss an das Oberlandesgericht Stuttgart⁷⁹, „dass das Risiko der extrem unklaren Rechtslage, wie sie hier durch die Verwaltung und die Rechtsprechung geschaffen worden ist, nicht einseitig dem Normadressaten aufgebürdet werden darf“.⁸⁰ Über das gegenläufige Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verlor der vierte Strafsenat bei der Erörterung der Unvermeidbarkeit des Irrtums kein Wort.⁸¹

c) Folgerungen für Online-Casinos

Die aktuelle Ausgangslage betreffend die Regulierung von Online-Casinos ist mit der damaligen Konstellation im Sportwettensektor vergleichbar: Es besteht eine extrem unklare Rechtslage, wobei insbesondere die Einhaltung der Anforderungen an eine unionsrechtskonforme Glücksspielregulierung in vielerlei Hinsicht mindestens zweifelhaft sind.⁸² An dieser Ausgangslage hat das Bun-

⁷² BGH NJW 2007, 3078 = HRRS 2007 Nr. 843.

⁷³ BVerwG NJW 2001, 2648.

⁷⁴ BVerfG NJW 2006, 1261.

⁷⁵ Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts durfte das Landgericht bei seiner Prüfung der Vermeidbarkeit des Irrtums nicht beachten, da es hierfür ausschließlich auf den Zeitpunkt der Tathandlung ankommt, vgl. Fischer, StGB, 69. Aufl. (2020), § 17 Rn. 7.

⁷⁶ Die Rechtslage war in Bayern und dem Saarland mit Blick auf das staatliche Sportwettenmonopol vergleichbar, BGH NJW 2007, 3078, 3080 = HRRS 2007 Nr. 843.

⁷⁷ Aufgrund dieser Spezialisierung wird vorliegend davon ausgegangen, dass der Rechtsanwalt seinen Mandanten pflichtgemäß auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus 2001 hingewiesen hatte.

⁷⁸ Unvermeidbar war der Irrtum auch im vorgelagerten Tatzeitraum, in dem der Angeklagte noch keine Auskunft eines Rechtsanwalts eingeholt hatte, BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843.

⁷⁹ OLG Stuttgart NJW 2006, 2422, 2424.

⁸⁰ BGH NJW 2007, 3078, 3079 = HRRS 2007 Nr. 843; weitere Nachweise bei Saliger/Tsambikakis, Neutralisiertes Strafrecht (2017), S. 46.

⁸¹ Dies gilt ebenso für das Urteil des Oberlandesgericht Stuttgart NJW 2006, 2422.

⁸² Ebenso, allerdings noch vor den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.10.2017 Saliger/Tsambikakis, Neutralisiertes Strafrecht (2017), S. 46 f.

des Verwaltungsgericht mit seinen Urteilen vom 26.10.2017 kaum etwas geändert, da es die Mehrzahl der wesentlichen Einwände allenfalls oberflächlich, überwiegend aber überhaupt nicht aufgegriffen hat. Insbesondere die maßgeblichen Bedenken gegen die Unionsrechtskonformität des Verbots von Online-Casinos vermochte das Bundesverwaltungsgericht mit seiner spärlichen Begründung nicht nachhaltig auszuräumen. Eine (höchststrichterliche) strafgerichtliche Entscheidung zur Strafbarkeit von Online-Casinos steht ohnehin noch aus.

Eine Klärung der Rechtslage kann erst recht nicht mit Blick auf den Kammerbeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.10.2008⁸³ angenommen werden: Dieser betraf noch den ursprünglichen Glücksspielstaatsvertrag von 2008, der in § 4 Abs. 4 ein umfassendes Verbot für jegliche Art von Online-Glücksspiel vorgesehen hatte. Es erschließt sich von selbst, dass 2012 mit der partiellen Öffnung des Online-Glücksspielmarkts durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag insbesondere die Frage der Wahrung des Kohärenzgebots neu aufgeworfen wurde⁸⁴ – zumal aktuell der Dritte Glücksspieländerungsstaatsvertrag in Kraft ist und neue Rechtsfragen mit sich gebracht hat.

Die Bedeutung der vorstehenden Urteile verlieren im vorliegend behandelten Zusammenhang weiter an Bedeutung, wenn man berücksichtigt, dass der Gerichtshof der Europäischen Union einen stets aktuellen Nachweis für das Vorliegen der Voraussetzungen verlangt, die der Mitgliedstaat für die Rechtfertigung seines Eingriffs in die Grundfreiheit anführt. Der Ansatz der nationalen Gerichte im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit darf nicht statisch, sondern muss dynamisch sein; die Entwicklung der Umstände nach dem Erlass der genannten Regelung sind zu berücksichtigen.⁸⁵ Bereits das Bundesverwaltungsgericht hätte daher eigentlich die seit Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags gewonnenen empirischen Erkenntnisse zur Gefährlichkeit von Online-Casinospielen bei seinen Urteilen berücksichtigen müssen. Diese Erkenntnisse, die es als Revisionsinstanz nicht selbst erheben konnte, lagen ihm jedoch nicht vor.⁸⁶ Da die seit dem Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags durchgeführten

Studien tendenziell gegen die behaupteten gesteigerten Gefahren gerade des Online-Casinos sprechen,⁸⁷ würde es grundlegenden Bedenken begegnen, sich bei der Prüfung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums eines Veranstalters an den – überholten – Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts zu orientieren. In tatsächlicher Hinsicht ist daneben insbesondere die zwischenzeitliche Entwicklung der technischen Möglichkeiten zur Überwachung des Online-Glücksspielmarkts zu berücksichtigen, mit denen den durch die Besonderheiten des Online-Glücksspiels bedingten Gefahren durch entsprechende Regulierung entgegengewirkt werden kann.⁸⁸

d) Ergebnis

Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu § 4 Abs. 4 GlüStV bedingen nicht zwingend die Vermeidbarkeit des Irrtums eines Glücksspielanbieters über die Zulässigkeit seines Online-Casino-Angebots. Wie sonst auch, ist die Vermeidbarkeit im Einzelfall festzustellen, wobei aufgrund der undurchsichtigen Rechtslage kein strenger Maßstab angelegt werden darf. Für die Feststellung wird wiederum der Qualifikation der Auskunftsperson und der Qualität des erteilten Rechtsrats maßgebliche Bedeutung zukommen. Da jedenfalls die umsatzstarken Anbieter erfahrungsgemäß renommierte Spezialisten mit der Erstellung detaillierter Rechtsgutachten beauftragen, werden etwaig eingeleitete strafrechtliche Ermittlungen die Hürde des § 17 Abs. 1 StGB nur schwer überwinden können.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Mit ihrer Strafanzeige hat die Hamburger Innenbehörde die Staatsanwaltschaft mit einem Strauß an genuin strafrechtlichen, aber auch unionsrechtlichen sowie – hier nicht aufgezeigten – verfassungsrechtlichen Problemen konfrontiert. Inwieweit der Staatsanwaltschaft die praktische Auseinandersetzung mit diesen überhaupt noch lohnenswert erscheint, obgleich Online-Casinospiele nach dem Glücksspielneuregulierungsstaatsvertrag, der nächstes Jahr in Kraft treten soll, ohnehin erlaubnisfähig werden und sich die Länder im September zur Duldung bestimmter Anbieter entschlossen haben, bleibt abzuwarten.

⁸³ BVerfG NVwZ 2008, 1338.

⁸⁴ S.o. III.2.b.; vgl. auch *Saliger/Tsambikakis*, *Neutralisiertes Strafrecht* (2017), S. 35.

⁸⁵ EuGH NVwZ 2018, 479, 481; NVwZ-RR 2016, 624, 625; so auch das BVerwG BeckRS 2017, 143458 Rn. 40; BeckRS 2017, 143459 Rn. 43.

⁸⁶ *Becker/Häusle/Spitze* ZfWG 2020, 102, 111; *Koenig/Berberich* ZfWG 2018, 153 ff.; *Hambach/Berberich* ZfWG 2019, 463, 466.

⁸⁷ *Koenig* ZfWG Sonderbeilage 4/2018, 21, 26 ff.; *Lischer* ZfWG 4/2018, 2 ff.; vgl. auch *Kubiciel* EuZW 2017, 494, 498.

⁸⁸ *Becker/Häusle/Spitze* ZfWG 2020, 102, 111; vgl. auch *Kubiciel* NVwZ 2018, 841, 842 f.

Haben kranke Menschen einen Rechtsanspruch auf aktive Sterbehilfe oder Unterstützung beim Suizid?

Von Felix Tim Fischer, Hamburg*

„Ich werde alles, was mir möglich ist, tun, dass keine staatliche Behörde [...] jemals zum Handlanger einer Selbsttötung wird.“
– Hermann Gröhe, auf dem Deutschen Ärztetag im Mai 2017¹

In welchem Rahmen soll es Menschen möglich sein, ihr Leben in Würde vorzeitig zu beenden? Die Debatte über die Sterbehilfe besteht – trotz der Anerkennung der Patientenverfügung und Fortschritten der Palliativmedizin – unverändert fort. Gerade das Urteil des BVerwG vom 2.3.2017 im „Fall Koch“ zur Erlaubnis zum Erwerb tödlicher Betäubungsmittel in extremen Notlagen² und das Urteil des BVerfG vom 26.2.2020 zu § 217 StGB a.F.³ haben die Diskussion neu befeuert und Kritik auf den Plan gerufen. Nachdem das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zwischen dem 2.3.2017 und dem 25.5.2020 keinen einzigen der 174 Anträge auf Erteilung einer solchen Erlaubnis bewilligt hat,⁴ ist das Thema nun in das Interesse der Medien gerückt und wird etwa auch im Deutschen Ethikrat thematisiert.

Doch auch für das Strafrecht ist seine Relevanz nicht zu unterschätzen. So pönalisiert § 216 StGB die Tötung auf Verlangen und sperrt zugleich die Einwilligung in lebensbeendende Akte unter fremder Tatherrschaft. Der Wille des Gesetzgebers, dem Lebensschutz auch bei abstrakten Gefahren und trotz Einwilligung in den Tod eine bedeutende Stellung einzuräumen, kam auch im nunmehr nichtigen § 217 StGB a.F. zum Ausdruck.⁵ Umgekehrt ist die Beihilfe zum Suizid mangels rechtswidriger Haupttat nicht strafbar. Die sogenannte indirekte Sterbehilfe, die einen früheren Tod als unvermeidbare Nebenfolge palliativer Behandlung in Kauf nimmt, und

die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen sind nach der Rechtsprechung des BGH ebenfalls straflos.⁶

Darüber hinaus stellt sich die besonders kontroverse Teilfrage, inwiefern kranke Menschen sogar einen Rechtsanspruch auf aktive Sterbehilfe oder zumindest auf Unterstützung beim Suizid haben könnten. Mit dem Urteil des BVerwG vom 2.3.2017 ist zwar höchststrichlerlich geklärt, dass ein solcher Anspruch grundsätzlich bestehen kann. Zum einen wurde ein solcher Anspruch aber noch nie im Einzelfall bejaht. Im „Fall Koch“ war dem Senat die erforderliche Sachverhaltsprüfung und -aufklärung nach dem Tod der Antragstellerin nicht mehr möglich.⁷ In einem anderen Fall hielt das BVerwG die von ihm selbst aufgestellte Voraussetzung einer „extremen Notlage“ für nicht erfüllt, da die Antragsteller gesund waren.⁸ Zum anderen fragt sich, welche Auswirkungen das richtungsweisende Urteil des BVerfG zu § 217 StGB auf die Rechtslage hat. Bei den verfassungs- und strafrechtlichen Implikationen stellen sich dabei im Wesentlichen vier Fragen:

(1) Reicht die Autonomie am Lebensende so weit, dass der Staat auch die Entscheidung, sein Leben vorzeitig zu beenden, respektieren muss?

* Der Verfasser ist Student an der Bucerius Law School in Hamburg und dort studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Professor Dr. Karsten Gaede) und am Institut für Medizinrecht.

¹ Zit. nach: *Jost Müller-Neuhof*, Gröhes Widerstand könnte zwecklos sein, tagesspiegel.de vom 29.5.2017, URL = <https://www.tagesspiegel.de/politik/sterbehilfe-urteil-groehes-widerstand-koennte-zwecklos-sein/19863538.html>; letzter Zugriff am 25.9.2020.

² BVerwGE 158, 142.

³ BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190.

⁴ BT-Drs. 19/19411, S. 4.

⁵ Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 8 und S. 10.

⁶ Zur sog. indirekten Sterbehilfe BGHSt 42, 301 Rn. 25; MüKoStGB/Schneider, 3. Aufl. (2016), Vor § 211 Rn. 104 f.; NK-StGB/Neumann, 5. Aufl. (2017), Vor § 211 Rn. 99 ff.; Spickhoff/Knauer/Brose, 3. Aufl. (2018), StGB § 216 Rn. 23; zur sog. passiven Sterbehilfe BGH NJW 2010, 2963 (Gaede); MüKoStGB/Schneider, 3. Aufl. (2016), Vor § 211 Rn. 114 ff.; NK-StGB/Neumann, 5. Aufl. (2017) Vor § 211 Rn. 104 ff.; Spickhoff/Knauer/Brose, 3. Aufl. (2018), StGB § 216 Rn. 6 ff.

⁷ Vgl. BVerwG 158, 142 Rn. 43.

⁸ BVerwG NJW 2019, 2789 (Schütz/Sitte), vgl. insb. Rn. 21 f. In weiteren Entscheidungen wurde ein Anspruch ebenfalls aus unterschiedlichen Gründen verneint: VG Köln BeckRS 2018, 3857; OVG Münster BeckRS 2018, 26729; VG Köln BeckRS 2019, 5200. Ferner hat das VG Köln dem BVerfG in sechs weiteren Verfahren die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 5 Abs. 1 BtMG als streitentscheidende Regelung verfassungswidrig sei. Das BVerfG entschied im Mai 2020, dass die Vorlagen unzulässig seien, weil sie angesichts der Nichtigkeit des § 217 StGB a.F. die Anforderungen an die Begründung (§ 80 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) nicht mehr erfüllen würden, s. hierzu BVerfG NJW 2020, 2394 (Schütz/Sitte).

(2) Welche Anspruchsgrundlage gewährt ein subjektives Recht auf Unterstützung?

(3) Inwiefern kann der Schutz anderer Verfassungsgüter (insbesondere des Lebens und der Menschenwürde) es dennoch rechtfertigen, den Betroffenen nicht in seinem Entschluss zu unterstützen?

(4) Wie begrenzen Voraussetzungen, Alternativen und Anspruchsziele – aktive Sterbehilfe oder „nur“ Unterstützung beim Suizid – einen Anspruch?

I. Autonomieschutz am Lebensende

1. Der Grundsatz der Patientenautonomie

Es ist allgemein anerkannt, dass der Wille des Patienten grundsätzlich die medizinische Indikation überwiegt und dass ein Selbstbestimmungsrecht über medizinische Behandlungen existiert.⁹ Soweit es nicht schon vom Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) erfasst ist, fällt es in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).¹⁰ Dieses soll die „engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen [...] gewährleisten“. Es ist darüber hinaus ein entwicklungs-offenes Grundrecht, um als „allgemeines Freiheitsrecht“ mit zahlreichen einzelnen Schutzgegenständen auch auf aktuelle Gefahren für die persönliche Lebenssphäre reagieren zu können.¹¹ Das führt zur Ausprägung einzelner Fallgruppen, die untereinander ausgesprochen heterogen, aber auch besonders großer Diskussion unterworfen sind.

2. Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben

a) Herleitung

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten beinhaltet auch ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben.¹² Bereits die Entscheidung des BVerwG berief sich darauf, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht „auch das Recht eines schwer und unheilbar erkrankten Menschen, zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll, vorausgesetzt, er kann seinen Willen frei bilden und entsprechend handeln“¹³, umfasse. Das BVerfG hat diesen Schutzgehalt in seiner Entscheidung zu § 217 StGB a.F. nun umfassend anerkannt. Der Entschluss, das eigene Leben zu beenden, „betrifft Grundfragen menschlichen Daseins und berührt wie keine andere Entscheidung Identität und Individualität des Menschen“¹⁴.

⁹ Vgl. § 7 Abs. 1, § 8 MBO-Ä.

¹⁰ Vgl. BGHZ 98, 32, 36 ff.; Maunz/Dürig/Di Fabio, 91. EL (April 2020), GG Art. 2 Rn. 204.

¹¹ Zum Vorstehenden BVerfGE 54, 148, 153.

¹² BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 208 ff.; BVerwGE 158, 142 Rn. 24; Maunz/Dürig/Di Fabio, 91. EL (April 2020), GG Art. 2 Rn. 205; Dreier/Dreier, 3. Aufl. (2013), GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Roxin NSTZ 2016, 185, 186; a.A. Lang NJW 2020, 1562, 1563.

¹³ BVerwGE 158, 142 Rn. 24 m.w.N.

¹⁴ BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 209.

Die Rechtsprechung des EGMR stützt dies zusätzlich. Dieser entschied, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK) ein Recht auf Selbstbestimmung beinhaltet. Es reiche so weit, dass eine Person entscheiden dürfe, „zu vermeiden, was sie als unwürdiges und qualvolles Ende ihres Lebens ansieht“¹⁵.

Die Konturierung und die Wirkungen des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben sind im Einzelnen ungeklärt. Zunächst könnte man zwar auch erwägen, aus dem Lebensgrundrecht eine negative Dimension herauszulesen. Das ist aber nur bei Freiheitsrechten passend; ein Grundrecht auf „gestörte Integrität“ des Schutzgutes Leben ergäbe keinen Sinn.¹⁶

Denkbar wäre ferner der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG allein, von dem Suizidhandlungen in jedem Fall gedeckt sind.¹⁷ Es ist jedoch sachgerecht, eine derart höchstpersönliche Entscheidung wie die Entscheidung über den eigenen Tod an ein Grundrecht mit unmittelbarer Nähe zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) anzuknüpfen.¹⁸ In Betracht käme schließlich eine Verletzung einer staatlichen Schutzpflicht, den Einzelnen vor Leiden zu schützen, die mit schweren und unheilbaren Erkrankungen einhergehen (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Eine solche Pflicht läge zwar im Ansatzpunkt noch nahe, selbst wenn die heutigen Möglichkeiten palliativmedizinischer Behandlung zahlreichen typischen Leiden am Lebensende (Schmerzen, Atemnot, Übelkeit, psychischen Folgen etc.) vorbeugen können. Hier käme aber vor allem das unüberwindliche Problem auf, dass man dann den Staat zu einer Tötung oder deren Unterstützung verpflichten würde, um das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit zu wahren. Dies abzulehnen, ist keine Unterschreitung eines gebotenen Schutzniveaus.

b) Kontroverse

Problematisch ist indes, ob man im Recht auf selbstbestimmtes Sterben allein eine „Freiheit zum Sterben“ erblickt, einen „Anspruch, in Ruhe sterben zu können“¹⁹, oder darüber hinaus auch ein „Recht zur Selbsttötung“.²⁰ Ursprung dieses Problems ist, dass die zuvörderst autonomiefreundliche Orientierung des Medizinrechts ihre Grenzen vielfach dort findet, wo das menschliche Leben betroffen ist. Wie eingangs dargelegt, ist *de lege lata* lediglich die aktive Sterbehilfe strafbar. Dem BVerfG zufolge beschränkt sich der Schutz der Selbstbestimmung am

¹⁵ EGMR NJW 2002, 2851 Rn. 61; die Rechtfertigung offen lassend EGMR NJW 2011, 3773, EGMR NJW 2013, 2953 und EGMR NLMR 2013, 162.

¹⁶ Sachs in: Beckmann/Duttge/Gärditz/Hillgruber/Windhöfel, Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 645; a.A. Lang NJW 2020, 1562, 1563.

¹⁷ Vgl. Dreier/Dreier, 3. Aufl. (2013), GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 29; zur Wertneutralität des Grundrechts Maunz/Dürig/Di Fabio, 91. EL (April 2020), GG Art. 2 Rn. 16.

¹⁸ Hierzu ausführlich BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 209.

¹⁹ Maunz/Dürig/Di Fabio, 91. EL (April 2020), GG Art. 2 Rn. 205.

²⁰ Vgl. Tröndle, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Referat in: Verhandlungen des sechsundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1986, Bd. II, S. M 29 ff.

Lebensende außerdem nicht darauf, lebenserhaltende Maßnahmen ablehnen zu dürfen, sondern auch auf die Entscheidung, sein Leben eigenhändig zu beenden.²¹ Teile des Schrifttums lehnen letzteres allerdings ab, was etwa zur Folge hätte, dass der Staat Suizidwillige gegen ihren Willen davon abhalten dürfte, sich das Leben zu nehmen.²²

Die Reichweite der Selbstbestimmung ist somit nicht nur kontrovers, sondern wird auch durch Veränderungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung bestimmt. Dass das Leben als Rechtsgut von höchstem Rang betroffen ist, verdeutlicht gerade, dass es sich bei der Entscheidung über Zeitpunkt und Umstände des eigenen Todes um eine besonders bedeutende Entscheidung der engsten persönlichen Lebenssphäre handelt. Eine Einschränkung der Selbstbestimmung beeinträchtigt das allgemeine Persönlichkeitsrecht an dieser Stelle also besonders intensiv; der Bezug zur Menschenwürde ist besonders stark. Umgekehrt bringen auch Gegner einer Liberalisierung diesen obersten Verfassungswert in Ansatz.²³ Die Frage, welches Schutzgut abstrakt einen Vorrang verdient und wie weit die Selbstbestimmung letztlich reicht, lässt sich im Ergebnis nicht schematisch beantworten. Maßgeblich ist vielmehr der Einzelfall.

II. Grundlagen einer staatlichen Pflicht zur Hilfe zum Sterben

1. Subjektiv-öffentliches Recht und Gewährung eines Anspruchs durch verfassungskonforme Auslegung von Rechtssätzen

Dass ein Arzt sich an eine Patientenverfügung zu halten und gegebenenfalls eine lebenserhaltende Behandlung einzustellen hat, ist im Wesentlichen geklärt,²⁴ ebenso die sogenannte indirekte Sterbehilfe und der Behandlungsabbruch. Problematisch ist, ob man den Staat auch zur aktiven Sterbehilfe oder zur Unterstützung beim Suizid verpflichten kann. In dem Fall, den das BVerwG zu entscheiden hatte, ging es darum, dass die Betroffene eine tödliche Dosis Natrium-Pentobarbital benötigte, um sich selbst zu töten. Eine ärztliche Verschreibung war dem Berufungsgericht zufolge faktisch nicht möglich und wäre zudem wohl rechtswidrig gewesen, da dafür die Anwendung am oder im menschlichen Körper begründet hätte sein müssen (§ 13 Abs. 1 S. 1 BtMG). Eine solche medizinische Indikation fehlte jedoch.²⁵ Daher bedurfte die Betroffene einer Erlaubnis des Bundesinstituts für

Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), um vom repressiven Verbot des § 3 Abs. 1 BtMG ausgenommen zu werden. Die Erlaubnis ist allerdings zu versagen, wenn das Ziel der Beantragung „nicht mit dem Zweck dieses Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, [...] vereinbar ist“ (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG).

Ein Anspruch eines Einzelnen auf Erlaubniserteilung für einen Betäubungsmittelerwerb zum Zwecke der Selbsttötung ergibt sich daher zunächst nicht. Der Wortlaut der Vorschrift ist so zu verstehen, dass die „medizinische Versorgung“ keine Maßnahmen umfasst, die gezielt den Tod herbeiführen sollen. Außerdem spricht – wie auch das BVerwG annimmt –²⁶ der Zweck des BtMG, die menschliche Gesundheit und das Leben zu schützen,²⁷ dagegen. Betäubungsmittel zum Suizid einzunehmen, kann zwar unerträgliches Leiden beenden. Man kann es aber nicht als Gesundheits- und Lebensschutz verstehen. Das BVerwG will allerdings § 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG verfassungskonform dahingehend auslegen, dass in Ausnahmesituationen ein Einzelner die Erlaubniserteilung beanspruchen könne.²⁸ Eine „unerträgliche Leidenssituation“ zu beenden, auch wenn es den Tod des Betroffenen bedeute, sei ein „Betäubungsmittelleinsatz zu Therapiezwecken“, sodass es sich um eine notwendige medizinische Versorgung i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG handele. Letztlich geht es darum, der Vorschrift ein subjektiv-öffentliches Recht zu entnehmen, das sich zwar nicht in ihrem Wortlaut wiederfindet, dessen Annahme das Recht auf selbstbestimmtes Sterben aber gebietet.

Anders sieht dies etwa das Gutachten *Di Fabios* im Auftrag des BfArM. Als Instrument der Normerhaltung sei die verfassungskonforme Auslegung restriktiv zu handhaben, um das Verwerfungsmonopol des BVerfG (Art. 100 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG) nicht zu umgehen. Dieses habe „deutlich gemacht, dass auch im Wege der verfassungskonformen Interpretation der ‚normative Gehalt einer Regelung nicht neu bestimmt‘ werden darf und unter Verwendung der anerkannten Auslegungsmethoden stets zulässige Auslegung bleibe“. Als Grenze, jenseits derer die richterliche Rechtsfortbildung eines Fachgerichts willkürlich in den Kompetenzbereich des BVerfG eingreife, gälten hier die Wortlautgrenze und erkennbare gesetzgeberische Grundentscheidungen und Wertungen sowie Zwecksetzungen von Gesetzen.²⁹ *Di Fabio* hält die Auslegung des BVerwG bereits für eine Überschreitung des Wortlauts: Suizidhilfe als „Therapiemaßnahme“ zu begreifen sei eine „erheblich erweiternde – wenn nicht den Wortsinn konterkarierende – Auslegung des Begriffs der medizinischen Versorgung“³⁰. Doch auch teleologisch

²¹ BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 209.

²² V. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, 7. Aufl. (2018), Art. 2 II Rn. 192; Maunz/Dürig/*Di Fabio*, 91. EL (April 2020), GG Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 47.

²³ Vgl. *Di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, 2017, S. 37.

²⁴ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 14; zuvor BGHZ 154, 205 unter III.1.a).

²⁵ Vgl. BVerwGE 158, 142 Rn. 16 m.w.N.

²⁶ Vgl. BVerwGE 158, 142 Rn. 21.

²⁷ BT-Drs. 8/3551, S. 23.

²⁸ BVerwGE 158, 142 Rn. 37.

²⁹ Zum Vorstehenden: *Di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, 2017, S. 50 ff. m. Verw. auf BVerfGE 119, 247, 274 und BVerfGE 69, 1, 55.

³⁰ *Di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten

könne ein „gleichsam verborgener, ein impliziter Regelungswille in Richtung staatlicher Assistenz zur Selbsttötung“³¹ dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Die Entscheidung sei im Übrigen verfassungswidrig, weil das BVerwG die Klärung einer solch wesentlichen Frage wegen des Prinzips der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) und wegen des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) dem Gesetzgeber hätte überlassen müssen.³²

Diese Bedenken sind schwerwiegend und würden die Erlaubnisfähigkeit – sofern die Bestimmungen des BtMG verfassungsmäßig sind – endgültig ausschließen. Zutreffend ist jedenfalls, dass die genannten Grenzen verfassungskonformer Auslegung einzuhalten sind. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass zahlreiche Konflikte, die zu besonderer ethischer und verfassungsrechtlicher Diskussion aufrufen, letztlich oft durch eine politische Abwägung der Legislative entschieden werden, der insoweit ein „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsraum“ zusteht.³³ Dem trägt auch die Rechtsprechung des BVerfG Rechnung, indem sie „wesentliche“, d.h. für die Grundrechtswirkung maßgebliche, Entscheidungen dem Gesetzgeber vorbehält.³⁴ Gerade bei solchen „Gewissensentscheidungen“ wie bei der Sterbehilfe kann daher zu meist nicht entschieden werden, welche Rechtslage die einzig verfassungsrechtlich zulässige ist. Häufig ergibt sich lediglich ein „zwischen Unter- und Übermaßverbot oszillierende[r] Korridor[...] zulässiger Maßnahmen“³⁵. Nimmt ein Gericht an, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen lediglich eine bestimmte Auslegung einer Vorschrift in Betracht komme, ist seine Entscheidung also auch durch diese Leitlinien begrenzt.

Es wurden jedoch beachtliche Gründe dafür vorgebracht, dass sich das BVerwG entgegen der Auffassung *Di Fabios* an diese Grenzen gehalten habe.³⁶ Zunächst richten sich die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung nicht nur nach der „Wesentlichkeitstheorie“ des BVerfG. Vielmehr darf die Anwendung dieser Theorie die grundgesetzlich vorgegebene Kompetenzverteilung zwischen den Staatsgewalten nicht aushebeln,³⁷ also auch nicht der Rechtsprechung ihre Befugnis zur letzten Auslegung der Gesetze³⁸ absprechen. Deshalb geht es vielmehr nur darum,

ob die Entscheidung die gesetzgeberische Zwecksetzungsprerogative umgeht.³⁹

Es ist jedoch nicht erkennbar, dass die Auslegung des BVerwG Sinn und Zweck des BtMG konterkariert hätte. Wie bereits dargelegt, widerspricht die Erlaubnis zum Erwerb tödlicher Betäubungsmittel nicht dem in § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG (und damit unmittelbar in der Norm selbst) festgelegten Zweck der „medizinischen Versorgung der Bevölkerung“. Auch der übergreifende Zweck, menschliches Leben und die Gesundheit zu schützen,⁴⁰ steht einer Erlaubnis nicht grundsätzlich entgegen. Denn diese Schutzgüter sind nicht absolut und können daher durchaus zugunsten des Selbstbestimmungsrechts eingeschränkt werden, zumal in den einschlägigen Fällen stets eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt.

Besonders gewichtig ist dabei, dass die hier diskutierten Probleme auf einem gesetzgeberischen Versäumnis beruhen. Zwar hat der Gesetzgeber vereinzelte Regelungen zur Patientenverfügung (§§ 1901a ff. BGB), zur Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) und zur geschäftsmäßigen Beihilfe zum Suizid (§ 217 StGB a.F.) geschaffen (oder sich wenigstens daran versucht). Eine umfassende Regelung des Rechts über das Lebensende fehlt jedoch weiterhin. Vielmehr musste die Rechtsprechung selbst verfassungsrechtliche Vorgaben umsetzen und damit faktische Möglichkeiten der Selbstbestimmung schaffen. Das Argument, der Gesetzgeber sei bei der Regelung besonders zurückhaltend gewesen, sodass man nicht im Wege verfassungskonformer Auslegung eine bestimmte Interpretation unterstellen dürfe, überzeugt daher nicht. Erfüllt der Gesetzgeber seine Pflicht, eine Regelung innerhalb seines Entscheidungs-, Wertungs- und Gestaltungsraums zu treffen, nicht, obwohl der Grundrechtsschutz dies erfordert (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG), ist die Rechtsprechung in der Pflicht, durch Auslegung eine verfassungskonforme Lösung zu finden.⁴¹ Dies gilt umso mehr, als allzu häufig der natürliche Tod des Betroffenen, ein verlängertes Leiden oder die Sterbehilfe im Ausland einem effektiven Grundrechtsschutz zuvorkommen.

Dass der Gesetzgeber – über das BtMG hinaus – mit § 217 StGB a.F. seinem Willen Ausdruck verliehen habe, die Suizidbeihilfe zu verbieten, hielt bereits das BVerwG für eine unzureichende Argumentation. Im zu entscheidenden Einzelfall hätte die hinter § 217 StGB a.F. stehende Erwägung, den Betroffenen vor den Gefahren geschäftsmäßiger Suizidhilfe zu schützen, keine Bedeutung.⁴² Ob dieser Einwand durchdringt, kann jedenfalls mit der Nichtigkeit dieser Vorschrift dahinstehen.

Voraussetzung für einen Anspruch ist freilich, dass Betroffene, denen die Erlaubnis zum Betäubungsmittelerwerb versagt wird, in ihrem Recht auf selbstbestimmtes Sterben verletzt sind. Der Anwender der *lex lata* muss sich dabei nach dem oben Dargelegten zwar an die Gren-

zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, 2017, S. 58.

³¹ Ebd., S. 55.

³² Ebd., S. 59 f.

³³ Vgl. BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 224 f. zur Ausgestaltung und Konkretisierung des Lebensschutzes.

³⁴ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, 7. Aufl. (2018), GG Art. 20 Rn. 273 ff. m.w.N.

³⁵ Lang NJW 2020, 1562, 1564.

³⁶ Vgl. Neumann/Minelli, ifw-Kommentar zum Rechtsgutachten „Erwerbserslaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen“ von Prof. Udo Di Fabio für das Arzneimittel-Institut (BfArM), 19.2.2018, S. 13 ff.

³⁷ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, 7. Aufl. (2018), GG Art. 20 Rn. 187, 274.

³⁸ Vgl. Di Fabio in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II (Staatlichkeit; Verfassungsordnung), 3. Aufl. (2004), § 27 Rn. 25 f.

³⁹ Vgl. BVerfGE 34, 269, 286 ff.; Maunz/Dürig/Grzeszick, 91. EL (April 2020), GG Art. 20 Rn. 148; Sachs/Sachs, 8. Aufl. (2018), GG Art. 20 Verfassungsgrundsätze; Widerstandsrecht Rn. 119 ff.

⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 8/3551, S. 23.

⁴¹ Vgl. in anderem Zusammenhang BVerfGE 81, 242, 256.

⁴² Vgl. BVerwGE 158, 142 Rn. 38.

zen verfassungskonformer Auslegung halten, aber wenn die Erlaubnisversagung bereits verfassungswidrig wäre, kann er sich nicht mit dem Argument aus der Verantwortung stehlen, eine – verfassungsmäßige – Erlaubnis habe nicht im Interesse des Gesetzgebers gelegen. *De lege ferenda* gilt dagegen ohnehin, dass sich der Gesetzgeber an den grundgesetzlichen Vorgaben orientieren muss.

2. Grundrechtsdogmatische Probleme

Das Bestehen des Anspruchs hängt somit letztlich von grundrechtlichen Wertungen ab, wobei es gerade wegen der ethischen Implikationen einer präzisen und an grundrechtsdogmatischen Regeln orientierten Betrachtung bedarf. Die dabei relevanten Probleme werden auch in der Entscheidung des BVerwG deutlich.⁴³

a) Schutzbereich

Dass die Entscheidung schwer und unheilbar Erkrankter, ihr Leben vorzeitig zu beenden, vom Recht auf selbstbestimmtes Sterben gedeckt ist, ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen zu den Grundlagen dieses Grundrechts.⁴⁴ Dabei ist eine selbstbestimmte Entscheidung grundsätzlich in allen Lebenslagen zu respektieren; wann ein Anspruch dennoch ausgeschlossen sein könnte (etwa außerhalb extremer Notlagen), ist eine andere Frage. Einschränkend ist allerdings zu fordern, dass die Entscheidung freiverantwortlich und in einsichtsfähigem Zustand getroffen wird.

b) Beeinträchtigung

Fraglich ist allerdings, ob der Antragsteller in diesem Grundrecht auch beeinträchtigt ist, wenn der Staat die Erlaubnis zum Betäubungsmittelerwerb verweigert. Es spricht dabei einiges dafür, bereits einen Eingriff im klassischen Sinne anzunehmen, also eine finale, unmittelbare, als Rechtsakt erscheinende und mit Befehl und Zwang durchsetzbare Beeinträchtigung.⁴⁵

Allerdings hebt die Ausnahmegewilligung für das repressive Verbot des § 3 Abs. 1 BtMG nicht eine Belastung auf, sondern ist selbst ein begünstigender Verwaltungsakt.⁴⁶ Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich aus den Grundrechten dennoch ein Anspruch auf Erlaubniserteilung ergeben kann.⁴⁷ Es wäre widersinnig,

wenn der (einfache) Gesetzgeber grundgesetzliche Gebote allein dadurch umgehen könnte, dass er zwischen präventivem und repressivem Verbot differenziert. Denn ob ein gerichtlich voll überprüfbarer Ausnahmetatbestand oder ein nur nach § 114 S. 1 VwGO überprüfbares Ausnahmeerlassen vorliegt und welches Beweismaß im Verwaltungsprozess gilt, ist für den Grundrechtsschutz entscheidend. Überdies geht es materiell nicht darum, den Staat zum *Tätigwerden* zu verpflichten, sondern ein gesetzliches Verbot nicht durch einen Verwaltungsakt zu perpetuieren. Es bedeutet – anders als häufig kolportiert – gerade nicht, einen „Anspruch“ im Sinne einer Erweiterung der eigenen Rechtsposition gegenüber dem Staat zu begründen.

Ferner ist zweifelhaft, ob das BtMG das Recht auf selbstbestimmtes Sterben auch final beschränkt.⁴⁸ Schließlich soll es vor allem dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen und den Verkehr mit Betäubungsmitteln so regeln, dass dessen Sicherheit und Kontrolle gewährleistet, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sichergestellt und der Missbrauch von Betäubungsmitteln verhindert werden.⁴⁹ Da es sich allerdings um ein allgemeines Verbot von Betäubungsmitteln und bei § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG um einen allgemeinen Versagungsgrund handelt, ist es vorzugswürdig, auch an einen klassischen Eingriff nicht solch enge Finalitätsanforderungen zu stellen. Entscheidend ist vielmehr eine „Identität von Regelung und Beeinträchtigung“. Anderenfalls könnte auch ein allgemeines Gesetz als zulässige Schranke des Art. 5 Abs. 1 GG nie zu einem Eingriff in dieses Grundrecht führen, eben weil es allgemein gehalten ist.⁵⁰ Der Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG verbietet gezielt die Abgabe von Betäubungsmitteln außer zur „notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“, ohne dass es eine Rolle spielen würde, wozu die Betäubungsmittel in den verbotenen Fällen dienen sollen. Er ist damit eine finale Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts.

Hilfsweise geht das BVerfG zum einen von einer mittelbaren Beeinträchtigung aus.⁵¹ Das überzeugt in der Sache ebenso, weil das Verbot, tödliche Präparate zu erwerben, „nicht spezifisch auf Suizidverhinderung angelegt“⁵² ist, man die Selbsttötung als unerwünschte Handlung aber auch unter den Schutzzweck des BtMG, einen Missbrauch von Betäubungsmitteln zu verhindern,⁵³ subsumieren kann.⁵⁴ Zum anderen sei auch die Vernachlässigung einer „aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht für [die] Autonomie [der Betroffenen] im Umgang mit der Krankheit“ denkbar. Die Schutzdimension des Grundrechts folgt aus der Nähe zur

repressives Verbot nur dann zulässig sein, „sofern eine völlige Untersagung ohne Ausnahme zulässig wäre“.

⁴⁸ BVerwGE 158, 142 Rn. 26 (i.E. unentschieden).

⁴⁹ So wörtlich BT-Drs. 8/3551, S. 23 f.

⁵⁰ *Sachs* in: *Beckmann/Duttge/Gärditz/Hillgruber/Windhöfel*, Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 649 f., m. Verw. auf *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, S. 12.

⁵¹ BVerwGE 158, 142 Rn. 26.

⁵² *Gärditz ZfL* 2017, 38, 44.

⁵³ BT-Drs. 8/3551, S. 23.

⁵⁴ Vgl. *Sachs* in: *Beckmann/Duttge/Gärditz/Hillgruber/Windhöfel*, Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 652.

⁴³ Instruktiv *Sachs* in: *Beckmann/Duttge/Gärditz/Hillgruber/Windhöfel*, Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 641 ff.

⁴⁴ Vgl. BVerwGE 158, 142 Rn. 24.

⁴⁵ *Sachs*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl. (2017), S. 130.

⁴⁶ Vgl. *Di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, 2017, S. 16 f., S. 49; *Körner/Patzak/Volkmer/Patzak*, 9. Aufl. (2019), BtMG § 3 Rn. 27.

⁴⁷ Vgl. *Schwabe* JuS 1973, 133, 134 f., sogar mit der Auffassung, präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt würden sich nur graduell unterscheiden. Nach *Gusy* JA 1981, 80, 83 soll ein

Menschenwürde, die die staatliche Gewalt zu schützen habe (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Der Staat dürfe „den hilflosen Menschen nicht einfach sich selbst überlassen“.⁵⁵

c) Rechtfertigung

aa) Verfassungsmäßigkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG

Das BVerwG hält die Vorschriften des BtMG auch für *grundsätzlich* verfassungsmäßig. Insbesondere seien der „Schutz von Menschen in vulnerabler Position und Verfassung vor Entscheidungen, die sie möglicherweise voreilig, in einem Zustand mangelnder Einsichtsfähigkeit oder nicht freiverantwortlich treffen, sowie der Verhinderung von Missbrauch“⁵⁶ legitime Zwecke. Dem ist zuzustimmen, da der Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG für sich gesehen vor allem zahlreiche Konstellationen betrifft, in denen das repressive Verbot des § 3 Abs. 1 BtMG letztlich rechtmäßig ist. Um den Grundrechtsschutz in Ausnahmefällen zu gewährleisten, ist diese Vorschrift der verfassungskonformen Auslegung zugänglich.

Mehrere Vorlagebeschlüsse des VG Köln hielt das BVerfG im Mai 2020 außerdem für unzureichend begründet. Die Beschlüsse hatten sich maßgeblich darauf gestützt, dass sich Suizidwillige wegen des Strafbarkeitsrisikos weder an Ärzte noch an Sterbehilfeorganisationen wenden könnten, sodass das Verbot des Betäubungsmittelverkehrs verfassungswidrig sein könnte. Mit der Nichtigkeit des § 217 StGB a.F. sei die Unterstützung durch Dritte nunmehr möglich.⁵⁷

bb) Verfassungsmäßigkeit der Erlaubnisversagung im Einzelfall

Ob die Erlaubnisversagung auch *im Einzelfall* verfassungsmäßig ist, bestimmt sich dagegen in einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei ist zunächst festzustellen, dass gerade der Lebensschutz ein legitimer Zweck ist und die Erlaubnisversagung dessen Durchsetzung fördert.⁵⁸ Sie ist außerdem erforderlich, da der Lebensschutz nur dann gewährleistet ist, wenn der Zugang zu tödlichen Medikamenten vollständig verwehrt wird. Eine Einschränkung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben ist jedoch schon wegen dessen hoher abstrakter Bedeutung eine sehr intensive Beeinträchtigung – zumal in Notlagen und auch, da das Verbot absolut wirkt und der Sterbewunsch anders nicht umsetzbar ist. An die Angemessenheit sind daher sehr hohe Anforderungen zu stellen.

Für die Beurteilung sind auch die Umstände des Einzelfalls maßgeblich, da diese die Eingriffsintensität mitbestimmen. Eine wesentliche Stellschraube – vor allem *de*

lege ferenda – ist daher, welche Voraussetzungen man an das Bestehen einer solchen staatlichen Pflicht stellt und auf welche staatliche Handlung sich der Anspruch richten kann. Auch generell ist die Erlaubnisversagung jedoch zu hinterfragen:

Als entscheidendes Argument gegen eine weitgehende Zulassung der Sterbehilfe wird häufig der Lebensschutz vorgebracht – bis hin zum Vorwurf einer „Relativierung des Lebensschutzes, der eine Gesellschaft derart verändert, dass von Lebensschutz kaum mehr die Rede sein kann; rechtliche Akzeptanz von Suiziden führt regelmäßig zu deren Anstieg.“⁵⁹ Hier ist jedoch klar zu trennen: Ein Anstieg *nicht freiverantwortlicher* Suizide ist empirisch nicht belegbar.⁶⁰ Dabei stellen Befürworter einer restriktiven Regelung gerade die abstrakte Gefahr eines nicht freiverantwortlichen Suizids als entscheidendes Schutzgut in den Vordergrund, auch weil ein paternalistischer Lebensschutz gegen den Willen des Suizidwilligen wesentlich schwieriger zu begründen ist. Der Anstieg begleiteter Suizide *insgesamt* dagegen steht dem Lebensschutz an sich schon von vornherein nicht unbedingt im Wege.

Gegen letzteres ließe sich aber auch einwenden, ein Anspruch auf Sterbehilfe oder Unterstützung beim Suizid widerspreche jedenfalls dem Grundsatz der Menschenwürde, die zu schützen oberste Aufgabe des Staates sei (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Wegen der Erfahrungen mit der sog. „Euthanasie“ unter der nationalsozialistischen Herrschaft sei „im kulturellen Gedächtnis der Deutschen etwas verwahrt [...], das zu einer besonderen Sensibilität des Umgangs mit jeder staatlich betriebenen oder verantworteten Hilfeleistung, Ermöglichung oder auch nur verdeckten Förderung einer ‚leidenserlösenden‘ Sterbehilfe führt“.⁶¹

Das überzeugt *prima facie*, gerade weil die Menschenwürde als oberster Verfassungswert das Recht auf selbstbestimmtes Sterben aufzuwiegen vermag, obwohl das BVerwG und mehr noch das BVerfG auch letzteres für sehr gewichtig halten. Es verkennt jedoch zunächst, dass eine Beeinträchtigung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben stets auch selbst die Menschenwürde berührt. Wie bereits dargelegt, ist die Selbstbestimmung am Lebensende von höchstpersönlichen Fragen geprägt und daher besonders schutzwürdig. Vor allem aber widerspricht eine freiverantwortliche Selbsttötung nicht etwa der Menschenwürde, sondern die Selbsttötung ist vielmehr „Ausdruck der der Menschenwürde innewohnenden Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung. [...] Die Würde des Menschen ist folglich nicht Grenze der Selbstbestimmung der Person, sondern ihr Grund.“⁶²

Dass hier – anders als beim selbst durchgeführten Suizid – der Staat beteiligt ist, wenn er die Erlaubnis zum Be-

⁵⁵ Für das Vorstehende BVerwGE 158, 142 Rn. 27 m. Verw. auf BVerfGE 142, 313 Rn. 73.

⁵⁶ BVerwGE 158, 142 Rn. 30 m.w.N.; ähnlich EGMR NJW 2011, 3773 Rn. 56 ff.

⁵⁷ Vgl. BVerfG NJW 2020, 2394 Rn. 15; s. auch Fn. 8.

⁵⁸ Die Folgerichtigkeit kann man allerdings mit guten Gründen anzweifeln, da die „passive“ und die „indirekte“ Sterbehilfe mit der Erlaubniserteilung vergleichbar, aber zulässig sind.

⁵⁹ *Schütz/Sitte* NJW 2019, 2791, 2791 (Hervorh. im Original).

⁶⁰ Vgl. *Gaede* JuS 2016, 385, 387 m.w.N.

⁶¹ Zum Vorstehenden *Di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, 2017, S. 37.

⁶² Zum Vorstehenden BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 211 m.w.N.; *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, S. 51 ff.

täubungsmittelerwerb erteilt, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn zum einen ist der Staat selbst zum Grundrechtsschutz verpflichtet (Art. 1 Abs. 3 GG). Unter der eben dargelegten Prämisse, dass die Menschenwürde die Selbstbestimmung erst ermöglicht, kann man nicht zugleich den Lebensschutz erzwingen und die Entscheidung eines Einsichtsfähigen missachten.⁶³ Zum anderen kann der Staat den Schutz des Lebens, so er denn geboten ist (etwa mangels Freiverantwortlichkeit) weiterhin gewährleisten, da gerade er die Entscheidung über die Erlaubniserteilung vorab prüft. Dazu kann er ihrerseits angemessene Anspruchsvoraussetzungen statuieren.⁶⁴ Schließlich würde diese Argumentation voraussetzen, dass sich dem Grundgesetz tatsächlich ein solches „Leitbild vom Umgang mit dem Leben“⁶⁵ entnehmen ließe, das eine staatliche Hilfe zum Sterben ohne Ausnahme missbilligen würde. Das ist nicht der Fall; vielmehr greift die Argumentation zu kurz. Beispiele wie die „Euthanasie“ im Nationalsozialismus oder die „Rettungsfolter“, die richtigerweise nur als rechtswidrige staatliche Tötungen oder Körperverletzungen gelten können, sind mit der Unterstützung eines freien Entschlusses nicht zu vergleichen.

III. Voraussetzungen einer staatlichen Pflicht zur Hilfe zum Sterben

Grundlage aller Anspruchsvoraussetzungen ist, dass die Erlaubnisversagung nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zwar grundsätzlich bei jedem Betäubungsmittelerwerb zum Zwecke der Selbsttötung den Schutzbereich des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben tangiert,⁶⁶ es aber nicht immer auch verletzt. Das ist etwa der Fall, wenn die Betroffenen „Menschen in vulnerabler Position und Verfassung“ sind, die man vor voreiligen, nicht freiverantwortlichen oder im Zustand mangelnder Einsichtsfähigkeit getroffenen Entscheidungen schützen muss. Ein legitimes Ziel ist es auch, den Missbrauch der Erwerbserlaubnis zu verhindern.⁶⁷

1. Anforderungen an die Freiverantwortlichkeit des Entschlusses als Schutzbereichseinschränkung

Erstens setzt die Grundrechtsausübung schon auf Ebene des Schutzbereichs eine freiverantwortlich und mit Einsichtsfähigkeit getroffene Entscheidung voraus. Das ergibt sich daraus, dass Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gerade die Autonomie fördert. Heteronome Entschlüsse sind deshalb gar nicht schutzwürdig. Wichtig

sind insbesondere jene Fälle, in denen der Betroffene entweder einem Willensmangel unterliegt oder (etwa wegen psychischer oder neurologischer Beeinträchtigungen) nicht einsichtsfähig ist.

Die Freiverantwortlichkeit des Entschlusses bestimmt sich nach den Kriterien, mit denen man die Teilnahme an der eigenverantwortlichen Selbsttötung von einem Totschlag durch Unterlassen abgrenzt. In der strafrechtlichen Diskussion stellt hier eine Ansicht auf die Schuldfähigkeit des Opfers (§§ 19, 20 StGB, § 3 JGG) und Umstände, die das Opfer gem. § 35 StGB entschuldigen würden, ab (sog. Exkulpationslösung).⁶⁸ Wohl herrschend ist dagegen die sog. Einwilligungslösung, nach der auch Willensmängel, die eine Einwilligung unwirksam machen würden, die Freiverantwortlichkeit ausschließen.⁶⁹ Den Vorzug verdient die Einwilligungslösung, da es nicht um eine Fremdschädigung (wie bei den §§ 19, 20, 35 StGB) geht, sondern um die Fähigkeit, über eigene Rechtsgüter zu disponieren.⁷⁰ Hinsichtlich eines Anspruchs auf Hilfe zum Sterben ist die Einwilligungslösung insbesondere deshalb vorzugswürdig, weil es hier nicht um die Beurteilung einer begangenen Handlung geht, sondern um eine vorab zu treffende Entscheidung des Staates, ob ein Anspruch auf Unterstützung besteht.

Gerade die Fälle „prekärer Selbstbestimmung“, in denen der Todesentschluss nicht auf der extremen Notlage selbst, sondern etwa auf einer depressiven Erkrankung oder auf dem sozialen Druck, anderen nicht zur Last zu fallen, beruht, lassen sich so ausschließen. Diese Gefahren sind auch ein wesentliches Argument gegen eine Liberalisierung der Hilfe zum Sterben. Seine Gegner bringen etwa vor, das Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. habe den Schutz vor solcher „prekärer Selbstbestimmung“ nicht hinreichend berücksichtigt und verhindere so selbst einen effektiven Autonomieschutz.⁷¹ Das ist aber ein Scheinargument, das nicht gegen ein umfassendes Selbstbestimmungsrecht an sich spricht. Denn wie auch das BVerfG feststellt, befreien diese Bedenken den Gesetzgeber nicht davon, diesen Gefahren selbst entgegenzutreten, statt eine „vollständige Suspendierung individueller Selbstbestimmung“⁷² zu betreiben. Vielmehr bedarf es geeigneter flankierender Vorschriften in einer umfassenden Regelung der Sterbehilfe. *Lindner* schlägt zum Beispiel folgende Maßnahmen vor: „Verpflichtung zur psychosozialen Beratung, Dokumentations- und Aufklärungspflichten, Mehr-Augen-Prinzip, gegebenenfalls in Zweifelsituationen, in denen der frei verantwortliche Wille nicht erkennbar ist, die Hinzuziehung eines Psychologen oder einer Ethikkommission, Berichtspflich-

⁶³ Zum umgekehrten Fall einer Tötung durch den Staat, die nicht die Subjektqualität des Opfers verletzt, weil dieses selbst das Leben Dritter angreift, BVerfGE 115, 118, 160 ff.

⁶⁴ So auch BVerwG NJW 2019, 2789 Rn. 22 für Fälle ohne „extreme Notlage“, m. Anm. *Schütz/Sitte*; BVerwGE 158, 142 Rn. 40 f. zum Verfahren.

⁶⁵ *Di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, 2017, S. 37.

⁶⁶ Vgl. *Gärditz* ZfL 2017, 38, 42 f.

⁶⁷ BVerwGE 158, 142 Rn. 30 m.w.N.

⁶⁸ Vgl. *MüKoStGB/Schneider*, 3. Aufl. (2016), Vor § 211 Rn. 38;

⁶⁹ Vgl. *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 21. Aufl. (2021), § 8 Rn. 4 f.; *NK-StGB/Neumann*, 5. Aufl. (2017), Vor § 211 Rn. 55 ff.

⁷⁰ Vgl. *Matt/Renzikowski/Safferling*, 2. Aufl. (2020), § 212 Rn. 23; *Fischer*, 68. Aufl. (2021), Vor § 211 Rn. 21.

⁷¹ Vgl. etwa *Lang* NJW 2020, 1562, 1564; BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190 bezeichnet dies als legitimen Zweck einer Einschränkung (Rn. 245, 250), hält es aber bei der Angemessenheitsprüfung (Rn. 267 ff.) nicht für hinreichend (Rn. 277).

⁷² BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 277.

ten“⁷³. Ergänzend ist eine Überdenkungsfrist zu erwägen.⁷⁴

2. Lage des Betroffenen und zumutbare Alternativen als Rechtfertigung

Zweitens ist im Einzelfall – nun auf Ebene der Rechtfertigung – festzustellen, ob die Schutzzwecke des BtMG das Verbot doch noch zu rechtfertigen vermögen oder ob sie nicht im Wege praktischer Konkordanz zurückzutreten haben. Dabei sind insbesondere die Lage des Anspruchstellers und mögliche Alternativen zu berücksichtigen.

a) Anforderungen an die Lage des Betroffenen

aa) Anforderungen nach BVerwGE 158, 142

Das BVerwG fordert eine „extreme Notlage“ des Betroffenen. Es verlangt unter anderem, dass eine „schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden können“⁷⁵. Diese Voraussetzungen seien im Einzelfall vom BfArM festzustellen.⁷⁶

bb) Anspruch auch ohne „extreme Notlage“?

Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein solcher Anspruch nicht auch außerhalb einer „extremen Notlage“ bestehen könnte. Das BVerfG stellt fest, dass sich der Schutzbereich des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben keinesfalls nur auf bestimmte Lebenslagen beschränke.⁷⁷

Auch der Abbruch lebenserhaltender und -verlängernder Maßnahmen auf Grundlage einer Patientenverfügung hängt gem. § 1901a Abs. 3 BGB ausdrücklich nicht von Art und Stadium einer Erkrankung ab, sodass es allein auf den Willen des Verfügenden ankommt.⁷⁸ Es ist allerdings fraglich, ob sich dies auch auf den hier diskutierten Anspruch übertragen lässt. Eine Erlaubnisverweigerung lässt sich ohne „extreme Notlage“ erheblich besser rechtfertigen – insbesondere im Hinblick auf Lebensschutz und Missbrauchsprävention als legitime Zwecke des BtMG.⁷⁹ Von Verfassungs wegen kann also nur in Ausnahmefällen ein Anspruch ohne „extreme Notlage“ bestehen.

⁷³ Lindner ZRP 2020, 66, 68.

⁷⁴ Vgl. Lindner ZRP 2020, 66, 69.

⁷⁵ BVerwGE 158, 142 Rn. 31.

⁷⁶ Vgl. BVerwGE 158, 142, Rn. 40.

⁷⁷ BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 210.

⁷⁸ So auch BT-Drs. 16/8442, S. 16; BGHZ 202, 226 Rn. 22; BGHSt 55, 191 = HRRS 2010 Nr. 704. Die Reichweite der Patientenverfügung ist somit – auch als Einwilligung im strafrechtlichen Sinne – nicht begrenzt, sondern gilt unabhängig vom Vorliegen einer Krankheit (vgl. Steenbreker NJW 2012, 3207, 3209; MüKoBGB/Schneider, 8. Aufl. (2020), BGB § 1901a Rn. 53, m. Verw. auf die Grenzen erlaubter Sterbehilfe).

⁷⁹ Vgl. BVerwG NJW 2019, 2789 (Schütz/Sitte) Rn. 22.

Rechtspolitisch spricht jedoch einiges dafür, das Kriterium der „extremen Notlage“ zumindest aufzuweichen. Zum einen bereitet es erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten⁸⁰ und kann einem Verwaltungshandeln, das den Grundrechtsschutz dann doch nicht hinreichend verwirklicht, Tür und Tor öffnen. Zum anderen gibt es etwa Roxin zufolge „mindestens sieben typische Gründe, die vorwiegend alte Menschen auf den Gedanken bringen können, freiwillig aus dem Leben scheiden zu wollen“⁸¹. Einige dieser Gründe – etwa Pflegebedürftigkeit, Vereinsamung oder hohe Kosten einer notwendigen ärztlichen Behandlung – sind häufig ebenfalls sehr gewichtig und berühren auch die Selbstbestimmung, selbst wenn sie noch keine „extreme Notlage“ begründen.

b) Ausschluss durch zumutbare Alternativen?

Ergeben sich zumutbare Alternativen, ist eine Erlaubnisversagung ebenfalls gerechtfertigt, da die Selbstbestimmung dann hinreichend gewahrt bleibt.

aa) Abbruch lebenserhaltender oder -verlängernder Behandlung unter palliativmedizinischer Begleitung

Das BVerwG widmet sich eingehend den Möglichkeiten eines palliativmedizinisch begleiteten Behandlungsabbruchs. Diese Alternative ist allerdings kritisch zu sehen, da das BVerfG das Recht auf selbstbestimmtes Sterben gerade in *jeder* Lebenslage anerkannt hat. Wegen des engen Bezugs zu Art. 1 Abs. 1 GG ist dabei das Schutzzut nicht vordergründig, den Einzelnen vor spezifischem Leiden bei schweren Erkrankungen zu bewahren. Vielmehr gewährleistet es die Autonomie des Patienten gleichsam als Selbstzweck. Eine „Bewertung der Beweggründe des zur Selbsttötung Entschlossenen“ findet nicht statt, da die „eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung bedarf“.⁸² Daher ist schon von vornherein zweifelhaft, ob eine längere palliativmedizinische Behandlung überhaupt eine zulässige Alternative zum gewünschten Lebensende ist. Ein Patient muss sich eben nicht darauf einlassen, am Leben gehalten zu werden – und zwar unabhängig davon, wie die Behandlungsqualität ist und ob die Beschwerden gelindert werden können.⁸³

bb) Ärztliche Unterstützung beim Suizid

Darüber hinaus besteht dem BVerfG zufolge keine reale Aussicht auf ärztliche Hilfe bei der Selbsttötung. Erstens ergebe sich aus statistischen Erhebungen und Meinungsbildern, dass die Mehrheit der Ärzte eine eigene Bereitschaft zur Suizidhilfe verneine.⁸⁴ Zweitens bestünden erhebliche berufsrechtliche Risiken für Ärzte. § 16 S. 3 MBO-Ä sieht ein Verbot ärztlicher Suizidhilfe vor. Seine formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit ist in

⁸⁰ Vgl. BVerwGE 158, 142 Rn. 41.

⁸¹ Roxin NSTZ 2016, 185, 186.

⁸² Für das Vorstehende BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 210.

⁸³ So auch – trotz der Verbesserungen durch das Gesetz zur Verbesserung der Hospiz- und Palliativversorgung in Deutschland – BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 298.

⁸⁴ BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 285 ff.

Rechtsprechung und Literatur umstritten.⁸⁵ Das BVerfG hält die Frage ebenfalls für „ungeklärt“. Zwar sei die Regelung nicht selbst rechtsverbindlich, ihre verbindliche Umsetzung in den Satzungen der Landesärztekammern unterstelle die Möglichkeiten der Suizidhilfe jedoch „geographischen Zufälligkeiten“. Jedenfalls sei das Verbot „handlungsleitend“ und schrecke daher unzulässig von einer ärztlichen Suizidhilfe als Alternative zur geschäftsmäßigen Suizidhilfe allgemein ab.⁸⁶

cc) Möglichkeit einer Selbsttötung im Ausland

Deutlich knapper lehnt das BVerfG die Möglichkeit einer Selbsttötung im Ausland ab. Der Staat habe den Grundrechtsschutz innerhalb seiner Grenzen zu verwirklichen (Art. 1 Abs. 3 GG).⁸⁷

IV. Inhalt einer staatlichen Pflicht zur Hilfe zum Sterben

1. Definitionen, Abgrenzung und mögliche Ausgestaltungen

Besteht ein Anspruch, könnte er sich entweder auf aktive Sterbehilfe oder lediglich auf Unterstützung beim Suizid richten. Aktive Sterbehilfe bezeichnet dabei eine aktive, gezielte Lebensverkürzung, während die Suizidbeihilfe lediglich die Mittel zur Verfügung stellt, mit denen sich der Einzelne selbst töten kann.

Die Abgrenzung ist im Einzelfall durchaus problematisch und richtet sich danach, wie man die straflose Teilnahme am Suizid von der strafbaren Fremdtötung auf Verlangen abgrenzt. Das Kriterium hierfür ist, wer das Geschehen tatsächlich beherrscht (Tatherrschaft), also die zum Tod führende Handlung selbst vornimmt. Diese Verengung des Tatherrschaftsbegriffs auf die „Herrschaft über den todbringenden Moment“ ist nötig, weil § 216 StGB ohnehin von einem Zusammenwirken von Täter und Opfer ausgeht.⁸⁸

2. Probleme der Legalisierung der aktiven Sterbehilfe

Problematisch ist jedoch, dass ein Anspruch auf aktive Sterbehilfe deutlich über das hinausgehen würde, was das BVerfG § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG entnimmt. Die Entscheidung bezieht sich schlicht nur auf einen Anspruch auf Erlaubniserteilung und nicht darauf, dass Betroffene nun auch die aktive Verabreichung eines tödlichen Arzneimittels verlangen könnten. Auch bei verfassungskonformer Auslegung gibt es dafür keine Anspruchsgrundlage, und zwar auch dann nicht, wenn ein Betroffener zwar sein Recht auf selbstbestimmtes Sterben geltend macht,

aber physisch nicht in der Lage ist, den eigenen Tod tatherrschaftlich herbeizuführen.

Abgesehen davon ist die aktive Sterbehilfe strafbar (§ 216 StGB).⁸⁹ Mit Verweis auf die hohe Bedeutung der Selbstbestimmung am Lebensende und mit dem Argument, dass sonst auch andere Arten der Sterbe- und Suizidhilfe verboten sein müssten, wird zum Teil vertreten, das Rechtsgut der Vorschrift sei nicht der abstrakte Lebensschutz, sondern der Schutz des Einzelnen vor voreiliger Lebensbeendigung.⁹⁰ Doch wird man kaum umhinkommen, der Vorschrift auch einen überindividuellen Gehalt beizumessen. Diesen kann man als Furcht vor einem Dammbbruch verstehen, als nicht näher bestimmtes „Tötungstabu“ oder als einen – freilich illiberal verstandenen – Menschenwürdeschutz.⁹¹

Ob das Strafrecht ein angemessenes Mittel ist, diese Zwecke von zweifelhafter Legitimität zu erreichen, sei dahingestellt. Jedenfalls bewegt sich der Gesetzgeber mit dem absoluten Verbot aktiver Sterbehilfe in den allermeisten Fällen innerhalb seines Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsraums hinsichtlich der Schutzkonzepte zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁹² Denn im Regelfall kann der Sterbewunsch schon durch die bloße Unterstützung des Suizids verwirklicht werden.

Zwar ist im Falle eines Rechtsanspruchs auf Sterbehilfe die Autonomie nicht derart gefährdet, weil Ernstlichkeit und Freiverantwortlichkeit des Entschlusses schon Anspruchsvoraussetzung sind und die Verwaltung sie zu prüfen hat. Dem Betroffenen einen letzten tatherrschaftlichen Akt abzuverlangen, gewährleistet aber auch hier, dass er bis zuletzt die Möglichkeit behält, seine Entscheidung noch zu ändern. Ein Anspruch auf aktive Sterbehilfe ist daher grundsätzlich abzulehnen.

Eine Ausnahme könnte man allenfalls in Extremfällen annehmen, in denen ein Antragsteller nach dem oben Dargelegten einen Anspruch auf die Unterstützung beim Suizid hat, sich aber selbst – etwa infolge Bewegungsunfähigkeit – nicht töten kann. Ein Anspruch auf aktive Sterbehilfe wäre aber in jedem Fall nur subsidiär zur Suizidbeihilfe zu gewähren, also nur dann, wenn letztere den Sterbewunsch nicht verwirklichen kann. Allerdings bedürfte es hierfür einer gesetzlich normierten Anspruchsgrundlage. Diese sollte auch den Sonderfall klären, dass ein Patient seinen Entschluss nicht unmittelbar vor der tödlichen Handlung unmissverständlich mitteilen kann. Schon beim Behandlungsabbruch aufgrund einer Patientenverfügung stellen sich hier erhebliche Probleme, etwa bei Patienten mit dementiellen Erkrankungen, die

⁸⁵ Vgl. Prütting/Winter GesR 2020, 273, zur Rspr. 274 f., zur Lit. 275, i.E. abl. (277 ff.).

⁸⁶ Zum Vorstehenden BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 290 ff.

⁸⁷ BVerfGE 158, 142 Rn. 36; ebenso BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 300.

⁸⁸ So bereits BGHSt 19, 135; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. (2019), S. 641; BT-Drs. 18/5373, S. 10.

⁸⁹ A.A. jedoch NK-StGB/Neumann, 5. Aufl. (2017), Vor § 211 Rn. 139.

⁹⁰ Vgl. Jakobs in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth, Strafrecht. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, S. 459, 467 f.; MüKoStGB/Schneider, 3. Aufl. (2016), StGB § 216 Rn. 5–8; NK-StGB/Neumann/Saliger, 5. Aufl. (2017), StGB § 216 Rn. 1–3; Schönlke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, 30. Aufl. (2019), StGB § 216 Rn. 1a f.

⁹¹ Vgl. MüKoStGB/Schneider, 3. Aufl. (2016), StGB § 216 Rn. 3 f. m.w.N.

⁹² Vgl. BVerfGE 158, 142 Rn. 29; BGH NJW 2003, 2326, 2327.

eine früher erteilte Patientenverfügung nun im Zustand fragwürdiger Einsichtsfähigkeit womöglich widerrufen wollen. Diese Fragen würden sich ohne ausdrückliche Regelung bei der noch stärker problembehafteten aktiven Sterbehilfe wiederholen.

3. Probleme im Spannungsfeld zwischen einem Anspruch auf Unterstützung beim Suizid einerseits und dem Verbot aktiver Sterbehilfe andererseits

Ausgangspunkt der Betrachtung, worauf sich ein Anspruch im Übrigen richten kann, muss die Feststellung des BVerfG sein, dass der Staat dem Einzelnen nicht jede Möglichkeit der Selbsttötung entziehen dürfe.⁹³ Davor ist zwar ein Verbot aktiver Sterbehilfe zumeist noch zu rechtfertigen. Ergibt sich aber keine rechtlich und tatsächlich mögliche Option, das Leben vorzeitig zu beenden, muss notfalls der Staat den Suizid unterstützen. So ist es auch spezialisierten Organisationen, die nach dem Urteil des BVerfG die Selbsttötung unterstützen dürfen, nicht möglich, tödliche Medikamente ohne ärztliche Verschreibung – die wiederum betäubungsmittel- und berufsrechtlich problematisch ist – zu erwerben. Dass dies *de facto* wohl doch möglich ist, ändert nichts daran, dass auch in solchen Fällen ein Anspruch auf Erlaubniserteilung bestehen könnte.

Zwar bezog sich das Urteil des BVerfG spezifisch auf das Strafrecht als *ultima ratio*, während es hier nicht um ein Verbot, sondern um einen Anspruch des Einzelnen geht. Das schadet jedoch nicht, weil, wie bereits dargelegt, dennoch eine Abwehrkonstellation vorliegt. Der Staat, der die Erlaubnis zum Erwerb tödlicher Betäubungsmittel erteilt, macht sich deshalb ebenso wenig zum „Handlanger einer Selbsttötung“⁹⁴ wie ein Arzt, der dem freien Willen eines einsichtsfähigen Patienten folgt und eine lebenserhaltende Behandlung beendet.

Den Anspruch zu bejahen, aber zugleich an qualifizierte Voraussetzungen zu knüpfen, hätte letztlich eine die Autonomie wahrende und stärkende Wirkung. Ein zentraler Kritikpunkt gegen das Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. lautet, dass es die Intention des Gesetzgebers, Suizidwillige vor Gefährdungen ihrer Autonomie zu schützen – etwa gegenüber geschäftsmäßigen Suizidhelfern mit Eigeninteressen oder gegenüber sozialem Druck – nicht hinreichend berücksichtigt habe.⁹⁵ Hier wird es nun ermöglicht, sich mit der Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 BtMG unter ärztlicher Betreuung und nach einer Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen durch die Verwaltung die notwendigen Medikamente zu beschaffen.

Es bedeutet schließlich auch nicht, einer „schleichenden Etablierung einer Kultur der Euthanasie“⁹⁶ das Wort zu

⁹³ Vgl. BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 277.

⁹⁴ Hermann Gröhe, vgl. Fn. 1.

⁹⁵ So z.B. Lang NJW 2020, 1562, 1564.

⁹⁶ Di Fabio, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, 2017, S. 44.

reden. Solche Dammbrechargumente sind nicht nur generell zweifelhaft. Vor allem kommt man gar nicht umhin, einen immer besseren Zugang zur Sterbehilfe zu fordern, solange weder das geltende einfache Recht noch die Verwaltungspraxis die Anforderungen des Grundgesetzes an die Selbstbestimmung am Lebensende erfüllen. Daran wird deutlich, dass es nicht darum geht, eine Liberalisierung Stück für Stück zu verwirklichen, sondern nur auf den von Anfang an gebotenen Grundrechtsschutz zu dringen.

V. Ausblick

Das Urteil des BVerfG ist zwar die geltende Rechtsprechung, doch hat der Bundesminister für Gesundheit das BfArM angewiesen, das Urteil zu ignorieren und weiterhin den Erwerb nicht zu erlauben.⁹⁷ Nach Auskunft der Bundesregierung wurde zwischen dem 2.3.2017 und dem 25.5.2020 keiner der 174 Anträge bewilligt.⁹⁸ Diese Weisung erinnert an den in der Finanzverwaltung üblichen Nichtanwendungserlass, mit dem der Bundesminister der Finanzen vorgeben kann, Entscheidungen nur auf den Einzelfall anzuwenden. Das Vorgehen des Gesundheitsministeriums ist höchst fragwürdig:

Erstens entfaltet das Urteil zwar gem. § 121 VwGO grundsätzlich nur im Einzelfall Wirkung. Da es sich jedoch um eine höchstrichterliche Entscheidung handelt, gibt es auch Leitlinien für die Normauslegung vor.⁹⁹ Dafür spricht zunächst der prinzipielle Vorrang der Judikative vor der Exekutive, wenn es um die Maßstababildung bei der Rechtsauslegung geht.¹⁰⁰ Überdies gilt ein Gebot der Loyalität unter den Staatsgewalten, das es der Exekutive verbietet, in den „Kernbereich“ der Judikative einzugreifen (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG).¹⁰¹ Dazu gehört auch die hier relevante Zuständigkeit der Judikative für Entscheidungen, ob hoheitliches Handeln rechtmäßig ist. Nicht ohne Polemik, doch zu Recht ist darauf hingewiesen worden, dass das Gutachten des BfArM einerseits vom BVerfG fordere, wesentliche Entscheidungen dem Gesetzgeber zu überlassen, aber andererseits selbst nicht der geltenden Rechtsprechung folge und die Entscheidung so zu einer rein exekutiven mache.¹⁰² Schließlich gebietet auch der Individualrechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 4 GG eine Wirkung über den Einzelfall hinaus.¹⁰³

⁹⁷ Dass eine solche existiert, ergibt sich etwa aus BT-Drs. 19/19411, S. 1.

⁹⁸ BT-Drs. 19/19411, S. 4.

⁹⁹ Deutlich BFHE 232, 121 Rn. 48 f.; Schoch/Schneider/Clausing/Kimmel, 39. EL (Juni 2020), VwGO § 121 Rn. 42 m.w.N.

¹⁰⁰ Maunz/Dürig/Jachmann-Michel, 31. EL (April 2020), GG Art. 95 Rn. 22.

¹⁰¹ Maunz/Dürig/Jachmann-Michel, 31. EL (April 2020), GG Art. 95 Rn. 22; zum „Kernbereich“ erstmals BVerfGE 9, 268, 279 f.; vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, 3. Aufl. (2015), GG Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 71 m.w.N.

¹⁰² Vgl. Neumann/Minelli, ifw-Kommentar zum Rechtsgutachten „Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen“ von Prof. Udo Di Fabio für das Arzneimittel-Institut (BfArM), 19.2.2018, S. 15.

¹⁰³ Maunz/Dürig/Jachmann-Michel, 31. EL (April 2020), GG Art. 95 Rn. 22.

Das Bundesministerium für Gesundheit hat gegen diese Kritik eingewandt, dass weitere Entscheidungen zu ähnlichen Rechtsfragen anstünden – nicht zuletzt die Vorlagen des VG Köln an das BVerfG.¹⁰⁴ Doch mit dem Ende dieser Verfahren ist diese Argumentation hinfällig; sie hatte aber ohnehin den befremdlichen Erklärungswert, man wolle der Justiz Gelegenheit geben, ihre Auffassung noch einmal zu überdenken.

Zweitens scheint es geradezu zynisch, ein Urteil aus einer Fortsetzungsfeststellungsklage nur auf den Einzelfall anwenden zu wollen. Dieser ist längst erledigt, sodass das Urteil dann – abgesehen vom befriedigten Feststellungsinteresse der Angehörigen – lediglich symbolische Wirkung hätte. Die Bedeutung der Judikatur auf eine solche Symbolik einzuengen, ist aber fragwürdig und

¹⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 19/19411, S. 8.

hieße – jedenfalls rechtspolitisch – zukünftig bewusst rechtswidrig zu handeln.

Insbesondere ist dem BVerfG darin zuzustimmen, dass eine verfassungskonforme Neuregelung für das Recht der Sterbehilfe nun dem Gesetzgeber obliegt.¹⁰⁵ Das wird auch Änderungen im ärztlichen Berufsrecht und im Betäubungsmittelrecht erfordern.¹⁰⁶ Es gibt eine Reihe unterschiedlicher Regelungsoptionen¹⁰⁷, bei denen aber reale Möglichkeiten der Selbsttötung bestehen bleiben müssen, um die Selbstbestimmung am Lebensende zu wahren.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 338 ff.

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 153, 182 = HRRS 2020 Nr. 190, Rn. 296 („ungeklärtes Recht“); BVerfG NJW 2020, 2394.

¹⁰⁷ Vgl. Lindner ZRP 2020, 66, 69.

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 1787/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Dezember 2020 (OLG Düsseldorf / LG Duisburg)

Neuerlass und Vollzug eines Haftbefehls nach Anklageerhebung (Freiheitsgrundrecht; freiheitsgewährleistende Funktion von Verfahrensgarantien; Wiederinvollzugsetzung eines Haftbefehls aufgrund neu hervorgetretener Umstände; Entstehung eines Vertrauenstatbestandes mit der Haftverschonung; umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls; Bindung an die Beurteilung in der Aussetzungsentscheidung; Haftgründe als Bezugspunkt der neuen Umstände; Unerheblichkeit des Verdachtsgrades; gesteigerter Fluchtanreiz durch deutlich erhöhte Straferwartung; Vorstellungsbild des Beschuldigten; Begründungstiefe von Haftentscheidungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 112 StPO; § 116 Abs. 4 StPO; § 120 Abs. 3 Satz 1 StPO

2. BVerfG 2 BvR 1853/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Dezember 2020 (OLG Frankfurt am Main)

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus (Beschleunigungsgebot in Haftsachen im gerichtlichen Zwischenverfahren; psychiatrische Begutachtung des Angeklagten; Erfordernis einer zügigen Gutachtenerstattung; unzureichende Überwachung des Sachverständigen durch das Gericht; ungerechtfertigtes Zuwarten mit der Eröffnungsentscheidung; Freiheitsgrundrecht; Unschuldvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Abwägung zwischen Freiheitsanspruch des Beschuldigten und unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; § 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; § 73 StPO; § 77 StPO; § 246a Abs. 1 StPO

3. BVerfG 2 BvR 2194/19 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2020 (BayObLG / LG Amberg)

Verstoß gegen die gerichtliche Sachaufklärungspflicht im Strafvollzug (Einsichtnahme in einen Haftraum durch ein Sichtfenster; Privat- und Intimsphäre des Gefangenen; allgemeines Persönlichkeitsrecht; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Aufklärung von Anlass, Häufigkeit und Ausgestaltung der Einsichtnahmen; keine unbeschränkte Zulässigkeit jegli-

cher Einsichtnahmen in Gemeinschaftshaft Räume); Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung (kein Leerlaufen des Rechtsmittels; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; Art. 6 Abs. 2 BayStVollzG; Art. 96 Abs. 2 Nr. 2 BayStVollzG

4. BGH 1 StR 142/20 – Beschluss vom 14. Oktober 2020 (LG Kempten)

Strafzumessung (erforderliche strafmildernde Berücksichtigung fehlender Vorstrafen auch bei Rechtsanwältinnen).

§ 46 Abs. 1 StGB

5. BGH 1 StR 275/20 – Beschluss vom 16. September 2020 (LG Bochum)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Beginn der Verjährung; Verstreichenlassen des Fälligkeitzeitpunktes); Konkurrenzen bei mittelbarer Täterschaft (Unabhängigkeit von der konkurrenzrechtlichen Bewertung der dem mittelbaren Täter zuzurechnenden Handlungen).

§ 266a StGB; § 78a Satz 1 StGB; § 25 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

6. BGH 1 StR 277/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG München II)

Strafzumessung (unzulässige strafschärfende Berücksichtigung von zulässigem Verteidigungsverhalten: Bestreiten von Tötungsvorsatz).

§ 46 Abs. 1 StGB

7. BGH 1 StR 296/20 – Beschluss vom 10. November 2020 (LG Ravensburg)

Schwerer Wohnungseinbruchsdiebstahl (Konkurrenzen: Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium, Verdrängung des Wohnungseinbruchsdiebstahls).

§ 244a Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 52 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

8. BGH 1 StR 299/20 – Urteil vom 13. Oktober 2020 (LG Traunstein)

Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation: erforderliche Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

9. BGH 1 StR 33/19 – Urteil vom 14. Oktober 2020 (LG Potsdam)

Beweiswürdigung (besonders vorsichtige Würdigung belastender Zeugenaussagen ohne Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten); Vorenthalten von Arbeitsentgelt (faktischer Geschäftsführer als Täter; Verjährungsbeginn).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 261 StPO; § 266a Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 3 StGB; § 74a Satz 1 StGB

10. BGH 1 StR 33/19 – Beschluss vom 14. Oktober 2020 (LG Potsdam)

Beschwerde gegen Kostenentscheidung
§ 464 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StPO

11. BGH 1 StR 99/20 – Beschluss vom 23. April 2020 (LG Traunstein)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (erforderliche Feststellungen zum Mitsichführen der Schusswaffe); Einziehung (keine Einziehung von Bargeld, welches für zukünftige Betäubungsmittelgeschäfte vorgesehen war, die nicht Teil der Anklage waren).

§ 30 Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 74 Abs. 1 StGB

12. BGH 1 StR 309/20 – Beschluss vom 28. Oktober 2020 (LG Ulm)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Täterschaft).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 25 StGB

13. BGH 1 StR 328/19 – Urteil vom 11. November 2020 (LG Bonn)

Urkundenfälschung (Begriff der unechten Urkunde: Einverständnis des aus der Urkunde erkennbaren Ausstellers mit dem Nachmachen seiner Unterschrift, gesetzliche Vorgabe einer eigenhändigen Unterschriftsleistung bei der Steuererklärung); Verjährungsbeginn beim uneinheitlichen Organisationsdelikt; Betrug (Vermögensentscheidung: Kompensation durch den Wegfall eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs wegen Entreicherung des Vermögensinhabers durch die Vermögensverfügung); Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Verjährungsbeginn); Steuerhinterziehung (Kompensationsverbot); Revisionserstreckung bei Verjährung und Einziehung.

§ 266a Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 150 AO; § 267 Abs. 1 StGB; § 357 StPO

14. BGH 1 StR 329/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG Augsburg)

Verminderte Schuldfähigkeit (Verminderung der Steuerungsfähigkeit: erforderliche Gesamtbetrachtung bei Vorliegen mehrerer psychopathologischer Eingangsmerkmale).

§ 21 StGB; § 20 StGB

Die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit des Täters zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfolgt prinzipiell mehrstufig. Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Täter eine

psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann ist der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Durch die psychopathologischen Verhaltensmuster muss seine psychische Funktionsfähigkeit bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein. Dabei dürfen aber die in Betracht kommenden Eingangsmerkmale des § 20 StGB jeweils nicht nur isoliert betrachtet und abgehandelt werden. Vielmehr sind diese in einer Gesamtbetrachtung zu würdigen, wenn verschiedene Faktoren im Zusammenwirken eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit im Sinne von § 21 StGB bewirkt haben können.

15. BGH 1 StR 344/20 – Beschluss vom 29. Oktober 2020 (LG Ravensburg)

Gewerbsmäßiger Betrug (Erzielen tätereigener Vorteile aus der Tat).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB

16. BGH 1 StR 350/20 – Beschluss vom 27. Oktober 2020 (LG Traunstein)

Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln (erforderlicher Vorsatz hinsichtlich der Verbringung der Betäubungsmittel ins Inland).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 26 Abs. 1 StGB

17. BGH 1 StR 351/20 – Beschluss vom 28. Oktober 2020 (LG Traunstein)

Gesamtstrafenbildung (Benennung der Einzelstrafen im Urteil).

§ 54 StGB

18. BGH 1 StR 371/20 – Beschluss vom 28. Oktober 2020 (LG München I)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

19. BGH 1 StR 415/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

20. BGH 1 StR 444/20 – Beschluss vom 25. November 2020 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

21. BGH 1 StR 474/19 – Urteil vom 19. August 2020 (LG Landshut)

BGHR; versuchter Verdeckungsmord (Vorsatz: Möglichkeit der Verdeckungsabsicht bei bedingtem Tötungsvorsatz, Verdeckungsabsicht als treibendes Motiv); Totschlag durch Unterlassen (Anforderungen an einen Eventualvorsatz hinsichtlich der hypothetischen Kausalität der Rettungshandlung; Behandlungsabbruch: Rechtfertigung durch eine Patientenverfügung, hier: Zustandsverschlechterung nach einer Medikamentenverwechslung).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 1901a BGB

22. BGH 1 StR 559/19 – Beschluss vom 4. November 2020

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

23. BGH 1 StR 576/18 – Urteil vom 17. September 2020 (LG Kleve)

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitnehmers; Vorsatzanforderungen); Ausschluss der Einziehung wegen des Erlöschens des Rückgewähranspruchs (keine analoge Anwendung auf Verzicht des Verletzten auf Geltendmachung seines Anspruchs).
§ 266a Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73e StGB

24. BGH 1 StR 576/18 – Beschluss vom 17. September 2020

Einstellung des Verfahrens wegen des Tods des Angeklagten.
§ 206a Abs. 1 StPO

25. BGH 1 ARs 3/20 – Beschluss vom 16. Oktober 2020

Verweisung auf einen anderen Rechtsweg (Bindungswirkung für das Gericht, an das verwiesen wurde: keine Bindungswirkung hinsichtlich der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit); Begriff des Justizverwaltungsakt (nicht Maßnahmen, die auf die Einleitung, Durchführung, Gestaltung und Beendigung eines Ermittlungsverfahrens gerichtet sind).
§ 17a Abs. 2 Satz 1, Satz 3 GVG; § 23 EGGVG

26. BGH 3 StR 287/19 – Urteil vom 24. Juni 2020 (LG Hannover)

Prozessuale Tat (Einheitlichkeit des Lebensvorgangs; in der Hauptverhandlung zu Tage getretene Umstände; Identität; erhebliche Abweichung); Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Bestimmtheit; Klarstellung der Strafbewehrung unmittelbar im Führungsaufsichtsbeschluss).
§ 264 StPO; § 145a StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

27. BGH 3 StR 291/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG Wuppertal)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (Alibi; Behauptung „ins Blaue hinein“; Ausschöpfung des Beweisantrags; unzulässige Beweisausforschung).
§ 244 Abs. 3 StPO

28. BGH 3 StR 360/20 – Beschluss vom 24. November 2020 (LG Trier)

Betäubungsmittelstrafrecht (Besitz; Einfuhr; Konkurrenzen; Tateinheit; Tatmehrheit; auffangtatbestand); Wiedereinbeziehungsentscheidung nach Einstellung; nachträgliche Gesamtstrafenbildung.
§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30a BtMG; § 154a StPO; § 55 StGB

Beim Tatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der zurücktritt gegenüber sonstigen Begehungsweisen, die zu Verbrechen erhoben wurden und in § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

aufgeführt sind, sowie gegenüber Straftaten, die seit jeher als Verbrechen eingestuft waren oder mit einer höheren Mindeststrafe bedroht sind. Zu letztgenannten Delikten zählt nicht nur die Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, sondern erst recht als deren qualifizierte Form die bewaffnete Einfuhr von Betäubungsmitteln nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG.

29. BGH 5 StR 124/20 – Urteil vom 11. November 2020 (LG Lübeck)

Mord (Heimtücke; für die Tatausführung getroffene Vorkehrungen; Fortwirken; Erschwerung von Verteidigungsmöglichkeiten; Ausnutzungsbewusstsein; Spontaneität des Tatentschlusses; niedrige Beweggründe; Tötung der ehemaligen Partnerin aus Eifersucht; Besitzdenken; ambivalente Gefühle; Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland).
§ 211 StGB

30. BGH 5 StR 185/20 – Beschluss vom 9. Dezember 2020 (LG Berlin)

Einziehung bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Taterträgen und Tatobjekten; Eigentumserwerb; Veräußerungserlös; Wertersatz).
§ 29 BtMG; § 73 StGB; § 74 StGB; § 33 BtMG

31. BGH 5 StR 197/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG Hamburg)

BGHSt; regelmäßig kein Beruhen des Urteils bei unterlassener Bescheidung eines Widerspruchs gegen das Selbstleseverfahren (gleichwertige Alternative zum Verlesen der Urkunde; Verstoß gegen Verfahrensrecht; „Widerspruchslösung“).
§ 249 Abs. 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

32. BGH 5 StR 229/19 – Beschluss vom 14. Oktober 2020 (LG Hamburg)

BGHR; Einziehung von Taterträgen bei Marktmanipulation (erlangtes Etwas; informations- und handlungsgestützte Marktmanipulation; handelsgestützte Marktmanipulation; Wertsteigerung; Erlös; Veräußerungsgewinn; Erwerbskosten; Abzugsverbot); Zugriff auf bei Provider zwischen- oder endgespeicherte („ruhende“) E-Mails mittels Telekommunikationsüberwachung (Telekommunikationsfreiheit; Verhältnis von Beschlagnahme und Telekommunikationsüberwachung; offener und verdeckter Zugriff; Anordnungszeitpunkt).
§ 73 Abs. 1 StGB; § 100a Abs. 1 S. 1 StPO; § 38 WpHG; § 39 WpHG

33. BGH 5 StR 256/20 – Beschluss vom 11. November 2020 (LG Berlin)

BGHSt; Tötungsdelikte (Beginn der Geburt bei operativer Entbindung: „Kaiserschnitt“; Mehrlingsgeburt; Geburtsbeginn als Zäsur zwischen Tötungsdelikten und Schwangerschaftsabbruch; Eröffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib; eindeutiges Ende der Schwangerschaft; Vorsatz; Parallelwertung in der Laiensphäre; Rechtfertigung; Analogie; planwidrige Regelungslücke; Verbotsirrtum).
§ 211 StGB; § 212 StGB; § 218 StGB; § 218a Abs. 2 StGB

34. BGH 5 StR 435/20 – Beschluss vom 25. November 2020 (LG Dresden)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit); Einziehung von Betäubungsmitteln; nachträgliche Gesamtstrafenbildung.

§ 29 BtMG; § 33 BtMG; § 52 StGB; § 55 StGB; § 73 StGB

35. BGH 5 StR 534/19 – Urteil vom 25. November 2020 (LG Braunschweig)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch Aufzucht von Pflanzen (Bestimmen der nicht geringen Menge); tatsächliche Verfügungsgewalt als Voraussetzung der Einziehung von Taterträgen.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 73 StGB

36. BGH 6 StR 148/20 – Urteil vom 2. Dezember 2020 (LG Schwerin)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte (lückenhafte) Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

37. BGH 6 StR 258/20 – Beschluss vom 3. November 2020 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Einziehungsentscheidung.

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

38. BGH 6 StR 321/20 – Beschluss vom 4. November 2020 (LG Hannover)

Fehlende Berücksichtigung möglicher Aufklärungshilfe bei der Verurteilung zur Jugendstrafe.

§ 17 JGG; § 46b StGB

39. BGH 6 StR 328/20 – Beschluss vom 3. November 2020 (LG Braunschweig)

Rechtsfehlerhafte Bejahung der besonderen Schwere der Schuld bei Verurteilung wegen Mordes.

§ 57a Abs. 1 S 1 Nr. 2 StGB

40. BGH 6 StR 333/20 – Beschluss vom 4. November 2020 (LG Würzburg)

Angemessenheit der Rechtsfolge bei eigener Entscheidung des Revisionsgerichts; Einziehung als bestimmender Strafzumessungsgrund.

§ 354 Abs. 1a StPO; § 46 StGB; § 74 StGB

41. BGH StB 34/20 – Beschluss vom 12. November 2020 (OLG Stuttgart)

BGHR; Entscheidung über den Pflichtverteidigerwechsel nach Anklageerhebung (Zuständigkeit; Ermittlungsrichter; erkennendes Gericht).

§ 142 StPO

42. BGH 2 StR 126/19 – Beschluss vom 10. November 2020 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

43. BGH 2 StR 159/20 – Beschluss vom 16. September 2020 (LG Darmstadt)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (mehrstufige Prüfung; eigenständige tatrichterliche Prüfung und Bewertung erforderlicher Sachverständigengutachten; Prüfung eines intakten Hemmungsvermögens im Hinblick auf die Handlungsmöglichkeiten des Täters bei der

Begehung der Tat; Möglichkeit der aufgehobenen oder erheblich verminderten Fähigkeit, Anreize und Hemmungsvorstellungen abzuwägen auch bei einem geplanten und geordneten Vorgehen).

§ 20 StGB; § 21 StGB

44. BGH 2 StR 225/20 – Beschluss vom 4. November 2020 (LG Mühlhausen)

Recht auf ein faires Verfahren („offenkundiger Mangel“ der Verteidigung; keine gerichtliche Überprüfung der Führung der Verteidigung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

45. BGH 2 StR 228/20 – Beschluss vom 7. Oktober 2020 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

46. BGH 2 StR 232/20 – Beschluss vom 22. Oktober 2020 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

47. BGH 2 StR 234/20 – Beschluss vom 28. Oktober 2020 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

48. BGH 2 StR 271/20 – Beschluss vom 21. Oktober 2020 (LG Frankfurt am Main)

Beihilfe (gesonderte Prüfung eines besonders schweren Falles für jeden Tatbeteiligten).

§ 27 Abs. 2 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 266 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Var. 1 StGB

49. BGH 2 StR 45/20 – Beschluss vom 11. November 2020

Verwerfung der Anhörungsgrüße als unbegründet.

§ 356a StPO

50. BGH 2 StR 283/20 – Beschluss vom 17. November 2020 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

51. BGH 2 StR 311/20 – Beschluss vom 6. Oktober 2020 (LG Limburg)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung des Grenzwertes einer nicht geringen Menge Rohopium oder Rauchopium).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

52. BGH 2 StR 393/19 – Beschluss vom 23. September 2020 (LG Darmstadt)

Voraussetzungen der Einziehung (Charakter einer Nebenstrafe).

§ 74 Abs. 1 StGB aF

Eine Maßnahme nach § 74 Abs. 1 StGB aF hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, so ist dies deshalb ein be-

stimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafen und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

53. BGH 2 StR 427/20 – Beschluss vom 17. Dezember 2020 (LG Kassel)

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

54. BGH 2 StR 429/20 – Beschluss vom 16. Dezember 2020 (LG Köln)

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

55. BGH 2 StR 486/19 – Beschluss vom 10. November 2020 (LG Köln)

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

56. BGH 2 StR 523/19 – Beschluss vom 25. August 2020 (LG Frankfurt am Main)

Einziehung des Wertes von Taterträgen (gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Tatbeteiligter, Kennzeichnung im Urteilstenor; keine Einziehung des Wertes des Veräußerungssurrogates); Urkundenfälschung (Gewerbsmäßigkeit).
§ 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 73c StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, StGB; § 267 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

57. BGH 2 StR 529/19 – Beschluss vom 16. September 2020 (LG Frankfurt am Main)

Tateinheit (rechtliche Handlungseinheit); sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt; Begriff der Entgeltlichkeit).
§ 52 StGB; § 182 Abs. 2 StGB

58. BGH 2 StR 580/19 – Beschluss vom 17. November 2020 (LG Frankfurt am Main)

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

59. BGH 4 StR 118/20 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Gera)

BGHSt; Aussetzung und Unterbrechung; Höchstdauer einer Unterbrechung (mehrmalige Hemmung der Unterbrechungsfristen bei wiederholter Erkrankung); absolute Revisionsgründe (Geltendmachung der Verhandlungsunfähigkeit eines Richters: Einschlägigkeit der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts).
§ 229 Abs. 1 StPO; § 229 Abs. 2 StPO; § 229 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

60. BGH 4 StR 118/20 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Gera)

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

61. BGH 4 StR 128/20 – Beschluss vom 2. Dezember 2020 (LG Bielefeld)

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

62. BGH 4 StR 175/20 – Beschluss vom 3. Dezember 2020 (LG Kaiserslautern)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (mehrstufige Prüfung; Schwachsinn: Abgrenzung von Intelligenzminderung ohne nachweisbaren Organbefund und bloßer Minderung der geistigen Leistungsfähigkeit; krankheitsbedingt fehlende Unrechtseinsicht); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung und Beleg der für die Gefährlichkeitsprognose maßgeblichen Umstände).

§ 20 StGB; § 63 StGB

63. BGH 4 StR 214/20 – Beschluss vom 20. Oktober 2020 (LG Frankenthal)

Urteilsgründe (Urteilsformel: keine Angabe von Mittäterschaft oder des Vorliegens eines gesetzlichen Regelbeispiels); Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Berücksichtigung bei der Strafzumessung).

§ 74 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 StGB; § 267 StPO

1. In die Urteilsformel ist nicht aufzunehmen, ob der Angeklagte als Alleintäter oder als Mittäter gehandelt hat und ob die Tat wegen Vorliegens eines gesetzlichen Regelbeispiels als besonders schwerer Fall einzuordnen ist.

2. Die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern hat den Charakter einer Nebenstrafe stellt eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies deshalb als ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege der Gesamtbetrachtung der den Täter betreffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

64. BGH 4 StR 2/20 – Beschluss vom 2. Dezember 2020 (LG Dessau-Roßlau)

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

65. BGH 4 StR 35/20 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Essen)

BGHSt; Wohnungseinbruchdiebstahl (falscher Schlüssel: bei dem Berechtigten in Vergessenheit geratener Schlüssel); schwere Brandstiftung (Begriff der teilweisen Zerstörung: Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus; Begriff der „anderen“ Tat; Bezugspunkt der Verdeckungsabsicht); Grundsätze der Strafzumessung (kein Inverkehrgelangen von Betäubungsmitteln wegen vorheriger Sicherstellung).

§ 46 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB

66. BGH 4 StR 223/20 – Beschluss vom 17. November 2020 (LG Bielefeld)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Zungenkuss als erhebliche sexuelle Handlung, nicht aber beischlafähnliche Handlung); Ausschluss der Öffentlichkeit (Unanfechtbarkeit der Entscheidung; Erstreckung auf alle Verfahrensvorgänge, die mit der Vernehmung eines Zeu-

gen in enger Verbindung stehen; keine Wiederherstellung der Öffentlichkeit für die Mitteilung der Schweigepflichtsentbindung).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 171b Abs. 1 GVG; § 171b Abs. 5 GVG; § 172 GVG; § 336 Satz 2 StPO

67. BGH 4 StR 242/20 – Beschluss vom 15. Juli 2020 (LG Paderborn)

Urteil (kein offenkundiges Fassungsversehen bei Widerspruch zwischen der Urteilsformel sowie den Gründen bei rechtlich einwandfreien Strafzumessungserwägungen).

§ 260 Abs. 1 StPO

68. BGH 4 StR 246/20 – Beschluss vom 1. Dezember 2020 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

69. BGH 4 StR 249/20 – Beschluss vom 19. November 2020 (LG Stuttgart)

Besorgnis der Befangenheit (Ablehnung eines Richters bei Selbstanzeige und von Amts wegen: Nebenklagevertreter als Ehemann der Vorsitzenden Richterin).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 30 1. Alt. StPO

70. BGH 4 StR 295/20 – Beschluss vom 8. September 2020 (LG Arnsberg)

Vorsatz (bedingter Vorsatz: Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, tatrichterliche Feststellung des voluntativen und kognitiven Elements, Hemmschwelle bei Tötungsdelikten); verminderte Schuldfähigkeit (mehrstufige Prüfung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Diagnose einer Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ).

§ 15 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

71. BGH 4 StR 317/20 – Beschluss vom 3. Dezember 2020 (LG Bielefeld)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Gesamtwürdigung, längere vergangene strafrechtliche Unauffälligkeit des Täters).

§ 63 StGB

72. BGH 4 StR 341/20 – Beschluss vom 3. November 2020 (LG Bielefeld)

Grundsätze der Strafzumessung (unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei unverändertem Schuldumfang); Konkurrenzen (Abgrenzung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit: nur ausnahmsweise additive Betrachtungsweise bei Angriffen auf höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen).

§ 46 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 StGB

73. BGH 4 StR 361/20 – Beschluss vom 19. November 2020 (LG Münster)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

74. BGH 4 StR 372/20 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Bielefeld)

Kriegswaffenkontrollgesetz (Anwendbarkeit auf Munition mit Hartkerngeschossen).

§ 24 KrWaffKontrG

75. BGH 4 StR 373/20 – Beschluss vom 17. November 2020 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

76. BGH 4 StR 377/20 – Beschluss vom 19. November 2020 (LG Paderborn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

77. BGH 4 StR 381/20 – Urteil vom 5. November 2020 (LG Arnsberg)

Grundsätze der Strafzumessung (tatschulderhöhende Berücksichtigung einer Einfuhrfahrt ohne Überprüfung der Art und Menge des transportierten Rauschgifts; nur ausnahmsweise tatschuldverringende Berücksichtigung erlittener Untersuchungshaft); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Würdigung von Einlassungen des Angeklagten); Revisionsbeschränkung (Wirksamkeitsvoraussetzungen: rechtliche und tatsächliche Trennbarkeit des Urteils).

§ 46 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 29 BtMG; § 261 StPO; § 318 StPO

78. BGH 4 StR 382/20 – Beschluss vom 17. November 2020 (LG Hagen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

79. BGH 4 StR 387/20 – Beschluss vom 19. November 2020 (LG Detmold)

Bestimmung des Wertes des Erlangten (Begriff der Aufwendungen).

§ 73d Abs. 1 StGB

80. BGH 4 StR 422/19 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Essen)

Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (sexuelle Handlungen zwischen einer über 21 Jahren und einer unter 16 Jahren alten Person: fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung, wertende Gesamtbetrachtung, Merkmal des Ausnutzens).

§ 182 Abs. 3 Nr. 1 StGB

81. BGH 4 StR 422/20 – Beschluss vom 2. Dezember 2020 (LG Dortmund)

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Charakter einer Nebenstrafe).

§ 74 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 StGB

82. BGH 4 StR 425/19 – Beschluss vom 4. November 2020 (LG Frankfurt am Main)

Mehrere Straftaten eines Jugendlichen (ausnahmsweises Unterbleiben der Einbeziehung einer früheren Verurteilung).

§ 31 Abs. 2 Satz 1 JGG; § 31 Abs. 3 Satz 1 JGG; § 105 Abs. 2 JGG

83. BGH 4 StR 427/20 – Beschluss vom 5. November 2020 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

84. BGH 4 StR 431/20 – Beschluss vom 19. November (LG Bielefeld)

BGHR; Hemmung der Unterbrechungsfristen wegen Infektionsschutzmaßnahmen (Anwendbarkeit bei ärztlich angeratener Kontaktvermeidung eines Prozessbeteiligten zum Schutz von dessen Ehegatten vor einer Ansteckung durch das SARS-CoV-2-Virus).

§ 229 Abs. 1 StPO; § 10 Abs. 1 Satz 1 EGStPO

85. BGH 4 StR 541/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2020 (LG Weiden)

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (zulässige Gegenstände einer Verständigung: Aus-

schluss von Sicherungsverwahrung, Maßregeln der Besserung und Sicherung); Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (kombinierte Persönlichkeitsstörung; Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsstörung).

§ 257c Abs. 2 Satz 3 StPO; § 20 StGB; § 61 StGB

86. BGH 4 StR 575/19 – Beschluss vom 18. November 2020 (LG Halle)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.

§ 356a StPO

87. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 19. November 2020

Verwerfung der Befangenheitsanträge als unzulässig.

§ 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO