

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; Prof. Dr.
Karsten Gaede; RA Dr. Christoph
Henckel; RiKG Dr. Holger Mann; RA
Sina Aaron Moslehi; RA Dr. Stephan
Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassis-
tentin); RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.;
Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Ham-
burg; Prof. Dr. Christoph Burchard,
LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr.
Daniela Demko, LL.M., Univ. Leipzig;
Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Biele-
feld; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur
(Oxon), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Diet-
helm Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof.
Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürn-
berg; 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

Publikationen

Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Bielefeld – **Verpasste Chancen beim Tatbestand der Freiheitsberaubung** (Anm. zu BGH HRRS 2022 Nr. 801) S. 40

RAin Dr. Hellen Schilling, Frankfurt am Main – **Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit – taugliche Argumente der Strafverteidigung?** S. 43

Dr. Anna Steins, Berlin – **Das Spannungsverhältnis zwischen konkretem Gefährdungsvorsatz und (bedingtem) Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz in der aktuellen Rechtsprechung** (Anm. zu BGH HRRS 2022 Nr. 1147) S. 47

Entscheidungen

BVerfG **Entkräftung der Zustellungsurkunde beim Strafbefehl**

BVerfG **Fortdauer der Untersuchungshaft trotz verzögerter Aktenvorlage an das Beschwerdegericht**

BGHSt **Weite Auslegung der Inlandstat**

BGHSt **Schwere körperliche oder seelische Schäden**

BGH **Unterbrechung zum Schein**

BGH **Weite Auslegung der Bestechlichkeit von Mandatsträgern**

BGH **Begriff des Beweisantrages bei komplexen Tatsachen**

BGH **Keine Einziehung des Arzthonorars**

Die Ausgabe umfasst 95 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

SCHRIFTLEITUNG

Professor 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; Prof. Dr. Karsten Gaede; RA Dr. Christoph Henckel;
RiKG Dr. Holger Mann; RA Sina Aaron Moslehi; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassistentin); RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; 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 Frank 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

24. Jahrgang, Februar 2023, Ausgabe **2**

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

121. BVerfG 2 BvR 2697/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Januar 2023 (LG Lüneburg / AG Soltau)

Entkräftung einer Postzustellungsurkunde über die Zustellung eines Strafbefehls (Überzeugung des Gerichts vom Beginn der Einspruchsfrist; keine überspannten Anforderungen; erster Zugang zum Gericht; Beweiskraft der Zustellungsurkunde; Gegenbeweis eines anderen Geschehensablaufs; Nachforschungspflicht bei substantiierter Darlegung; Pflicht zur Erhebung angebotener Beweise; keine Beschränkung auf präsenzte Beweismittel; Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Erfordernis einer Anhörungsrüge).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 45 Abs. 2 StPO; § 410 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 418 Abs. 2 ZPO

1. Bei der Prüfung, ob ein Einspruch gegen einen Strafbefehl rechtzeitig erhoben worden ist, haben sich die Strafgerichte von Verfassungen wegen mit besonderer Sorgfalt die erforderliche Überzeugung vom Beginn der Einspruchsfrist zu verschaffen, die eine wirksame Zustellung des Strafbefehls voraussetzt. Dabei dürfen bei der Anwendung und Auslegung prozessualer Vorschriften, die die Gewährung rechtlichen Gehörs sichern sollen, keine überspannten Anforderungen gestellt werden, zumal insoweit der erste Zugang zum Gericht infrage steht.

2. Der durch die Zustellungsurkunde begründete volle Beweis der Zustellung zu einem bestimmten Zeitpunkt kann nur durch den Gegenbeweis eines anderen als des beurkundeten Geschehensablaufs entkräftet werden, der eine Falschbeurkundung belegt. Allerdings kann bereits die

hinreichend substantiierte Darlegung von Umständen, die gegen die Richtigkeit der Zustellungsurkunde sprechen, den Gerichten Anlass zu weiteren Nachforschungen bieten. Sie haben dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, Beweis anzutreten; die angebotenen Beweise sind sodann zu erheben, ohne dass insoweit eine Beschränkung auf prä-sente Beweismittel gilt.

3. Zur Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ist ein Beschwerdeführer gehalten, eine unter Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör ergangene Entscheidung zunächst mit einer Anhörungsrüge anzugreifen. Die Nichtberücksichtigung eines als sachdienlich und erheblich anzusehenden Beweisangebots verletzt auch in Verfahren, in denen der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, das Recht auf rechtliches Gehör, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet.

120. BVerfG 2 BvR 1343/22 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2023 (KG / LG Berlin / AG Tiergarten)

Fortdauer der Untersuchungshaft bei verzögerter Aktenvorlage an das Beschwerdegericht (keine zwingende Aufhebung des Haftbefehls bei Verstoß gegen gesetzliche Pflicht zur sofortigen Vorlage einer Haftbeschwerde; Abwägung; Berücksichtigung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und des Freiheitsgrundrechts; Kriterium der Verlängerung der Untersuchungshaft; Überschreitung der Sechsmonatsfrist im besonderen Haftprüfungsverfahren).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 121 StPO; § 122 StPO; § 306 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO

1. Die um rund einen Monat verspätete Vorlage einer Haftbeschwerde an das Beschwerdegericht zwingt von Verfassungs wegen nicht zur Aufhebung des Haftbefehls, wenn zwar kein sachlicher Grund für die erkennbar versehentlich verursachte Verzögerung besteht, wenn diese jedoch im Ergebnis nicht zu einer Verlängerung der Untersuchungshaft geführt hat und sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das Ausgangsgericht, welches nach Feststellung des Versäumnisses umgehend die Nichtabhilfeentscheidung getroffen und die Sache dem Beschwerdegericht zugeleitet hat, die Eilbedürftigkeit grundlegend verkannt hätte.

2. Nicht jeder Verstoß gegen die in § 306 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO normierte Verpflichtung zur umgehenden Vorlage einer Haftbeschwerde an das Beschwerdegericht führt bereits für sich genommen zur Unverhältnismäßigkeit der Fortdauer der Untersuchungshaft. Allerdings hat das Beschwerdegericht bei der Beurteilung dieser Frage Inhalt und Tragweite des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und des Freiheitsgrundrechts in seine Abwägung miteinzubeziehen.

3. Ebenso begründet eine verzögerte Aktenvorlage an das Oberlandesgericht unter Überschreitung der

Sechsmonatsfrist im besonderen Haftprüfungsverfahren nach §§ 121, 122 StPO für sich genommen noch keine Pflicht zur Aufhebung des Haftbefehls oder zu dessen Außervollzugsetzung.

119. BVerfG 2 BvQ 1/23 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Januar 2023 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Erfolgsloser Antrag eines Sicherungsverwahrten auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine Disziplinarmaßnahme (Darlegungsanforderungen; Vorlage von Dokumenten; Recht auf effektiven Rechtsschutz und Aussetzung der Vollstreckung einer Disziplinarmaßnahme durch die Justizvollzugsanstalt; materielle Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; verspätete Kenntnis von einem Schriftsatz).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 114 Abs. 2 Satz 1 StVollzG; § 56 Abs. 3 Satz 2 HSVVollzG

1. Der Antrag eines Sicherungsverwahrten auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine Disziplinarmaßnahme genügt nicht den Begründungsanforderungen, wenn der Betroffene weder die schriftliche Dokumentation der Disziplinentcheidung noch die gegen ihn ergangenen weiteren Disziplinarbescheide vorlegt, hinsichtlich derer er im Wege einer Gesamtschau eine Unverhältnismäßigkeit der aktuellen Maßnahme geltend macht.

2. Unbeschadet der Möglichkeit einer vorläufigen Aussetzung der Vollstreckung einer Disziplinarmaßnahme durch die Justizvollzugsanstalt haben die Fachgerichte im Rahmen des (einstweiligen) Rechtsschutzes grundsätzlich eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle sicherzustellen.

3. Die Äußerung eines Rechtsbeschwerdegerichts im Rahmen eines obiter dictum, die Vollstreckungsaussetzung künftiger Disziplinarmaßnahmen durch die Justizvollzugsanstalt sei „eher kritisch zu bewerten“, belegt eine drohende (künftige) Verkürzung des gerichtlichen Rechtsschutzes insbesondere dann nicht, wenn bisherige Anträge umfassend geprüft worden sind.

4. Erhält ein Gefangener erst am Tage des Ablaufs einer gerichtlichen Äußerungsfrist Kenntnis von einem Schriftsatz, auf welchen er erwidern möchte, so ist er gehalten, das Gericht unmittelbar zu kontaktieren und auf den späten Zugang aufmerksam zu machen – wobei die Vollzugsanstalt angesichts der besonderen Umstände regelmäßig verpflichtet ist, den Kontakt zu ermöglichen. Anderenfalls wahrt seine anschließend erhobene Verfassungsbeschwerde, mit welcher er die unterbliebene Berücksichtigung seiner Erwidern geltend macht, nicht den Grundsatz der materiellen Subsidiarität.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

164. BGH 3 StR 64/22 – Urteil vom 24. November 2022 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Anwendung deutschen Strafrechts (Inlandstat bei mehreren verwirklichten Delikten); Ablehnung von Beweisanträgen (Unerreichbarkeit eines Zeugen im Ausland; audiovisuelle Vernehmung als Alternative; Abwägung unter Berücksichtigung der individuellen Umstände, der Bedeutung der Sache sowie die Wichtigkeit der Zeugenaussagen für die Wahrheitsfindung); Urkundenbeweis durch Verlesung von Vernehmungsprotokollen (Unerreichbarkeit eines Zeugen); Beweiswürdigung bei Nichtgewährleistung des Rechts auf konfrontative Befragung (besonders sorgfältige und kritische Überprüfung von Aussagen in den Urteilsgründen); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; Strafraumenwahl bei Zusammentreffen von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypem Milderungsgrund).

§ 3 StGB; § 9 StGB; § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 239b StGB; § 54 SDÜ; § 247a Abs. 1 StPO; § 250 Satz 2 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 261 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Eine Inlandstat im Sinne der §§ 3, 9 StGB ist nicht allein tatbestandsbezogen zu verstehen, sondern umfasst regelmäßig die im Rahmen desselben Lebensvorgangs verwirklichten Delikte und führt auch für diese zur Anwendung deutschen Strafrechts. (BGHSt)

2. Die Frage, ob nur eine Vernehmung vor dem erkennenden Gericht die nach Sach- und Rechtslage erforderliche Ausschöpfung des Beweismittels gewährleistet oder ob auch eine kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung zur Sachaufklärung tauglich ist, hat das Tatgericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Dabei kann das Tatgericht aufgrund einer ihm obliegenden Abwägung zu dem Ergebnis kommen, dass die audiovisuelle Vernehmung wegen gewisser Defizite gegenüber einem präsenten Zeugen im Einzelfall für die Wahrheitsfindung wertlos, der Zeuge mithin auch unter Beachtung der Möglichkeiten des § 247a StPO ein ungeeignetes Beweismittel ist. (Bearbeiter)

3. Die strafschärfende Berücksichtigung des Tatmotivs, zivilrechtliche Ansprüche unter Missachtung des Gewaltmonopols des Staates im Wege der Selbstjustiz durchzusetzen, begründet im Rahmen der Geiselnahme gemäß § 239b StGB keinen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB (Bearbeiter).

128. BGH 1 StR 408/21 – Urteil vom 13. Dezember 2022 (LG Stuttgart)

Rücktritt vom unbeeendeten Versuch (endgültige Abstandnahme von der Tat: Vorstellungsbild des Täters).
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB ermöglicht den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch durch Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat. Tat in diesem Sinne ist eine Straftat im Sinne eines materiellrechtlichen Straftatbestandes, das heißt die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Dementsprechend beschränkt sich beim unbeeendeten Versuch der Entschluss, die weitere Tatausführung aufzugeben, auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale (vgl. BGHSt 39, 221, 230). Erforderlich ist insoweit, dass der Täter von der konkreten Tatbegehung endgültig Abstand genommen hat. Nicht aufgegeben ist die Tat, solange er mit dem Versuch ihrer Begehung lediglich vorübergehend innehält.

2. Maßgeblich für die endgültige Abstandnahme von der Tat ist das Vorstellungsbild des Täters nach dem Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung. Bei einem mehraktigen Geschehen, innerhalb dessen der Täter verschiedene Handlungen vornimmt, die auf die Herbeiführung eines strafrechtlich relevanten Erfolges gerichtet sind, kommt es auf das subjektive Vorstellungsbild des Täters nach jedem Einzelakt. Bilden jedoch die Einzelakte untereinander und mit der letzten Tathandlung ein durch die subjektive Zielsetzung des Täters verbundenes, örtlich und zeitlich einheitliches Geschehen, so ist für die Bestimmung des Rücktrittshorizonts allein die subjektive Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung maßgeblich. Hierfür müssen die tatgerichtlichen Feststellungen und die sie tragenden Beweiserwägungen einen Vorsatzwechsel ausschließen und belegen, dass nach der subjektiven Zielsetzung des Täters ein solches einheitliches Geschehen anzunehmen ist.

195. BGH 5 StR 514/22 – Beschluss vom 5. Januar 2023 (LG Dresden)

Rücktritt vom Versuch (Feststellungen zum Rücktrittshorizont bei Erreichen eines außertatbestandlichen Handlungsziels).
§ 24 StGB

Kommt ein Rücktritt vom Versuch in Betracht, sind Feststellungen zum Rücktrittshorizont des Angeklagten auch bei Erreichen eines außertatbestandlichen Handlungsziels erforderlich.

182. BGH 5 StR 155/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022 (LG Chemnitz)

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug (Deliktserie mit mehreren Beteiligten; Konkurrenzen; natürliche Handlungseinheit; Tatmehrheit).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen beteiligt, kommt es nicht darauf an, wie sich die Taten für andere Tatbeteiligte konkurrenzrechtlich darstellen; vielmehr ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden (st. Rspr.; vgl. zuletzt etwa BGH HRRS 2021 Nr. 1092 m.w.N.). Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen

individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen.

2. Fehlt es an einer individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

161. BGH 3 StR 230/22 – Beschluss vom 30. November 2022 (OLG Frankfurt am Main)

BGHSt; Beteiligung am Völkermord (Völkermordabsicht; schwere körperliche oder seelische Schäden; Eignung der Handlung zur Erfolgsherbeiführung; Konkurrenzen); Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Konkurrenzen); Kriegsverbrechen gegen Personen (Anforderungen an sukzessive Beihilfe; Konkurrenzen).

§ 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB; § 7 Abs. 1 VStGB; § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 220a StGB aF; § 226 Abs. 1 StGB

1. Schwere körperliche oder seelische Schäden im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB und des § 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB sind solche, die eine gravierende und langanhaltende Beeinträchtigung der Fähigkeit des Mitglieds der geschützten Gruppe zur Folge haben, ein normales und konstruktives Leben zu führen. (BGHSt)

2. Ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit kann einen Individualgüter schützenden Tatbestand des allgemeinen Strafrechts konkurrenzrechtlich verdrängen. (BGHSt)

3. Die im Katalog des § 7 Abs. 1 VStGB angeführten Begehungsweisen sind rechtlich nicht lediglich als unselbstständige Tatmodalitäten eines Tatbestandes, sondern als eigene Tatbestände zu werten. Werden sie durch eine Handlung verwirklicht, stehen sie grundsätzlich im Verhältnis ungleichartiger Tateinheit zueinander. (BGHSt)

154. BGH 4 StR 377/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Aachen)

Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen oder fremder Sache von bedeutendem Wert: Maßstab, Beinahe-Unfall).

§ 315c StGB

1. § 315c Abs. 1 StGB setzt in allen Tatvarianten eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert voraus. Dies ist nach gefestigter Rechtsprechung der Fall, wenn die Tat handlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt hat, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt wurde, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht.

2. Erforderlich ist die Feststellung eines „Beinahe-Unfalls“, also eines Geschehens, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, „das sei noch einmal gut gegangen“. Für die Annahme einer konkreten Gefahr genügt es daher nicht, dass sich Menschen oder Sachen in enger räumlicher Nähe zum Täterfahrzeug befunden haben. Umgekehrt wird die Annahme einer Gefahr aber auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Schaden ausgeblieben ist, weil sich der Gefährdete – etwa aufgrund überdurchschnittlich guter Reaktion – noch zu retten vermochte.

165. BGH 3 StR 249/22 – Urteil vom 30. November 2022 (LG Krefeld)

Vergewaltigung (Konkurrenzen); Drittbesitzverschaffung kinderpornografischer Inhalte (Urteilstenor); Einziehung von Tatmitteln (Strafzumessung bei Entzug eines Gegenstandes von nicht unerheblichem Wert; Verhältnismäßigkeit).

§ 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB aF; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 179 Abs. 1 StGB aF; § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO

1. Die Unfähigkeit, einen sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 2

Nr. 1 StGB), kann auch auf der altersmäßigen Entwicklung eines Kindes beruhen. Eine Vergewaltigung unter Ausnutzung dieser Lage steht in Idealkonkurrenz mit schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern. Insoweit stellt sich die Rechtslage seit der Neufassung des § 177 StGB durch das Fünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 anders dar als bei dem Tatbestand des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen nach § 179 Abs. 1 StGB aF (Abgrenzung von BGHSt 30, 144). (BGHSt)

2. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist es geboten, die tatsächlich verwirklichte Tathandlungsvariante von § 184b StGB im Tenor zum Ausdruck zu bringen und insoweit nicht auf die gesetzliche Überschrift zurückzugreifen. (Bearbeiter)

123. BGH 1 StR 248/22 – Beschluss vom 21. September 2022 (LG München II)

Besitz kinderpornographischer Schriften (Tateinheit bei gleichzeitigem Besitz mehrerer Schriften; keine Unterbrechung der Einheitlichkeit der Tat durch Durchsichtung; keine Verklammerung von Verbreitungstaten durch gleichzeitigen durchgehenden Besitz).

§ 184 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 102 StPO

1. Grundsätzlich stellt der gleichzeitige Besitz mehrerer kinderpornographischer Schriften nur eine Tat dar, selbst wenn diese sich auf verschiedenen Datenträgern befinden. Dies gilt nur dann nicht, wenn selbständige Verschaffungstaten festgestellt sind (vgl. BGH NStZ-RR 2020, 172, 174 mwN).

2. Durch eine Durchsichtung beim Täter wird das Dauerdelikt des Besitzes kinderpornographischer Schriften nur vorübergehend unterbrochen. Dadurch wird die Einheitlichkeit der Tat nicht unterbrochen.

3. Ein durchgehender Besitz ist jedoch nicht in der Lage, mehrere selbständige Verbreitungstaten zu verklammern. Der Tatbestand des Besitzes bleibt in seinem strafrechtlichen Unwert, wie er in der Strafandrohung zum Ausdruck kommt, hinter demjenigen der Verbreitung zurück. Anders läge der Fall nur, wenn der Besitz der betreffenden kinderpornographischen Schrift in zeitlicher oder quantitativer Hinsicht über den für das Verbreiten erforderlichen Besitz hinausgeht.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

158. BGH 3 StR 162/22 – Beschluss vom 2. November 2022 (LG Düsseldorf)

Einziehung von Taterträgen (Arzthonorar bei Behandlungsfehler kein „für“ die Tat Erlangtes).

§ 73 Abs. 1 StGB

1. Für die Tat i.S. des § 73 Abs. 1 StGB ist etwas erlangt, wenn sich der Vermögensvorteil als Entgelt oder Lohn und somit als Gegenleistung für eine vergangene, vom Anklagesatz erfasste und tatrichterlich festgestellte Straftat darstellt. Maßgeblich für die Annahme einer Gegenleistung ist ein synallagmatischer Charakter. Wesentlich ist, dass das Entgelt für etwas gegeben bzw. verlangt wird.

2. Im Fall von strafbaren ärztlichen Behandlungsfehlern zahlen Geschädigte das Arzthonorar in der Regel nicht für die Vornahme einer rechtswidrigen Tat, sondern gerade in der Erwartung einer rechtmäßigen Behandlung, weshalb das Honorar nicht für die Tat erlangt wurde.

151. BGH 4 StR 75/22 – Urteil vom 8. Dezember 2022 (LG Bielefeld)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang: Gesamtwürdigung; Ermessensentscheidung: Absehen von der Unterbringung, hinreichende Warnung durch die Freiheitsstrafe, Ausnahmecharakter des § 66 Abs. 2 StGB und § 66 Abs. 3 StGB, eintretende

Haltungsänderung mit Fortschreiten des Lebensalters, Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs); Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität).

§ 66 StGB; § 261 StPO

Bei der Ausübung des Ermessens im Sinne des § 66 Abs. 2 StGB, § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB, ist das Tatgericht „strikt an die Wert- und Zweckvorstellungen des Gesetzes“ gebunden. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll der Tatrichter die Möglichkeit haben, sich ungeachtet der festgestellten Gefährlichkeit des Täters zum Zeitpunkt der Urteilsfällung auf die Verhängung einer Freiheitsstrafe zu beschränken, sofern erwartet werden kann, dass sich dieser die Strafe hinreichend zur Warnung dienen lässt. Damit kann der Tatrichter dem Ausnahmecharakter der Vorschriften des § 66 Abs. 2 StGB und § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB Rechnung tragen, der sich daraus ergibt, dass eine frühere Verurteilung und eine frühere Strafverbüßung des Täters nicht vorausgesetzt wird. Die Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs sowie die mit dem Fortschreiten des Lebensalters erfahrungsgemäß eintretenden Haltungsänderungen sind wichtige Kriterien, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sind.

189. BGH 5 StR 364/22 – Beschluss vom 24. Oktober 2022 (LG Itzehoe)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Sachverständiger; Anforderungen an die Urteilsgründe; schwere seelische Störung).

§ 63 StGB; § 20 StGB

1. Das Tatgericht hat die der Unterbringungsanordnung nach § 63 StGB zugrundeliegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen. Schließt es sich der Beurteilung eines Sachverständigen an, muss es dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist, damit das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Ergebnisse nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind.

2. Ob eine Persönlichkeitsstörung eine schwere seelische Störung (vgl. § 20 StGB) darstellt, ist danach zu beurteilen, ob es im Alltag außerhalb des Delikts zu Einschränkungen des sozialen Handlungsvermögens gekommen ist und sich die defekten Muster im Denken, Fühlen und Verhalten als zeitstabil erwiesen haben.

191. BGH 5 StR 416/22 – Beschluss vom 22. November 2022 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Entscheidung über die Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Abhängigkeit; kurzzeitige Abstinenz; soziale Gefährdung bzw. Gefährlichkeit; Finanzierung von Eigenkonsum durch Betäubungsmittelhandel).

§ 64 StGB

1. Für einen Hang i.S.d. § 64 StGB genügt eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln im Sinne des § 64 StGB ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betreffende auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint.

2. Dass ein Angeklagter kurzzeitig in der Lage ist, seinen Rauschmittelkonsum zu verringern oder einzustellen, steht dem Vorliegen eines Hanges ebenso wenig entgegen wie zwischenzeitliche Abstinenzphasen oder das Ausbleiben ausgeprägter Entzugssymptome. Überdies kann die Finanzierung von Eigenkonsum mit durch

Betäubungsmittelhandel eingenommenem Geld für eine soziale Gefährdung bzw. Gefährlichkeit sprechen.

167. BGH 3 StR 294/22 – Beschluss vom 16. November 2022 (LG Osnabrück)

Totschlag (minder schwerer Fall); Strafzumessung (erheblich verminderte Schuldfähigkeit; strafschärfende Berücksichtigung von Tatmodalitäten; Vorwerfbarkeit bei geistig-seelische Beeinträchtigung des Täters).

§ 21 StGB; § 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 49 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

Die Art der Tatausführung darf einem Angeklagten nur dann ohne Abstriche strafschärfend zur Last gelegt werden, wenn sie in vollem Umfang vorwerfbar ist, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer von ihm nicht oder nur eingeschränkt zu vertretenen geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt.

196. BGH 5 StR 528/22 – Beschluss vom 3. Januar 2023 (LG Chemnitz)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; unbelasteter Täter).

§ 63 StGB

Dass ein Täter trotz eines bestehenden psychischen Defekts über Jahre hinweg keine Straftaten begangen hat oder sogar gänzlich unbelastet ist, ist grundsätzlich ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Straftaten. Bei der Gefährlichkeitsprognose im Rahmen der Prüfung einer Anordnung gem. § 63 StGB ist dieser Umstand daher stets zu erörtern.

209. BGH 6 StR 414/22 – Beschluss vom 30. November 2022 (LG Regensburg)

Erhebliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit; besondere gesetzliche Milderungsgründe (fakultative Milderung des Strafrahmens: Alkoholkonsum, selbst verschuldete Trunkenheit).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

Das Absehen von der fakultativen Strafmilderung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB ist zwar nicht allein deshalb rechtsfehlerhaft, wenn das Tatgericht im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung maßgeblich darauf abstellt, dass der Angeklagte aufgrund vorhandener Fähigkeit, der Versuchung zum übermäßigen Alkoholkonsum zu widerstehen, die Trunkenheit selbst verschuldete. Es muss jedoch beweiswürdigend belegt sein, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten unter Alkoholeinfluss – hier: aggressivem Verhalten – rechnen musste.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

206. BGH 6 StR 95/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Ansbach)

BGH; Höchstdauer einer Unterbrechung (Konzentrationsmaxime; Verhandeln zur Sache; substantielle Förderung des Verfahrens; willkürliche Zerstückelung einheitlicher Verfahrensvorgänge).

§ 229 StPO

1. Auch wenn in einem Termin zur Fortsetzung der Hauptverhandlung Verfahrensvorgänge stattfinden, die als Sachverhandlung anzusehen sind, verstößt es gegen § 229 StPO, wenn aus dem gesamten Verfahrensgang erkennbar wird, dass das Gericht mit der Verhandlung nicht die substantielle Förderung des Verfahrens bezweckt, sondern allein die Wahrung der Unterbrechungsfrist im Auge hat. (BGH)

2. So verhält es sich etwa dann, wenn einheitliche Verfahrensvorgänge willkürlich in mehrere kurze Verfahrensschnitte zerstückelt und diese auf mehrere Verhandlungstage verteilt werden, um dadurch die zulässigen Unterbrechungsfristen einzuhalten. (Bearbeiter)

148. BGH 4 StR 263/22 – Beschluss vom 24. November 2022 (LG Essen)

Ablehnung von Beweisanträgen (Beweisantrag: schlagwortartige Verkürzungen, hinreichend deutlich zu beweisender Vorgang; Auslandszeugen: Aufklärungspflicht des Gerichts, Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles, Gesamtabwägung, Bemessung des Beweiswertes, Befreiung von dem Verbot der Beweisantizipation, voraussichtliche Unergiebigkeit der Aussage, voraussichtliche Unerreichbarkeit des Zeugen, Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO; Gerichtsbeschluss: Darlegung der maßgeblichen Erwägungen); Einziehung von Tatmitteln (Erbbaurecht; taugliches Einziehungsobjekt: Erbbaurecht, Rechte; Tatmittel: keine Sonderrechtsfähigkeit, Tatobjekt bei tatsächlichen Einsatz einer Sache, dingliche Rechte, innere Einheit).

§ 244 StPO; § 74 StGB

1. Zur bestimmten Bezeichnung konkreter Tatsachen im Sinne des Beweisantrages sind bei einem unter Beweis gestellten komplexen, mehraktigen Tun schlagwortartige Verkürzungen zulässig, wenn sie den zu beweisenden Vorgang in seinen entscheidungserheblichen Umrissen hinreichend deutlich werden lassen.

2. Nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn dessen Anhörung nach pflichtgemäßer Beurteilung des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Ob die Ladung und Vernehmung eines Auslandszeugen geboten ist,

richtet sich mithin – insoweit nicht anders als bei Annahme eines bloßen Beweisermittlungsantrags – nach der Aufklärungspflicht des Gerichts im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO.

3. Ob das Gebot des § 244 Abs. 2 StPO, die Beweisaufnahme zur Erforschung der Wahrheit auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, es gebietet, dem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles beurteilt werden. Allgemein gilt lediglich der Grundsatz, dass bei einem durch die bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann. Dagegen wird die Vernehmung des Auslandszeugen umso eher notwendig sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, je größer die Unwägbarkeiten sind und je mehr Zweifel hinsichtlich des Werts der bisher erhobenen Beweise überwunden werden müssen.

4. In die gebotene Abwägung hat das Tatgericht – vor dem Hintergrund der bisherigen Beweislage – des Weiteren die Bedeutung und den Beweiswert der Aussage des benannten Zeugen einzustellen. Dabei kommt der Aussage ein besonderes Gewicht zu, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind. Bei der Bemessung des Beweiswertes der Aussage ist das Tatgericht von dem Verbot der Beweisantizipation befreit und darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht zu beanstanden.

5. Neben der antizipierenden Würdigung des Inhalts einer Aussage des Zeugen kann die Ablehnung eines auf Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteten Beweisantrags im Einzelfall auch dadurch gerechtfertigt sein, dass der Beweiswert des Zeugen wegen der voraussichtlichen Unergiebigkeit seiner Aussage oder der Unerreichbarkeit des Zeugen gering ist. Hierzu zählen grundsätzlich auch solche Fallgestaltungen, in denen der Aufenthalt eines Zeugen zwar bekannt, aber damit zu rechnen ist, dass er entweder einer Ladung nicht folgen oder im Falle seines Erscheinens keine Angaben zur Sache machen werde. Dies gilt insbesondere für Zeugen, die der Beteiligung an der

Tat verdächtig sind und denen deswegen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zusteht.

6. Auch hierbei handelt es sich aber um Gesichtspunkte, die nicht isoliert gewürdigt werden dürfen, sondern lediglich im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung im Einzelfall unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden können, wobei der Bedeutung und dem Beweiswert des Zeugenbeweises vor dem Hintergrund der bisherigen Beweisaufnahme der zeitliche und organisatorische Aufwand einer Aufklärungsmaßnahme und die damit verbundenen Nachteile durch die Verzögerung des Verfahrens gegenüberzustellen sind.

7. In dem für die Ablehnung eines auf die Vernehmung eines Auslandszeugen gerichteten Beweisantrags erforderlichen Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO) müssen die maßgeblichen Erwägungen schließlich so umfassend dargelegt werden, dass es dem Antragsteller möglich wird, seine Verteidigung auf die neue Verfahrenslage einzustellen, und das Revisionsgericht überprüfen kann, ob die Antragsablehnung auf einer rational nachvollziehbaren, die wesentlichen Gesichtspunkte des Einzelfalles erkennbar berücksichtigenden Argumentation beruht.

8. Das Erbbaurecht als Recht an einem Grundstück, ist ein taugliches Einziehungsobjekt. Denn als Gegenstände im Sinne des § 74 Abs. 1 StGB können außer Sachen, deren Einziehung Volleigentum des Täters oder Teilnehmers an ihnen voraussetzt, auch Rechte eingezogen werden, wie sich aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift (vgl. § 74 Abs. 3 StGB: „zustehen“, § 75 Abs. 1 StGB) und ihrer Entstehungsgeschichte ergibt.

9. Zur Begehung einer Tat gebraucht worden oder bestimmt gewesen ist nicht jeder Gegenstand, der zu der Tat irgendeine räumliche oder zeitliche Verbindung hat. Die Benutzung eines Gegenstandes nur bei Gelegenheit der Begehung einer Straftat reicht nicht aus. Erforderlich ist darüber hinaus, dass sein Gebrauch gezielt die Verwirklichung des deliktischen Vorhabens fördert bzw. nach der Planung des Täters fördern soll.

10. Es entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass jedenfalls solche dinglichen Rechte, die an der zur Tatbegehung (körperlich) verwendeten Sache bestehen und dabei dem Volleigentum (§ 903 BGB) rechtlich angenähert sind, statt der Sache als Tatobjekte eingezogen werden können. Die Rechtfertigung hierfür liegt darin, dass derartige Rechte ihrem Inhaber eine Herrschaft über die Sache vermitteln, die derjenigen des Eigentümers – jedenfalls im Hinblick auf die Möglichkeit des deliktischen Einsatzes der Sache – nicht wesentlich nachsteht. Infolgedessen bildet eine solche Rechtsposition des Täters oder Teilnehmers an der Sache mit dieser eine dem Volleigentum angenäherte „innere Einheit“, die sich einziehungsrechtlich dahin auswirkt, dass neben der tatsächlich für die Tatbegehung gebrauchten Sache auch das an ihr bestehende Recht als tatverstrickt anzusehen ist.

157. BGH 3 StR 127/22 – Urteil vom 3. November 2022 (LG Oldenburg)

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Zeitpunkt; normativer Beruhensbegriff; Rügebefugnis der Staatsanwaltschaft in der Revision).

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 257c StPO; § 337 Abs. 1 StPO; 339 StPO

1. Die Staatsanwaltschaft kann in der Revision Verstöße gegen die Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 StPO in Bezug auf außerhalb der Hauptverhandlung geführte verständigungsbezogene Gespräche auch dann zu Lasten des Angeklagten rügen, wenn sie an den Erörterungen beteiligt war und damit kein Informationsdefizit hat. § 339 StPO findet keine Anwendung, da § 243 Abs. 4 StPO nicht allein den Verteidigungsbelangen des Angeklagten und damit seinem Schutz dient, sondern zudem bezweckt, die Öffentlichkeit und Transparenz des Verständigungsverfahrens zu gewährleisten.

2. Die Mitteilung über während, jedoch außerhalb der Hauptverhandlung stattgefundenen Erörterungen gemäß § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO ist regelmäßig umgehend nach einem verständigungsbezogenen Gespräch, mithin sogleich nach Fortsetzung der Hauptverhandlung, erforderlich.

3. Bei einem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 StPO ist bei Zugrundelegung der von der herkömmlichen Dogmatik des Beruhens (§ 337 Abs. 1 StPO) abweichenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Sinne eines um normative Aspekte angereicherten Beruhensbegriffs regelmäßig davon auszugehen, dass das Urteil auf diesem Verfahrensfehler beruht.

4. Dem Gericht ist es unbenommen, im Rahmen einer transparenten und kommunikativen Verhandlungsführung ein mögliches Prozessergebnis bei einem Geständnis des Angeklagten in Aussicht zu stellen, solange damit keine endgültige Festlegung oder Zusage verbunden ist.

124. BGH 1 StR 284/22 – Beschluss vom 29. Dezember 2022

Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung, wenn keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist (allein vom Angeklagten verschuldete Gründe nicht ausreichend).

§ 143a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StPO

Ein im Verhältnis des Angeklagten zum Verteidiger wurzelnder wichtiger Grund zur Entpflichtung eines bestellten Verteidigers kann regelmäßig nicht bejaht werden, wenn dieser Grund allein vom Angeklagten verschuldet ist. Könnte der Angeklagte derart die Auswechslung eines Verteidigers erzwingen, könnte er ein Verfahren ohne sachlichen Grund nahezu beliebig verzögern und blockieren.

203. BGH 6 StR 340/21 – Urteil vom 14. Dezember 2022 (LG Schwerin)

Unzulässige Aufklärungsrüge; Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung (Voraussetzung einer vorausgegangenen ordnungsgemäßen Beweiserhebung: Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht, Beweisverwertungsverbot; Revisionsvorbringen: Angabe über Genehmigung

der Verwertung); hilfswise vorgenommene Beweiserwägungen trotz Beweisverwertungsverbots.

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 255a Abs. 2 StPO; § 58a StPO; § 55 StPO; § 52 Abs. 3 StPO

1. Die vernehmungsersetzende Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a Abs. 2 StPO setzt eine vorangegangene ordnungsgemäße Beweiserhebung unter Wahrung der wesentlichen Verfahrensvorschriften voraus.

2. Fehlt es aus gesetzlich zwingenden Gründen schon an der Verwertbarkeit eines zentralen Beweismittels und kann deshalb keine für die Verurteilung zureichende Tatsachenbasis als erwiesen angesehen werden, besteht keine Möglichkeit und erst recht kein sachlich-rechtlicher Grund zur Darstellung hierauf gestützter (hypothetischer) Beweiserwägungen in den schriftlichen Urteilsgründen. Selbst wenn einzelne Erwägungen der hilfswise vorgenommenen Bewertung lückenhaft oder sonst rechtsfehlerhaft sein sollten, könnte hierauf auch nichts beruhen.

146. BGH 4 StR 169/22 – Beschluss vom 12. Oktober 2022 (LG Frankenthal)

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage: Urteilsgründe, Einbeziehung aller Umstände, weitere Darlegungsanforderungen bei nur teilweiser Überzeugung, außerhalb der Aussage liegende gewichtige Gründe, körpernahes Geschehen, konstante Schilderung, objektive Spurenlage; schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes).

§ 261 StPO; § 176c StGB

In einem Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung allein davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, muss aus den Urteilsgründen hervorgehen, dass das Tatgericht alle Umstände erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat, die die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten beeinflussen können. Vermag sich der Tatrichter von der Glaubhaftigkeit der Angaben eines Zeugen nur teilweise zu überzeugen, können sich daraus weitere Darlegungsanforderungen ergeben. Zwar existiert kein Rechts- oder Erfahrungssatz des Inhalts, dass einem Zeugen nur entweder insgesamt geglaubt oder insgesamt nicht geglaubt werden darf. In einem solchen Fall ist es aber regelmäßig erforderlich, dass auch außerhalb der Aussage liegende gewichtige Gründe benannt werden können, die es dem Tatrichter ermöglichen, der Zeugenaussage im Übrigen dennoch zu glauben.

200. BGH 6 StR 249/22 – Beschluss vom 9. August 2022 (LG Hannover)

Versuchter Totschlag (Rücktritt vom Versuch: Rücktrittshorizont); lückenhafte Beweiswürdigung (Einlassung des Angeklagten: Erfordernis der Wiedergabe der wesentlichen Grundzüge; Darstellung der wesentlichen Beweiserwägungen; Darstellung des wesentlichen Inhalts einer Zeugenaussage).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 212 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

1. Aus sachlich-rechtlichen Gründen ist regelmäßig eine Wiedergabe wenigstens der wesentlichen Grundzüge der Einlassung des Angeklagten erforderlich, damit das Revisionsgericht nachprüfen kann, ob sich das Tatgericht unter Berücksichtigung der erhobenen Beweise eine tragfähige Grundlage für seine Überzeugungsbildung verschafft und das materielle Recht richtig angewendet hat.

2. Der wesentliche Inhalt einer Zeugenaussage ist in den Urteilsgründen jedoch darzustellen, wenn dies aus sachlich-rechtlichen Gründen notwendig ist, um die Beweiswürdigung auf Rechtsfehler zu überprüfen. Das Tatgericht soll belegen, warum es – unter Berücksichtigung der Einlassung des Angeklagten – bestimmte bedeutsame tatsächliche Umstände festgestellt hat.

136. BGH 2 StR 319/21 – Beschluss vom 4. Oktober 2022 (LG Frankfurt am Main)

Verschlechterungsverbot (Konkurrenzkorrektur: höhere Einzelstrafen, Summe der bisherigen Einzelstrafen, neue Gesamtstrafe).

§ 358 Abs. 2 StPO

Das Verschlechterungsverbot gemäß § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO steht in Fällen, in denen wegen einer Konkurrenzkorrektur aufgrund der Revision eines Angeklagten neue Einzelstrafen festzusetzen sind, der Verhängung einer höheren Einzelstrafe nicht entgegen. Werden vom ersten Tatgericht als rechtlich selbständig erachtete Taten durch das Revisionsgericht oder ein neues Tatgericht zur Tateinheit verbunden, ist der Unrechtsgehalt dieser einen Tat gegenüber den bisher getrennt behandelten Einzelakten erhöht. Das Verschlechterungsverbot gebietet dann nur, dass die Summe der bisherigen Einzelstrafen bei der Bemessung der neu festzusetzenden Einzelstrafe nicht überschritten wird; überdies darf die neue Gesamtstrafe nicht höher als bisher ausfallen.

202. BGH 6 StR 338/22 – Urteil vom 14. Dezember 2022 (LG Halle)

Unzulässige Aufklärungsrüge (Angabe einer bestimmten Beweistatsache und die für die Beweiseignung und -bedeutung im Zeitpunkt der Hauptverhandlung wichtigen Umstände); Auskunftsverweigerungsrecht (Umfang); Beweisantrag (konkrete Beweisbehauptung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 55 Abs. 1 StPO

Zwar ist in § 55 StPO nur von der Auskunftsverweigerung auf einzelne Fragen die Rede. Jedoch kann ein Zeuge die Auskunft dann insgesamt verweigern, wenn seine Aussage mit seinem etwaigen strafbaren Verhalten in so engem Zusammenhang steht, dass eine Trennung nicht möglich ist.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

181. BGH StB 42/22 – Beschluss vom 14. Dezember 2022 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (Vorteilsbegriff bei städtebaulichen Verträgen; Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Rechtmäßigkeit; Unrechtsvereinbarung; Irrelevanz innerer Vorbehalte bei Stimmabgabe; Handlung im Auftrag oder auf Weisung; Zuständigkeit des Oberlandesgerichts); Bestechlichkeit; Bestechung; sofortige Beschwerde gegen Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens (Überprüfung des hinreichenden Tatverdachts durch das Beschwerdegericht). § 108e StGB; § 332 Abs. 1 StGB; § 334 Abs. 1 StGB; § 203 StPO; § 210 Abs. 2 StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 2 StPO; § 120b Satz 1 GVG

1. Unter einem Vorteil i.S. der §§ 108e, 332, 334 StGB ist grundsätzlich jede Leistung des Zuwendenden zu verstehen, die das Mitglied oder einen Dritten materiell oder immateriell in seiner wirtschaftlichen, rechtlichen oder persönlichen Lage objektiv besser stellt und auf die das Mitglied beziehungsweise der Dritte keinen Anspruch hat. Ein solcher Vorteil kann auch in dem Abschluss eines Vertrages und der dadurch begründeten Forderung bestehen.

2. Es bedarf der Abgrenzung des unlauteren korruptiven Kaufs einer Diensthandlung im formellen Gewande eines gegenseitigen Vertrages von den vielfältigen Fällen, in denen die öffentliche Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben rechtmäßig öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Verträge schließt. Als taugliches Abgrenzungskriterium kann hierbei die verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit des Vertragsschlusses herangezogen und dabei insbesondere die Frage gestellt werden, ob die Diensthandlung in rechtlich zulässiger Weise von einer Vergütung abhängig gemacht werden darf.

3. Das Tatbestandsmerkmal der „Gegenleistung“ verlangt eine qualifizierte Unrechtsvereinbarung im Sinne einer engen Kausalbeziehung zwischen dem ungerechtfertigten Vorteil und der Handlung. Ob sich das Mitglied innerlich vorbehält, sein Verhalten nicht durch den ungerechtfertigten Vorteil beeinflussen zu lassen, ist für die Strafbarkeit nach § 108e StGB unerheblich. Insoweit sind nicht innere Vorbehalte, sondern der vom Vorsatz erfasste äußere Erklärungswert des Verhaltens entscheidend. Wer nach außen seine Stimme für eine Wahl oder Abstimmung gegen Vorteilszuwendungen „verkauft“, kann sich nicht darauf berufen, er habe sowieso im Sinne des Zuwendenden stimmen oder überhaupt nicht an der Stimmabgabe teilnehmen wollen, sich schließlich der Stimme enthalten oder sogar dagegen gestimmt.

4. Die Tatbestandsmerkmale Auftrag und Weisung i.S. des § 108e StGB sind weit und im Sinne eines allgemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen; sie erfassen jede

Handlung, die den Abgeordneten dazu bewegen soll, sich dem Interesse des Auftrags- oder Weisungsgebers zu unterwerfen. Der Ausnutzung einer besonderen Überlegenheit bedarf es nicht.

162. BGH 3 StR 238/22 – Beschluss vom 29. November 2022 (LG Aurich)

Einschleusen von Ausländern (unmittelbares Ansetzen zum versuchten Hilfeleisten; Erweiterung der Strafbarkeit bei Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der EU oder eines Schengen-Staates); Missbrauch von Ausweispapieren (Abgrenzung zwischen Versuch und strafloser Vorbereitung).

§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 96 AufenthG; § 22 StGB; § 23 StGB; § 281 Abs. 1 Satz 1 Var. 2, Satz 2 StGB

1. Maßgeblich für den Beginn der Strafbarkeit wegen versuchten Hilfeleistens nach § 96 Abs. 1 und 3 AufenthG ist, dass der Täter eine Handlung vornimmt, mit der er nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zu einer Förderung der in Aussicht genommenen Bezugstat ansetzt; insofern kommt es entscheidend darauf an, wie weit sich der Täter bereits dem von ihm anvisierten Unterstützungserfolg angenähert und durch sein Handeln eine Gefahr für das betroffene Rechtsgut begründet hat.

2. Die Strafbarkeitserweiterung des § 96 Abs. 4 AufenthG erfasst Fälle der (versuchten) Hilfeleistung bei einer unerlaubten Einreise oder einem unerlaubten Aufenthalt grundsätzlich nur, wenn der Täter ein Schleusermerkmal nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a AufenthG erfüllt, er also für seine Tat einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt, der überdies bei der Hilfeleistung zu einem unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ein Vermögensvorteil sein muss. Bei Vorliegen allein eines der Schleusermerkmale des § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b AufenthG ist eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG wegen (versuchter) Hilfeleistung bei einer unerlaubten Einreise allerdings möglich, wenn der Täter eines der Qualifikationsmerkmale des § 96 Abs. 2 Nr. 1, 2 oder 5 AufenthG verwirklicht.

188. BGH 5 StR 351/22 – Urteil vom 8. Dezember 2022 (LG Hamburg)

Billigung der kurzzeitigen Lagerung von Betäubungsmitteln in der Wohnung des Angeklagte (kein Besitzwille; Beihilfe zum Handeltreiben; Tatförderung durch positives Tun; keine Garantenstellung):

§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 13 StGB

1. Besitz im Sinne des Betäubungsmittelrechts setzt ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis und einen Besitzwillen voraus, der darauf gerichtet ist, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten. Besitzer im betäubungsmittelrechtlichen Sinne ist dabei

nicht nur ein Eigenbesitzer. Auch ein Fremdbesitzer, der die tatsächliche Verfügungsgewalt für einen anderen ausübt und keine eigene Verfügungsgewalt in Anspruch nehmen will, besitzt die Betäubungsmittel; das gilt insbesondere für den Verwahrer.

2. Indes trägt allein die bloße Billigung der kurzzeitigen Lagerung in der Wohnung des Angeklagten nicht ohne Weiteres die rechtliche Wertung, er sei Besitzer der Betäubungsmittel gewesen (vgl. bereits BGH HRRS 2022 Nr. 658). Das gilt insbesondere dann, wenn die Betäubungsmittel durch einen Dritten ohne Mitwirkung und Kenntnis des Angeklagten in die Wohnung verbracht und der Angeklagte sie dort zu keinem Zeitpunkt inspizierte oder

anderweitig anfasste sowie den Dritten dazu aufforderte, die Betäubungsmittel wegzuschaffen.

3. Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch die Billigung der kurzzeitigen Lagerung in der Wohnung des Angeklagten setzt eine die Handelstätigkeit objektiv fördernde Unterstützungshandlung durch positives Tun oder eine Garantenstellung voraus. Mit Blick auf die Voraussetzungen einer Garantenstellung ist insoweit zu bedenken, dass ein Wohnungsinhaber hat grundsätzlich nicht die Rechtspflicht, gegen ein von ihm bemerktes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch Dritte in seiner Wohnung einzuschreiten (vgl. BGH HRRS 2021 Nr. 1236 m.w.N.).

Aufsätze und Anmerkungen

Verpasste Chancen beim Tatbestand der Freiheitsberaubung

Anmerkung zu BGH HRRS 2022 Nr. 801

Von Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Bielefeld *

Die hier zu besprechende Entscheidung des Bundesgerichtshofs widmet sich sehr grundlegend dem Tatbestand der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB). Dabei sind zwei dogmatische Problemschwerpunkte auszumachen. Erstens nimmt der Senat in einiger Ausführlichkeit Stellung zur altbekannten (und streitigen) Frage nach dem Schutzgut von § 239 StGB (unter I.). Darüber hinaus stellen sich anspruchsvolle Fragen hinsichtlich eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses, die sich noch einmal dadurch verkomplizieren, dass sich die Frage nach dem Schutzgut mit den Voraussetzungen eines Einverständnisses vermengt (unter II.).

I.

Beim Versuch, das Schutzgut des § 239 StGB zu bestimmen, gärt es bereits seit langem. Hier stehen sich zwei Ansichten mehr oder minder unversöhnlich gegenüber, die die Frage, ob und inwieweit ein aktueller

Fortbewegungswille beim Opfer beeinträchtigt werden muss, traditionell unterschiedlich beantworten. Die (wohl) h.M. und mit ihr der BGH in der vorliegenden Entscheidung (Rn. 20 ff.) verneint dies und sieht schon die potentielle Fortbewegungsfreiheit als von § 239 StGB geschützt an (sog. Potentialitätstheorie).¹ Nach dieser Ansicht wäre es für den Tatbestand des § 239 StGB unerheblich, ob sich das Opfer in der Tatsituation tatsächlich fortbewegen wollte bzw. den Angriff auf seine Fortbewegungsfreiheit überhaupt sinnlich wahrnimmt. Begründet wird dies im Wesentlichen (und zuvorderst) damit, dass die Freiheit einer Person ein besonders hervorgehobenes und wichtiges Rechtsgut sei, das einen umfassenden Schutz erfordere.² Eine – wie es heißt – im „Vordringen begriffene“³ oder „zunehmend vertretene“⁴ Gegenauffassung (sogar der Senat anerkennt eine „im Schrifttum weit verbreitete Meinung“; Rn. 21) will dagegen (nur) die aktuell-tatsächliche Fortbewegungsfreiheit als Schutzgut für den Tatbestand der Freiheitsberaubung akzeptieren (sog.

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht (einschl. Wirtschafts- und Medizinstrafrecht), Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Universität Bielefeld.

¹ BGHSt 14, 314 (316); 32, 183 (188); MüKoStGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. (2021), § 239 Rn. 7; LK/Schluckebier, 12. Aufl. (2014), § 239 Rn. 1; Kargl JZ 1999, 72, 75 ff.; Küper/Zopfs, Strafrecht BT, 11. Aufl. (2022), Rn. 237. Vgl. auch Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. (2019), § 239 Rn. 1. Aus dem neueren Schrifttum mit zahlreichen Nachweisen zur

Diskussion auch Schumann, Das mittels List erschlichene Einverständnis im Rahmen des § 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB, 2018, S. 92 f.

² Geppert/Bartl Jura 1985, 221, 222.

³ MüKoStGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. (2021), § 239 Rn. 4.

⁴ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. (2019), § 239 Rn. 1; ders. JuS 2022, 1076, 1077. Vgl. auch Matt/Renzikowski/Eidam, 2. Aufl. (2020), § 239 Rn. 2.

Aktualitätstheorie).⁵ Tatbestandliches Unrecht würde nach dieser Sicht der Dinge nur vorliegen, wenn ein aktuell vorhandener Wille des Opfers zur Ortsveränderung missachtet würde, das Opfer die Tathandlung also auch bemerkt. Auch der Verfasser dieser Zeilen hat sich bereits seit geraumer Zeit für die im Vordringen befindliche Gegenauffassung ausgesprochen, wonach der Tatbestand der Freiheitsberaubung nur dann als erfüllt anzusehen ist, wenn ein aktueller Fortbewegungswille des Opfers beeinträchtigt wird.⁶ Der BGH vertritt (und verteidigt) freilich in bisher nicht bekannter Ausführlichkeit⁷ die Gegenansicht (die Potentialitätstheorie). Allerdings überzeugt die diesbezügliche Argumentation kaum.⁸ Viele Argumente, die angeführt werden, sind aus der vergangenen Diskussion bereits bekannt. Schon der Wortlaut, auf den der Senat eingangs rekurriert (Rn. 23), erweist sich bei einem differenzierten Blick als zweischneidig. Denn gerade der Blick auf die Handlungsmodalität des auf andere Weise der Freiheit Beraubens (als allgemeinere Tathandlungsalternative) legt bei sachgemäßer Auslegung doch eher eine Begehungsweise nahe, die notwendig ist und vom Opfer bemerkt wird.⁹ § 239 StGB sollte deshalb als Verletzungsdelikt und nicht (wie es die h.M. insinuiert) als Gefährdungsdelikt aufgefasst werden.¹⁰ Eine systemwidrige Umdeutung des § 239 StGB in ein Gefährdungsdelikt hätte zudem auch noch eine weitere, höchst widersprüchliche und systemwidrige Kehrseite, die in der vergangenen Debatte – und zwar völlig zu Recht – stets eine herausragende argumentative Rolle gespielt hat.¹¹ Sie führt – macht man sich an dieser Stelle einmal dogmatisch ehrlich – in den Konstellationen eines nur potentiell vorhandenen Fortbewegungswillens zu einer kaum vermittelbaren (und mitunter willkürlich anmutenden¹²) Vorverlagerung der Vollendungsstrafbarkeit hinein in den (mittlerweile gem. Abs. 2 ebenfalls strafbewehrten) Bereich, der typischerweise dem Versuchsunrecht vorbehalten ist, und nimmt einem Täter damit unter Umständen die Möglichkeiten eines strafbefreienden Rücktritts gem. § 24 StGB.¹³ Auch der Rekurs auf den (mitunter verfassungsrechtlich verankerten) hohen Stellenwert der Fortbewegungsfreiheit (Rn. 24) vermag an dieser Sicht der Dinge nichts zu ändern und führt auch nur bedingt weiter. Denn bei allem Verständnis für den hohen Stellenwert des hier einschlägigen Schutzguts bleibt es schlechterdings unzulässig, den Tatbestand des § 239 StGB contra legem zu überdehnen.¹⁴ Und letztlich: Auch das, was der BGH als „systematische Erwägungen“ (Rn. 24) hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses

zwischen § 239 StGB und § 240 StGB anführt, ist alles andere als zwingend.¹⁵ Man kann die Nähe zu § 240 StGB nämlich auch ganz anders deuten, wenn man bedenkt, dass § 240 StGB doch gerade den aktuellen und eben nicht nur den potentiellen Willen des Opfers berücksichtigt.¹⁶ Anders gewendet: § 240 StGB schützt nicht nur ein fiktiv vermutetes beliebiges Willenspotential, sondern setzt das Brechen eines tatsächlichen Willens (Stichwort: Nötigungserfolg) voraus.¹⁷ Der vom BGH bemühte Vergleich zu § 240 StGB trägt deshalb nicht wirklich.

II.

Der eigentliche Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung betrifft im Folgenden dann die Problematik eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses. Hier geht der Senat von vornherein und in der Sache völlig zutreffend davon aus, dass man für die Fragen rund um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis einen näheren Blick auf das Schutzgut des § 239 StGB werfen muss.¹⁸ Im Folgenden und unter Berücksichtigung dieses Wechselwirkungsverhältnisses verkündet der Senat dann aber wie selbstverständlich zwei ganz grundlegende Annahmen, die bei näherem Hinsehen so überhaupt nicht zusammenpassen. Erstens schließt man sich der weit überwiegenden und deshalb vorherrschenden Ansicht an, wonach ein zustimmender Wille des Rechtsgutsinhabers bei § 239 StGB tatbestandsausschließend wirkt (sog. Einverständnis; Rn. 28). So weit so gut. Und zweitens wird als Bezugspunkt für ein solch tatbestandsausschließendes Einverständnis (im Einklang mit dem zuvor ausgegebenen Schutzzweck des § 239 StGB) der potentielle Fortbewegungswille des Opfers ausgemacht.

Beide Annahmen in Kombination sind in der Sache nicht nur problematisch, sondern auch widersprüchlich.

Dass ein zustimmender Opferwille bereits auf Ebene des Tatbestands zu berücksichtigen ist, entspricht – wie gesagt – dem ganz überwiegenden Verständnis für § 239 StGB.¹⁹ Aber warum ist das so? Wesentlich für diese Annahme ist eine auf *Geerds*²⁰ zurückgehende Differenzierung zwischen (tatbestandsausschließendem) Einverständnis und (rechtfertigender) Einwilligung. Zumeist liest man im Schrifttum die folgende Begründung für die Berücksichtigung eines zustimmenden Opferwillens schon auf Ebene des Tatbestands: § 239 StGB setze bereits tatbestandlich einen

⁵ Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 239 Rn. 4 f.; BeckOK-StGB/Valerius, 55. Edition (1. November 2022), § 239 Rn. 7; NK-StGB/Sonnen, 5. Aufl. (2017), § 239 Rn. 8; AnW-StGB/Zimmermann, 3. Aufl. (2020), Rn. 1; HKGesStR/Lenz, 5. Aufl. (2022), § 239 Rn. 1; Park/Schwarz Jura 1995, 294, 295 f.

⁶ Matt/Renzikowski/Eidam, 2. Aufl. (2020), § 239 Rn. 2; ders., JuS 2010, 869, 870.

⁷ Vor der hiesigen Entscheidung wurde der Standpunkt der h.M. kaum substantiiert begründet (so Küper/Zopfs, Strafrecht BT, 11. Aufl. [2022], Rn. 236). Bislang waren hier nur „äußerst sparsam begründete“ Ausführungen an der Tagesordnung (so zutreffend Zimmermann NStZ 2022, 680).

⁸ So auch Kudlich/Schütz NJW 2022, 2425.

⁹ Zimmermann NStZ 2022, 680 mit Verweis auf Bloy.

¹⁰ Vgl. hierzu auch Bloy ZStW 96 (1984), 703, 720.

¹¹ Kargl JZ 1999, 72, 73.

¹² Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 239 Rn. 4.

¹³ Matt/Renzikowski/Eidam, 2. Aufl. (2020), § 239 Rn. 2.

¹⁴ Park/Schwarz Jura 1995, 294, 295.

¹⁵ Überzeugend: Zimmermann NStZ 2022, 680. Vgl. auch Kudlich/Schütz NJW 2022, 2425.

¹⁶ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. (2019), § 239 Rn. 1. Kritisch zu diesem Argument aber Kargl JZ 1999, 72, 78.

¹⁷ Geppert/Bartl Jura 1985, 221, 223.

¹⁸ So auch Eisele JuS 2022, 1076, 1076.

¹⁹ BGH NJW 1993, 1807; Wessels/Hettinger/Engländer, BT/1, 46. Aufl. (2022), Rn. 348; Küper/Zopfs, Strafrecht BT, 11. Aufl. (2022), Rn. 237; MüKoStGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. (2021), § 239 Rn. 36; BeckOK-StGB/Valerius, 55. Edition (1. November 2022), § 239 Rn. 5; Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. (2019), § 239 Rn. 8.

²⁰ Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953, passim; Geerds GA 1954, 262 ff.

entgegenstehenden Willen des Opfers voraus, so dass hier allein ein tatbestandsausschließendes Einverständnis (in Abgrenzung zur rechtfertigenden Einwilligung) relevant werden könne.²¹ Oder anders ausgedrückt: Da sich eine Tathandlung stets gegen den Fortbewegungswillen richten muss, schließt ein Einverständnis richtigerweise bereits den Tatbestand aus.²² Für beide Argumentationsbeispiele ist also ein Handeln gegen den (aktuell bestehenden) Willen des Opfers maßgeblich und zentral. Allerdings gilt es diesen Befund noch einmal zu präzisieren. Denn von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis soll nicht nur auszugehen sein, wenn der Tatbestand strukturell ein Handeln gegen den Willen des Rechtsgutsträgers voraussetzt. Das wäre sicherlich die klarere Variante. Auch schon ein strukturell im Tatbestand angelegtes Handeln *ohne* den Willen des Opfers soll für die Berücksichtigung des Opferwillens auf Ebene des Tatbestands ausreichen und wird ganz überwiegend dem Handeln *gegen* den Willen gleichgestellt. So heißt es an entsprechender Stelle bei Heger etwa, dass bei § 239 StGB ein sog. Einverständnis schon den Tatbestand ausschließe, weil die Begriffe des Beraubens und des Einsperrens ein Handeln *gegen* oder *ohne* den Willen des Betroffenen erfordern.²³ Diese Annahme stimmt nicht nur mit zahlreichen Stimmen des neueren Schrifttums²⁴, sondern auch exakt mit den seinerzeitigen Vorgaben von Geerds überein. Er formulierte anschaulich wie folgt:

„Demgegenüber wäre ein Einverständnis als derjenige Fall zustimmenden Willens des Verletzten aufzufassen, der die tatbestandsmäßige Vollendung einer Straftat ausschließt. Hier haben wir es also mit solchen Straftatbeständen zu tun, deren Tatbestandsbeschreibung Handeln wider bzw. ohne den tatsächlichen Willen des Verletzten voraussetzt.“²⁵

Nun erscheint es einigermaßen klar, dass der Tatbestand des § 239 StGB keinen entgegenstehenden Willen des Opfers voraussetzt, wenn man der Potentialitätstheorie folgt. Denn nach dieser Ansicht ist ein entgegenstehender Wille beim Opfer für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen überhaupt nicht erforderlich. Damit könnte man ernsthafte Zweifel hegen, ob die Potentialitätstheorie überhaupt mit der überwiegend gegebenen Begründung die Möglichkeit eines Einverständnisses auf Tatbestands-ebene tragfähig begründen kann. Otto hat dies in der Vergangenheit bereits prominent hinterfragt. Er argumentiert, dass es für die h.M. grob inkonsequent sei, ein Einverständnis auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen, eben weil sie die Freiheitsberaubung nicht als Willensbruchdelikt (im engeren Sinne) begrreift und deshalb

auch kein Handeln gegen den Willen des Opfers voraussetzt.²⁶ Die Potentialitätstheorie müsse den zustimmenden Opferwillen vielmehr als rechtfertigende Einwilligung begreifen.²⁷ Das hat im Vorfeld auch schon Geerds für die Freiheitsberaubung so vertreten, da die Tathandlung des § 239 StGB – wie er schreibt – „nicht vom Willen des Betroffenen abhängt“.²⁸ In neuerer Zeit wird ganz in diesem Sinne – insbesondere von Fischer²⁹ und von Valerius³⁰ – der nachvollziehbare Vorwurf erhoben, dass die Anerkennung eines möglichen tatbestandsausschließenden Einverständnisses mit dem Schutzkonzept der herrschenden Potentialitätstheorie schlichtweg unvereinbar ist. Wenn bereits die bloße Möglichkeit geschützt wird, einen Fortbewegungswillen zu bilden, dann hätte dies die konsequente Folge, dass es für den Tatbestand auf die tatsächliche Willensbetätigung des Betroffenen überhaupt nicht mehr ankommt. Der aktuelle Wille des Opfers hätte somit nur noch eine Bedeutung für die Rechtswidrigkeit der Tat.³¹

Neuerdings wird versucht, die Potentialitätstheorie entgegen solchen Einwänden doch wieder mit der Figur des tatbestandsausschließenden Einverständnisses mittels des Hinweises zu versöhnen, dass ein Täter, bei dessen Opfer es auf eine Willensbildung überhaupt nicht ankomme, möglicherweise nicht gegen den Willen seines Opfers handeln könne. Er handele aber zumindest (und zwar regelmäßig) *ohne* den Willen des Betroffenen³², was für eine Berücksichtigung eines Einverständnisses auf Tatbestands-ebene ausreichend wäre. Letzteres ist zutreffend (s.o.). Allerdings trägt diese Argumentation nicht wirklich. Sie verkennt, dass mit der Potentialitätstheorie der h.M. noch nicht einmal ein Handeln ohne den Willen des Opfers als leitend ausgegeben werden kann. Eine konsequente Anwendung der Potentialitätstheorie hat zur Folge, dass die Bedeutung des Opferwillens für die Rechtsgutsverletzung gänzlich eliminiert wird.³³ Sie macht die Erfüllung des Tatbestands ausschließlich von der Herbeiführung äußerer Umstände abhängig.³⁴ Und wo ein Opferwille im Ergebnis aus jedweder theoretischer Betrachtung verbannt wird, dort lässt sich ein Opferwille nicht einfach wieder zurückbeordern, um ein Handeln *ohne* den Willen des Betroffenen als Argument zur Verfügung zu stellen.

Es bleibt also im Ergebnis dabei: Das Schutzgutskonzept der Potentialitätstheorie und ein Lozieren des zustimmenden Opferwillens als tatbestandsausschließendes Einverständnis passt im System des § 239 StGB einfach nicht zusammen und ist nicht miteinander zu vereinbaren. So erübrigt sich auch die Folgefrage danach, ob ein

²¹ Geppert JuS 1975, 384, 386. Ebenso der Sache nach LK/Schluckebier, 12. Aufl. (2014), § 239 Rn. 31 (spricht allerdings von einer Einwilligung auf Tatbestandsebene).

²² Eisele JuS 2022, 1076, 1077.

²³ Lackner/Kühl/Heger/Heger, 30. Aufl. (2023), § 239 Rn. 5.

²⁴ Wessels/Hettinger/Engländer, BT/1, 46. Aufl. (2022), Rn. 348; MüKoStGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. (2021), § 239 Rn. 36; BeckOK-StGB/Valerius, 55. Edition (1. November 2022), § 239 Rn. 5.

²⁵ Geerds ZStW 72 (1960), 42, 45.

²⁶ Otto, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. (2005), § 28 Rn. 9. Bosch Jura 2012, 604, 605 spricht in Fn. 5 insoweit von „gerechtfertigten Bedenken“ Ottos.

²⁷ Otto, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. (2005), § 28 Rn. 9.

²⁸ Geerds ZStW 72 (1960), 42, 62.

²⁹ Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 239 Rn. 4.

³⁰ BeckOK-StGB/Valerius, 55. Edition (1. November 2022), § 239 Rn. 6.

³¹ BeckOK-StGB/Valerius, 55. Edition (1. November 2022), § 239 Rn. 6. Ebenso mit in der Sache übereinstimmender Argumentation Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 239 Rn. 4.

³² Schumann, Das mittels List erschlichene Einverständnis im Rahmen des § 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB, 2018, S. 159.

³³ Bloy ZStW 96 (1984), 703, 720.

³⁴ Bloy ZStW 96 (1984), 703, 720.

durch List erschlichenes Einverständnis Wirksamkeit entfalten kann.³⁵

III.

Am Ende dieser Betrachtungen muss ein eher ernüchterndes Fazit stehen. Der Bundesgerichtshof verpasst in der vorliegenden Entscheidung leider die weitreichende

Chance, das Konzept des Schutzguts mit der allgemeinen Annahme, ein Einverständnis wirke bei § 239 StGB tatbestandsausschließend, zu versöhnen. Erst auf einer solchen Basis hätten die Ausführungen zu einem durch List erschlichenen Einverständnis überzeugen können. Leider verschwimmen zentrale dogmatische Fragen des § 239 StGB nun weiterhin auf einem unsicheren und von Widersprüchen gekennzeichneten Fundament.

Aufsätze und Anmerkungen

Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit – taugliche Argumente der Strafverteidigung?

Von RAin Dr. Hellen Schilling, Frankfurt am Main*

„Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit – taugliche Argumente der Strafverteidigung?“ lautet der Titel meines Vortrags, als Frage formuliert. Auch der von den Veranstaltern gewählte Zusatz „Wenn Du gar nichts anderes mehr hast ...?“ ist mit einem Fragezeichen versehen.

Stimmt das? Ist die Berufung auf die fehlende Bestimmtheit einer Strafnorm oder die Unverhältnismäßigkeit eines Gesetzes oder einer prozessualen Maßnahme in der Verteidigung ein Ausdruck von Verzweiflung und Kapitulation? „Wir könnten es allenfalls noch damit versuchen?“ – „Aber nein!“ möchte man rufen, sind doch die Grundsätze der Bestimmtheit und der Verhältnismäßigkeit zwei der vornehmsten verfassungsrechtlichen Prinzipien, vor denen sich das Strafverfahren zu rechtfertigen hat.

In den Worten des Bundesverfassungsgerichts bedeutet das Bestimmtheitsgebot:

„Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Art. 103 Abs. 2 GG hat insofern freiheitsgewährleistende Funktion“¹.

Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 2 GG, dessen Verletzung mit einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) enthält – wie das Bundesverfassungsgericht formelhaft wiederholt – „für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Auslegung“. Zugleich soll ein „strenger Gesetzesvorbehalt

gewährleisten, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber abstrakt generell über Strafbarkeit entscheidet“². Den Gerichten ist es verwehrt, die Entscheidungen des Gesetzgebers zu korrigieren,³ der Wortlaut ist die äußerste Grenze der Auslegung.⁴

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat eine nicht minder gewichtige rechtsstaatliche Funktion. Das Bundesverfassungsgericht betont:

„Staatliches Strafen ist auf mehreren Ebenen der aus dem Rechtsstaatsprinzip geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen: Auf der Normebene die Strafbewehrung als solche und das angedrohte Strafmaß, auf der Ebene des Straferkenntnisses die Zumessung der Strafe nach dem Maß der Schuld und der Strafbedürftigkeit. Auch die dazwischenliegende Entscheidung über die Strafverfolgung ist einer solchen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen.“⁵

Die „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn“ verlangt als „Übermaßverbot“ eine kritische Angemessenheitsprüfung: Als geeignet und erforderlich erkannte Maßnahmen sind

„einer gegenläufigen Kontrolle mit Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel der Strafverfolgung und Bestrafung unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen

³⁵ Hierzu differenzierend Matt/Renzikowski/Eidam, 2. Aufl. (2020), § 239 Rn. 14.

* Um Nachweise ergänzter und geringfügig angepasster Vortrag auf der 11. WisteV Herbsttagung am 30.9.2022 an der Bucerius Law School in Hamburg. Die Autorin ist Rechtsanwältin/Fachanwältin für Strafrecht und Partnerin der auf das

Wirtschafts- und Steuerstrafrecht ausgerichteten Kanzlei kempf schilling + partner PartGmbH in Frankfurt am Main.

¹ BVerfGE 126, 170, Rn. 70 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656.

² BVerfGE 126, 170, Rn. 69 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656.

³ BVerfGE 92, 1, 13.

⁴ BVerfGE 126, 170, Rn. 77 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656.

⁵ BVerfGE 92, 277, 326.

Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen.“⁶

Das hört sich vielversprechend an. Und doch: Die Statistik lässt die Berufung auf diese Prinzipien – um zur Ausgangsfrage zurückzukommen – eher als einen letzten Versuch, denn als valide Verteidigungsposition erscheinen:

So führt eine Auswertung der auf „HRR-Strafrecht“ veröffentlichten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts der letzten 15 Jahre (also seit 2008), in denen ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG geltend gemacht wurde, zu 45 Entscheidungen. Nur in fünf Fällen stellte das Bundesverfassungsgericht auf eine Verfassungsbeschwerde hin einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot bzw. das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG fest.⁷ Bei einer sechsten wurde ein Verstoß zwar „jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen“⁸, was zu einer mehrfach verlängerten einstweiligen Anordnung führte, letztlich wurde § 6a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG jedoch für verfassungskonform erklärt.⁹ Die Mehrheit dieser Verstöße wurde in den Jahren 2008 bis 2012 festgestellt. Danach erging nur noch eine Entscheidung, die einen Verstoß ausmachte, und zwar in einem Normenkontrollverfahren.¹⁰

Dass das Bundesverfassungsgericht eine Strafvorschrift des – den meisten von uns wahrscheinlich erst und nur in diesem Zusammenhang begegneten – „Rindfleischetikettierungsgesetzes“ als verfassungswidrig „gekippt“ hat,¹¹ war daher bemerkenswert und wurde teilweise als *turning point* gesehen.¹² Würden nun in einem Dominoeffekt die kaskadenartigen Strafnormen des sog. Nebenstrafrechts reihenweise umfallen? Ein solcher Trend ist nicht ersichtlich. Nicht zuletzt der Beschluss zum Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, LFGB), dessen – strukturell durchaus ähnliche¹³ – Strafvorschrift als mit Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar angesehen wurde,¹⁴ hat insoweit Ernüchterung gebracht.

Woran liegt das?

Zunächst einmal wird man einräumen müssen: Es „wimmelt“ nicht von Verfassungsverstößen. Nicht jede Strafdrohung, die sich außerhalb des sog. Kernstrafrechts bewegt, ist zu unbestimmt und nicht bei jedem Mandanten, der sich „hart und ungerecht“ behandelt fühlt, wird ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorliegen. Um Verfassungsprinzipien nicht erodieren zu lassen

und den Mandanten seriös zu beraten, muss auch und gerade in der Verteidigung genau hingesehen und kritisch geprüft werden.

I. Bestimmtheitsgebot

In Bezug auf das Bestimmtheitsgebot lassen sich m.E. drei „Phänomene“ ausmachen:

1. „Heilung“ durch das „Präzisierungsgebot“;
2. Etablierung von Erkundigungspflichten;
3. Hohe Zulässigkeitsanforderungen an Normenkontrollverfahren.

1. Zum „Präzisierungsgebot“

Im Leben kommt es oft anders, als man denkt. Das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit von der „Vielfältigkeit des Lebens“¹⁵ und sieht darin gleichsam den natürlichen Feind der Bestimmtheit – mit erheblichen Konsequenzen:

Um nicht der Gefahr zu erliegen, „dass die Gesetze zu starr und kasuistisch würden und dem Wandel der Verhältnisse nicht mehr gerecht werden könnten“¹⁶, wird das Bestimmtheitsgebot unter den Vorbehalt des Möglichen bzw. des Für-Möglich-Gehaltenen gestellt und Bestimmtheit als „größtmögliche Bestimmtheit“ quantifiziert. Dabei soll sich auch der jeweilige Bestimmtheitsgrad nicht allgemein, sondern „nur im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen“¹⁷ bestimmen lassen. Dadurch wird bestimmte Bestimmtheit zu relativer Bestimmtheit.

Zugleich wird der Anspruch an die Vorhersehbarkeit von Strafbarkeit erheblich abgesenkt: In den sich selbstreferentiell wiederholenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts heißt es in diesem Zusammenhang, das Bestimmtheitsgebot verlange, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass „die Normadressaten *im Regelfall* bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“¹⁸. So wird der Grundsatz der Bestimmtheit zu grundsätzlicher Bestimmtheit – Ausnahmen impliziert.

⁶ Vgl. etwa BVerfGE 90, 145, Rn. 156.

⁷ BVerfG NJW 2013, 365 = HRRS 2012 Nr. 1043; BVerfGE 130, 1 = HRRS 2012 Nr. 27; BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfG NJW 2010, 754 = HRRS 2010 Nr. 66; BVerfG NJW 2008, 3627 = HRRS 2008 Nr. 830.

⁸ BVerfG 2 BvR 542/09, Beschluss v. 23. Juli 2009 = HRRS 2009 Nr. 656, Rn. 10.

⁹ Vgl. BGHSt 53, 45 = HRRS 2009 Nr. 178; BGH 1 StR 354/08, Beschluss v. 5. Februar 2009 = HRRS 2009 Nr. 227; BVerfG 2 BvR 542/09, Beschlüsse v. 14. Januar 2010, v. 14. Juli 2010, v. 15. Dezember 2010, v. 10. Juni 2011, v. 16. Juni 2011 = NJW 2011, 3778 = HRRS 2011 Nr. 1128.

¹⁰ BVerfGE 143, 38 = HRRS 2016 Nr. 1112 (Rindfleischetikettierungsgesetz).

¹¹ BVerfGE 143, 38 = HRRS 2016 Nr. 1112; Anm. Cornelius NSTz 2017, 682 ff.

¹² *Bülte* BB 2016, 3075, hat dem Beschluss gar die Kraft zugesprochen, „einige Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts aus den Angeln zu heben“.

¹³ Vgl. *Herz* NZWiSt 2020, 253 m.w.N.

¹⁴ BVerfGE 153, 310, Rn. 69 = HRRS 2020 Nr. 549.

¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 4, 352, 357; 14, 245; 28, 175; BGHSt 30, 285, 287; weitere Rspr.-Nachw. etwa bei *Krahl*, Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (1986), S. 266, 304 ff.; *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwK-StGB*, 3. Aufl. (2020), § 1, Rn. 20.

¹⁶ BVerfGE 126, 170, Rn. 72 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656.

¹⁷ BVerfGE 126, 170, Rn. 74 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656.

¹⁸ BVerfGE 126, 170, Rn. 71 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656 (ohne Hervorhebung im Original).

Gesetzliche „Randunschärfen“¹⁹ werden als unvermeidbar deklariert und toleriert. Zulässig sind etwa auch Begriffe, die allgemein, normativ und „wie unbestimmte Rechtsbegriffe wertausfüllungsbedürftig sind, und damit in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen“, Generalklauseln und Verweise auf außerstrafrechtliche Normen, die ihrerseits nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz unterliegen.²⁰

Zu helfen ist die Rechtsprechung berufen. Sie treffe, wie das Bundesverfassungsgericht in der „Untreue-Entscheidung“ Mitte 2010 erstmals in dieser Deutlichkeit ausgeführt hat, ein sog. Präzisionsgebote, tatsächlich aber eine „Pflicht“, die vor allem bei solchen Tatbeständen bestehe, „die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen (...) verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat“ und von einer „besonderen Verpflichtung“ in „Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung einer Norm gewinnen lässt“²¹. Damit geht das Bundesverfassungsgericht über frühere Ansätze hinaus, die Bestimmtheit mit Verweis auf eine „gefestigte“ Rechtsprechung zu begründen.²²

Ob der Gesetzgeber die Grenzen des Zulässigen eingehalten hat, soll sich wiederum danach bestimmen, ob der entsprechende Tatbestand eine „konkretisierende Auslegung zulasse“²³, welche die Rechtsprechung in „langjähriger Praxis umgesetzt“ und die sich „in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion als tragfähig erwiesen hat“²⁴. Damit wird Bestimmtheit zu Bestimmbarkeit.

Abgesichert werden soll diese – unter Gewaltenteilungsaspekten durchaus fragwürdige – Aufgabenteilung zwischen Legislative und Judikative durch eine erhöhte verfassungsrechtliche Kontrolldichte: Das Bundesverfassungsgericht habe insofern, über eine bloße Vertretbarkeitsprüfung hinaus, sowohl die „Überschreitung der Grenzen des Strafgesetzes“ als auch die „Konturierung und Präzisierung ihres Inhalts“ durch die Fachgerichte zu überprüfen.²⁵

Zudem formuliert der „Untreue-Beschluss“ einen konkreten Arbeitsauftrag, der zugleich Prüfungsmaßstab ist: Die

Bildung „fallgruppenspezifischer Obersätze“²⁶. Was das Strafgesetz nicht kann, soll eine in Fallgruppen sortierte Kasuistik leisten, wobei offen bleibt, welchen Grad an Festigkeit die insoweit vorausgesetzte „gefestigten Rechtsprechung“ aufweisen muss.²⁷ Ob eine „ständige Rechtsprechung“ etwa – wie der Bundesgerichtshof in Zivilsachen einmal entschieden hat²⁸ – bereits beim Vorliegen einer abweichenden Entscheidung nicht mehr anzunehmen ist, lässt sich dem Beschluss nicht entnehmen. Maßstäbe, wie sie etwa im anglo-amerikanischen Case-law entwickelt worden sind,²⁹ gibt es nicht.

2. Etablierung von Erkundigungspflichten

In dem Beschluss zum LFGB hat das Bundesverfassungsgericht einen anderen Weg gewählt, um die Norm vor der Verfassungswidrigkeit zu bewahren: Das „normative Leitbild eines sach- und fachkundigen Normadressaten“, gekoppelt mit individuellen Erkundigungspflichten, „unter Umständen durch fachkundige Beratung“.³⁰

Sollen insoweit dieselben Maßstäbe gelten, wie bei der Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, sieht es für den Betroffenen meist „mau“ aus. Als Beispiel aus meiner Praxis mag insoweit ein ungelernter Kraftfahrer dienen, der in Deutschland urheberrechtlich geschützte Designreplikate in Italien abgeholt und deutschen Kunden ausgeliefert hat. Der 1. Strafsenat sah sich nicht imstande, die damit verbundenen äußerst komplexen unionsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung der den freien Warenverkehr regelnden Art. 34, 36 AEUV selbst zu entscheiden und legte die Sache dem EuGH vor.³¹ Nach der Entscheidung aus Straßburg wurde das einstweilen ausgesetzt Strafverfahren fortgesetzt und dem Betroffenen mitgeteilt, ein Verbotsirrtum sei vor allem deshalb vermeidbar gewesen, weil die einbezogenen Auskunftspersonen – darunter immerhin Fachanwälte für Urheberrecht – nicht die Gewähr für eine verlässliche Auskunft geboten hätten und das erstellte Gutachten lediglich eine „Feigenblattfunktion“ erfüllt habe.³²

Unabhängig von derartigen Einzelfällen begegnet es jedoch grundlegenden Bedenken, die Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm von individuellen Fähigkeiten und der Inanspruchnahme mehr oder weniger fachkundiger

¹⁹ BVerfGE 126, 170, Rn. 75 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656.

²⁰ BVerfGE 126, 170, Rn. 73 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656.

²¹ BVerfGE 126, 170, Rn. 80 m.w.N. = HRRS 2010 Nr. 656.

²² In BVerfGE 93, 266, 292 hat das BVerfG die Bestimmtheit des Beleidigungsbegriffs (auch) damit begründet, das Merkmal habe durch eine „über hundertjährige und im wesentlichen einhellige Rspr. einen hinreichend klaren Inhalt erlangt“, ohne daraus jedoch einen Konkretisierungsauftrag abzuleiten; ähnlich auch BVerfGE 26, 41, 43; zu früheren Ansätzen vgl. auch Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), AnwK-StGB, 3. Aufl. (2020), § 1, Rn. 20.

²³ Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht (2005), S. 449, und Kuhlen, in: Festschrift für Otto (2007), S. 89, 104, sehen in dieser Eignung bzw. im Bestehen einer gefestigten Rechtsprechung ein „Indiz für eine von Anfang an bestehende Bestimmtheit“ der Norm.

²⁴ Vgl. BVerfGE 126, 170, Rn. 105 = HRRS 2010 Nr. 656.

²⁵ BVerfGE 126, 170, Rn. 81 = HRRS 2010 Nr. 656.

²⁶ BVerfGE 126, 170, Rn. 80 ff., 110 ff. = HRRS 2010 Nr. 656.

²⁷ Schulz, in: Festschrift für Roxin (2011), S. 305, 311, hält es für „pikant“, dass das Gericht dem Umstand einer gefestigten Rechtsprechung methodologischen Charakter zuspreche, zumal die Festigkeit ihrerseits definitionsbedürftig sei.

²⁸ BGHZ 18, 81, 83; scharfe Ablehnung bei Neumann ZStW 1991, 331, 335 m.w.N.: „Mit anerkannten Prinzipien der Rechtsquellenlehre unvereinbar“; zu Rechtswirkungen geänderter Rechtsprechung in Zivilsachen vgl. Olzen JZ 1985, 155 ff.

²⁹ So verpflichtet etwa die sog. *stare decisis-doctrine* die Gerichte, ihre Entscheidungen auf die bisherige Rechtsprechungstradition aufzubauen und sich mit dieser argumentativ auseinander zu setzen; vgl. Schlüchter, Mittlerfunktion der Präjudizien (1986), S. 71; Coing JuS 1975, 279 ff.

³⁰ BVerfGE 153, 310, Rn. 97 = HRRS 2020 Nr. 549.

³¹ EuGH C-5/11, Urteil v. 21. Juni 2012 = HRRS 2012 Nr. 1087.

³² Vgl. BGHSt 58, 15, Rn. 74, zum Verbotsirrtum vgl. Rn. 63 ff. = HRRS 2012 Nr. 1046.

Beratung abhängig zu machen. Während § 17 StGB im Rahmen individueller Schuld zu prüfen ist, sollte für die Maßgaben von Art. 103 Abs. 2 GG ein abstrakt-genereller Maßstab gelten.³³

3. Überhöhte Anforderungen an Normenkontrollverfahren

Fachgerichtlich erzwingen lässt sich ein konkretes Normenkontrollverfahren – etwa im Rahmen eines strafprozessualen Beschwerdeverfahrens – nicht. Art. 100 Abs. 1 GG verpflichtet jedoch Gerichte, zur Aussetzung des Verfahrens und zur Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wenn es ein entscheidungserhebliches Gesetz, für verfassungswidrig hält; ein Ermessen besteht insoweit nicht.³⁴

Die Anforderungen an eine Vorlage sind allerdings denkbar hoch, in der verfassungsrechtlichen Literatur werden die Begründungsanforderungen auch als „bis an die Grenze der Unerfüllbarkeit verschärft“, „verschiedentlich überzogen“ oder „übersteigert“ kritisiert.³⁵ Und tatsächlich hat die Vorlage hinsichtlich des LFGB durch das Landgericht Stade die vom Bundesverfassungsgericht errichteten Hürden, wie es in der Entscheidung heißt, „noch“ – also: gerade so eben – genommen,³⁶ während in den letzten Jahren mehrere Vorlagen im Zusammenhang mit der Bestimmtheit von Strafnormen – § 27 ChemG bzw. § 34, 33 AWG a.F. – daran gescheitert sind.³⁷

II. Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip

Der praktische Umgang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lässt sich anhand der veröffentlichten Rechtsprechung wahrscheinlich weniger gut ablesen. Im prozessualen Bereich wird die Unverhältnismäßigkeit eher gegenüber der Staatsanwaltschaft bzw. im ermittelungsrichterlichen Kontext gerügt, wenn es um die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung von Zwangsmaßnahmen geht, ggf. gefolgt von Beschwerdeverfahren.

Während sich – dies ist mein subjektiver Eindruck – in Haftsachen mit der Berufung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip eher „kein Blumentopf gewinnen lässt“, hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit vorläufigen Sicherungsmaßnahmen zur Vermögensabschöpfung das Gebot wiederholt betont.³⁸

Und gerade in diesem Kontext lässt sich eine bemerkenswerte Entwicklung – vielleicht ist es auch nur eine

Erscheinung – feststellen: Der „Ersatz“ strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen durch volatile Maßstäbe.

So ist die – zu Recht – als „inkonsequent und wenig verständlich“³⁹ disqualifizierte Vorschrift zur Dauer der Aufrechterhaltung von Sicherungsmaßnahmen des früheren § 111b Abs. 3 StPO a.F. zugunsten von „*allgemeinen Verhältnismäßigkeitsabwägungen*“ aufgehoben worden.⁴⁰ Anstelle des – in der Tat wenig glücklich formulierten – zeitlich abgestuften Systems ist mit der Reform der Vermögensabschöpfung im Jahr 2017 keine alternative Vorschrift getreten. Vielmehr enthält lediglich die Gesetzesbegründung einen Verweis auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip,⁴¹ nach anerkanntem verfassungsrechtlichem Verständnis also auf ein allgemeines Abwägungsprinzip zum möglichst schonenden Ausgleich kollidierender Interessen.

Das Vertrauen des Gesetzgebers auf die Wirkmacht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist bemerkenswert, m.E. aber verfassungsdogmatisch verfehlt:

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt die hohe Eingriffsintensität vorläufiger Vermögenssicherungsmaßnahmen betont, die sich vor der Unschuldsvermutung zu rechtfertigen haben.⁴² Für solche Grundrechtseingriffe verlangt der Vorbehalt des Gesetzes eine klare Ermächtigungsgrundlage: Die Grenzen grundrechtsrelevanten staatlichen Handelns müssen – selbst, wenn man mit der Rechtsprechung der Einziehung jeden Strafcharakter abspricht⁴³ – trennscharf definiert sein, sie müssen vorhersehbar und kontrollierbar sein.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung, für diese Aufgabe aber ungeeignet: Es ist Maßstab und Bezugspunkt für die Frage, ob eine Maßnahme zur Erreichung gerade dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Als Abwägungsprinzip hat es jedoch stets nur korrektive und befugnislimitierende, nicht jedoch befugnisbegründende Funktion.

Einen ähnlichen Mechanismus hat der Gesetzgeber in Bezug auf den Sicherungsgrund gewählt. Insoweit gibt es nunmehr in §§ 111b Abs. 1, 111e Abs. 1 StPO eigenständige strafprozessuale Regelungen. Dadurch entfällt der – aus verschiedenen Gründen unpassende – Verweis auf den „Arrestgrund“ i.S.v. § 917 ZPO in § 111d Abs. 2 StPO a.F. Dies ist an sich begrüßenswert. Fraglich ist jedoch, ob sich das in der Gesetzesbegründung ausgesprochene Vertrauen darauf, das Merkmal „zur Sicherung der Vollstreckung“ werde das Übermaßverbot absichern,⁴⁴ erfüllt. Auch insofern erscheint es im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes nicht unproblematisch, konkrete Tatbestands-

³³ Vgl. Herz NZWiSt 2020, 253, 255 m.w.N.

³⁴ Vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. (2022), Art. 100, Rn. 3.

³⁵ Vgl. Lechner/Zuck, BVerfGG, 8. Aufl. (2019), § 80, Rn. 31; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. (2020), Rn. 856.

³⁶ BVerfGE 153, 310, Rn. 54 = HRRS 2020 Nr. 549.

³⁷ Mit Beschluss v. 19. Juli 2017 – 2 BvL 4/17 = HRRS 2017 Nr. 988, hat das BVerfG eine Vorlage des AG Potsdam und mit Beschluss v. 5. Dezember 2017 – 2 BvL 12/17 = HRRS 2018 Nr. 1, eine Vorlage des KG als nicht hinreichend begründet und daher unzulässig verworfen.

³⁸ Vgl. etwa ThürOLG, Beschluss v. 27. Juli 2004 – 1 Ws 234-236/04, StV 2005, 90, 91 ff.; BVerfG 2 BvR 1822/04, Beschluss v. 7. Juni 2005 = HRRS 2005 Nr. 590, Rn. 39 f.; 2 BvR 1136/03, Beschluss v. 14. Juni 2004 = HRRS 2004 Nr. 546 Rn. 44 ff.

³⁹ Vgl. RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 49.

⁴⁰ Vgl. RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 75.

⁴¹ Vgl. RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 75.

⁴² Übersicht etwa bei Schilling StraFo 2011, 128, 130 ff.

⁴³ Grundl. BVerfGE 110, 1, Rn. 57 ff.; jüngst etwa BVerfGE 156, 354, Rn. 106 ff. = HRRS 2021 Nr. 280.

⁴⁴ RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 76.

voraussetzungen durch allgemeine Verhältnismäßigkeits-erwägungen zu ersetzen.

Sicher leistet die Neuregelung einen Beitrag zu der vom Gesetzgeber begrüßten „flexiblen Handhabung der Sicherungsinstrumente“⁴⁵, doch die Kehrseite jeder Flexibilisierung ist offensichtlich: In einem Stadium, in dem sich jeder staatliche Eingriff vor der Unschuldsvermutung zu rechtfertigen hat, sollte das Interesse an flexibler Einzelfallgerechtigkeit m.E. hinter Rechtssicherheit und -kontrollierbarkeit zurücktreten.

III. Abschließend

Die Prinzipien der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit sind wesentliche Garantien eines fairen und

rechtsstaatlichen Verfahrens. Sie gelten nicht deshalb, weil wir in einem Rechtsstaat leben oder leben wollen. Vielmehr ist der Staat – so viel Pathos darf sein – nur dann ein Rechtsstaat, wenn wesentliche Verfassungs- und Verfahrensgarantien eingehalten werden.

Kommt eine kritische und sorgfältige Prüfung zu dem Ergebnis, dass Verfassungsgarantien verletzt sind, sollte dies ernstgenommen, vorgetragen und – wiederum gründlich und im Ergebnis nicht unangemessen restriktiv – gerichtlich überprüft werden.

Aufsätze und Anmerkungen

Das Spannungsverhältnis zwischen konkretem Gefährdungsvorsatz und (bedingtem) Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz in der aktuellen Rechtsprechung

Kurzbeitrag zu BGH HRRS 2022 Nr. 1147

Von Dr. Anna Steins, Berlin*

I. Einleitung

Das Verhältnis zwischen konkretem Leibes- bzw. Lebensgefährdungsvorsatz und (bedingtem) Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz ist ein noch immer umstrittenes Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft. Während sich der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung bislang ausdrücklich für eine Differenzierung zwischen konkretem Gefährdungsvorsatz und bedingtem Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz aussprach, ist ein Wandel dieser Rechtsprechung zu beobachten.¹ In einer Entscheidung aus dem Jahre 2019 zur besonders schweren Brandstiftung nach § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB führte der Vierte Strafsenat des Bundesgerichtshofs aus, dass die Verneinung eines bedingten Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatzes in einem Widerspruch zur Bejahung eines konkreten

Lebensgefährdungsvorsatzes (und umgekehrt) stehe.² Die dabei zu beobachtende Tendenz der Rechtsprechung zur Gleichsetzung des konkreten Leibes- bzw. Lebensgefährdungsvorsatzes mit bedingtem Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz setzt sich in einer Entscheidung des Vierten Strafsenats vom 18. August 2022 – nunmehr eingebettet in den straßenverkehrsrechtlichen Straftatbestand des verbotenen Kraftfahrzeugrennens gemäß § 315d Abs. 1 StGB – fort.³

II. Blick in die Praxis

Nach den Feststellungen des Landgerichts Ingolstadt befuhr der Angeklagte am 20. Oktober 2019 mit seinem Fahrzeug BMW M4 um kurz nach 23:00 Uhr eine Bundesautobahn. Innerhalb der Geschwindigkeitsbegrenzung

⁴⁵ RegE, BT-Drucks. 18/9525, S. 49.

* Die Autorin ist Richterin auf Probe im Justizdienst des Landes Berlin und hat bei Prof. Dr. Jochen Bung (Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht) an der Universität Hamburg promoviert.

¹ Vgl. nur BGH, Urt. v. 12.6.2008 – 4 StR 78/08, HRRS 2008 Nr. 759.

² BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, HRRS 2019 Nr. 304; vgl. hierzu eingehend *Heghmanns* ZJS 4/2019, 333 ff.

³ BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, HRRS 2022 Nr. 1147.

von 120 km/h überholte der links fahrende Angeklagte einen mit ca. 100 km/h auf der mittleren Spur fahrenden Pkw, wechselte sodann auf die mittlere, dann auf die rechte Spur und ließ sich hinter den Pkw zurückfallen, sodass dieser wieder an ihm vorbeifuhr. In der Absicht, eine möglichst schnelle Beschleunigung und eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, wechselte der Angeklagte auf die mittlere und sodann auf die linke Spur, beschleunigte und überholte den auf dem mittleren Fahrstreifen befindlichen Pkw mit hoher, nicht mehr feststellbarer Geschwindigkeit, wobei er die Geschwindigkeitsbegrenzung ignorierte. Einige Sekunden später schloss er zu einem vor ihm auf der linken Fahrspur fahrenden Pkw auf und ging leicht vom Gas. Der Fahrer bemerkte das Fahrzeug des Angeklagten und wechselte auf die mittlere Spur. Der Angeklagte beschleunigte, überholte den Pkw von links mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit und beschleunigte weiter auf mindestens 233 km/h. Sodann nahm der Angeklagte – erst im letzten Augenblick – den vor ihm auf dem linken Fahrstreifen fahrenden Pkw des Geschädigten wahr. Der zunächst auf dem mittleren Fahrstreifen mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h fahrende Geschädigte hatte etwa 4,2 Sekunden vor der Kollision seinen Blinker gesetzt und war anschließend auf die linke Spur gewechselt. In dem Zeitpunkt, zu dem der Geschädigte den Blinker setzte, war der Angeklagte noch 125 m entfernt, wobei er das Fahrzeug des Angeklagten im Rück- und Seitenspiegel hätte erkennen können. Dabei war dem Geschädigten eine zutreffende Einschätzung der Positionierung des Fahrzeugs des Angeklagten infolge dessen überhöhter Geschwindigkeit jedoch nur eingeschränkt und mit hoher Fehlertoleranz möglich. Zwar leitete der Angeklagte eine Vollbremsung ein und wich weitestmöglich nach links aus, fuhr dem Fahrzeug des Geschädigten aber auf. Dieses schleuderte über die mittlere und rechte Spur ins Bankett und überstürzte sich. Der Geschädigte erlitt ein schweres und offenes Schädel-Hirn-Trauma und verstarb noch an der Unfallstelle. Das Fahrzeug des Angeklagten geriet ebenfalls ins Schleudern, kollidierte mit einem auf der mittleren Spur fahrenden Wohnwagenspann und überschlug sich. Der Angeklagte erlitt leichte Verletzungen. Beide Fahrzeuge erlitten einen Totalschaden, an weiteren Fahrzeugen wurden hohe Sachschäden verursacht. Wäre der Angeklagte mit einer Geschwindigkeit von höchstens 197 km/h gefahren, wäre der Unfall vermeidbar gewesen.⁴

Die Jugendkammer des Landgerichts Ingolstadt sprach den Angeklagten des verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge in Tateinheit mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs schuldig, verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten, entzog ihm Fahrerlaubnis und Führerschein und ordnete eine Sperre für die Neuerteilung der Fahrerlaubnis von einem Jahr und sechs Monaten an.

Zwar bejahte die Kammer das kognitive Element des bedingten Tötungsvorsatzes. Denn der Angeklagte habe spätestens in dem Zeitpunkt, in dem er kurz vor dem Zusammenstoß mit dem Fahrzeug des Geschädigten auf einen

anderen Pkw getroffen war, dessen Fahrer ihm Platz machte, sicher gewusst, dass sich überholende Fahrzeuge mit langsamerer Geschwindigkeit auf der linken Spur befinden oder auf diese wechseln könnten und dass in einem solchen Fall aufgrund des erheblichen Geschwindigkeitsunterschiedes die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es zu einem schwerwiegenden Unfall mit möglicherweise tödlichen Folgen kommt.

Jedoch verneinte die Kammer das voluntative Element des bedingten Tötungsvorsatzes. Denn soweit sich der Angeklagte dahingehend geständig eingelassen hatte, dass er darauf vertraut habe, dass andere Verkehrsteilnehmer sein Fahrzeug und die Geschwindigkeit wahrnehmen und den Fahrstreifen nicht wechseln würden, könne ihm dies nicht widerlegt werden.

Auf die Revisionen des Angeklagten und des Nebenklägers hob der Vierte Strafsenat des Bundesgerichtshofs das Urteil des Landgerichts Ingolstadt mit den Feststellungen zur subjektiven Tatseite auf und verwies die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurück. Im Übrigen verwarf er die Revisionen.

Die Erwägungen des Landgerichts zur Feststellung eines bedingten Gefährdungsvorsatzes könnten nicht mit den Erwägungen zur Ablehnung eines bedingten Tötungsvorsatzes in Einklang gebracht werden. Unter Zugrundelegung der Argumentation des Landgerichts könne nicht angenommen werden, dass der Angeklagte überhaupt den Eintritt einer konkreten Gefahrenlage angenommen habe. Denn zur Verneinung des kognitiven Elements des bedingten Tötungsvorsatzes hätte in den Blick genommen werden müssen, dass der Angeklagte nicht lediglich auf das Ausbleiben der (tödlichen) Tatbestandsverwirklichung für den Fall des Eintritts einer konkreten Gefahrenlage, sondern auf das Ausbleiben von Gefahrenlagen aufgrund der Umsicht der anderen Verkehrsteilnehmer vertraute.⁵

III. Bewertung

In seinem Urteil hat sich der BGH (erneut) mit der Vorschrift des § 315d Abs. 2 StGB auseinandergesetzt. Soweit die Entscheidung das Verhältnis des konkreten Gefährdungsvorsatzes zum (bedingten) Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz beleuchtet, können die Ausführungen des Vierten Strafsenats durchaus als Fortführung seiner Entscheidung vom 31. Januar 2019 zur besonders schweren Brandstiftung nach § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB – die der Senat in seinem Urteil auch anführt – verstanden werden.

In ebenjener Entscheidung führt der Vierte Strafsenat aus, dass Gefährdungsvorsatz und Schädigungsvorsatz zwar durchaus unterschiedliche Bezugspunkte hätten, beim Vorliegen eines auf die Gefahr des Todes bezogenen Vorsatzes aber kein Raum mehr für die Verneinung des kognitiven Elements eines bedingten Tötungsvorsatzes verbleibe. Denn *die Gefahr* beschreibe begrifflich nichts anderes als die *naheliegende Möglichkeit einer Schädigung*, wisse doch derjenige um die Möglichkeit des Eintritts eines

⁴ Zu den ausführlichen tatsächlichen Feststellungen vgl. BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, HRRS 2022 Nr. 1147 Rn. 2-5.

⁵ BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, HRRS 2022 Nr. 1147.

tödlichen Erfolgs, der die Gefahrenlage für das Leben anderer erkennt und sich mit ihr abfindet.⁶

Unter Berücksichtigung dieser Entscheidung des Vierten Strafsenats zeichnet sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Tendenz ab, die durchaus als Gleichsetzung des konkreten Gefährdungsvorsatzes mit bedingtem Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz aufgefasst werden kann.⁷

Diese Tendenz begegnet durchgreifenden Bedenken. Denn konkreter Gefährdungsvorsatz und bedingter Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz sind derart inkongruent, dass eine Gleichsetzung mit dem gegenwärtigen strafgesetzlichen Regelwerk unvereinbar ist.

Diese Unvereinbarkeit ergibt sich schon aus der Existenz der konkreten Gefährdungsdelikte an sich, die nach dem Willen des Gesetzgebers einen eigenständigen Anwendungsbereich neben (entsprechenden versuchten) Verletzungs- und Tötungsdelikten haben sollen.

Dogmatisch betrachtet zeigt sich zudem, dass auch der der jeweiligen Tathandlung innewohnende Handlungsunwert divergiert. Eine Tathandlung im Sinne der Erfolgsdelikte ist tatbestandsmäßig, wenn sie das Risiko der Herbeiführung des (unwertigen) Erfolges in sich trägt. Dementsprechend haftet den jeweiligen Tathandlungen ein unterschiedliches Risiko an. Denn die tatbestandliche Handlung trägt im Rahmen der konkreten Gefährdungsdelikte das Risiko einer *konkreten Gefahr* und im Rahmen der Verletzungs- und Tötungsdelikte das Risiko der *Verletzung* bzw. *Tötung* in sich. Dieser unterschiedliche Handlungsunwert spiegelt sich nicht zuletzt auch in der teils unterschiedlich ausgestalteten Strafandrohung wider.

Die Identifikation des konkreten Gefährdungsvorsatzes mit bedingtem Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz würde auch die dogmatische Inkongruenz zwischen vollendetem konkreten Gefährdungsdelikt und versuchtem Verletzungs- bzw. Tötungsdelikt verkennen. Soweit das kognitive (und voluntative) Element des konkreten Gefährdungsvorsatzes bejaht wird, läge hierin zugleich ein Tatentschluss bzgl. der Tötung, womit den konkreten Gefährdungsdelikten letztendlich kein eigenständiger

Anwendungsbereich mehr verbliebe. Zwar kann der taugliche Versuch durchaus – im Sinne von *Roxin* – als *Gefährdung sui generis* konzipiert werden.⁸ Denn sowohl beim tauglichen Versuch als auch beim konkreten Gefährdungsdelikt rückt das Rechtsgut in die sog. empirische Nähe des Verhaltens. Dabei zeigt sich jedoch ein erster Unterschied darin, dass die empirische Nähe des Verhaltens im Sinne des konkreten Gefährdungsdelikts gerade nicht – wie im Rahmen der Versuchsstrafbarkeit – im Sinne einer zeitlich-räumlichen Beziehung, sondern im Sinne einer zufälligen Realisierung des Schadens am geschützten Rechtsgut zu verstehen ist. Dabei begründet sich die zwischen konkreten Gefährdungsdelikten und tauglicher Versuchsstrafbarkeit bestehende – wesentliche – dogmatische Inkongruenz insbesondere darin, dass die jeweiligen Gründe für das Ausbleiben der Schadensrealisierung divergieren. Während der Grund für das Ausbleiben der Verletzung bzw. des Todes im Rahmen der konkreten Gefährdungsdelikte auf den Zufall zurückgeführt werden kann, ist das Ausbleiben der (tödlichen) Tatbestandsverwirklichung im Rahmen des entsprechenden tauglichen Versuchs bzgl. des Tötungsdelikts auf das Scheitern der im Tatplan vorgesehenen Verteidigungshandlung zurückzuführen.⁹

Die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anklingende Identifizierung des konkreten Gefährdungsvorsatzes mit bedingtem Verletzungs- bzw. Tötungsvorsatz hat bereits in Teilen der tatgerichtlichen Rechtsprechung Anklang gefunden. Beispielsweise vertritt das Landgericht Deggendorf unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31. Januar 2019 die Auffassung, dass derjenige, der eine für ihn (unvermeidbare) Möglichkeit eines Erfolgseintritts akzeptiere und in Kauf nehme, *logischerweise* auch den Fall der Realisierung der Möglichkeit in einem Erfolgseintritt in Kauf nehme. Soweit der Eintritt des Schadens nur noch vom Zufall abhängt, komme ein *ernsthaftes, nicht nur vages Vertrauen* auf das Ausbleiben eines Erfolges schon begrifflich nicht mehr in Betracht.¹⁰

Vor diesem Hintergrund wäre eine deutliche Positionierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu ebendiesem Verhältnis – insbesondere auch im Hinblick auf das jeweilige voluntative Vorsatzelement – begrüßenswert.

⁶ BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18, HRRS 2019 Nr. 304 Rn. 13.

⁷ a.A. *Jäger* JA 2022, 1044 ff. (1045 f.); *Preuß* NZV 2022, 569 ff., 571 f.

⁸ *Roxin*, *Dogmática penal y Política criminal*, Lima 1998, 258 ff., 261; zit. nach *Puig*, *Roxin-FS* 2001, 729 ff.

⁹ *Roxin*, a.a.O., 261.

¹⁰ LG Deggendorf, Urt. v. 22.11.2019 – (1 Ks) 6 Js 5538/18 -, BeckRS 2019, 35102 Rn. 163.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

119. BVerfG 2 BvQ 1/23 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Januar 2023 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Erfolgloser Antrag eines Sicherungsverwahrten auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine Disziplinarmaßnahme (Darlegungsanforderungen; Vorlage von Dokumenten; Recht auf effektiven Rechtsschutz und Aussetzung der Vollstreckung einer Disziplinarmaßnahme durch die Justizvollzugsanstalt; materielle Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; verspätete Kenntnis von einem Schriftsatz).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 114 Abs. 2 Satz 1 StVollzG; § 56 Abs. 3 Satz 2 HSVVollzG

120. BVerfG 2 BvR 1343/22 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2023 (KG / LG Berlin / AG Tiergarten)

Fortdauer der Untersuchungshaft bei verzögerter Aktenvorlage an das Beschwerdegericht (keine zwingende

Aufhebung des Haftbefehls bei Verstoß gegen gesetzliche Pflicht zur sofortigen Vorlage einer Haftbeschwerde; Abwägung; Berücksichtigung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und des Freiheitsgrundrechts; Kriterium der Verlängerung der Untersuchungshaft; Überschreitung der Sechsmonatsfrist im besonderen Haftprüfungsverfahren). Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 121 StPO; § 122 StPO; § 306 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO

121. BVerfG 2 BvR 2697/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Januar 2023 (LG Lüneburg / AG Soltau)

Entkräftung einer Postzustellungsurkunde über die Zustellung eines Strafbefehls (Überzeugung des Gerichts vom Beginn der Einspruchsfrist; keine überspannten Anforderungen; erster Zugang zum Gericht; Beweiskraft der Zustellungsurkunde; Gegenbeweis eines anderen Geschehensablaufs; Nachforschungspflicht bei substantiiertem Darlegung; Pflicht zur Erhebung angebotener Beweise; keine Beschränkung auf präsente Beweismittel; Grundsatz

der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Erfordernis einer Anhörungsrüge).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 45 Abs. 2 StPO; § 410 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 418 Abs. 2 ZPO

122. BGH 1 StR 244/22 – Beschluss vom 12. Dezember 2022 (LG Frankfurt am Main)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

123. BGH 1 StR 248/22 – Beschluss vom 21. September 2022 (LG München II)

Besitz kinderpornographischer Schriften (Tateinheit bei gleichzeitigem Besitz mehrerer Schriften; keine Unterbrechung der Einheitlichkeit der Tat durch Durchsuchung; keine Verklammerung von Verbreitungstaten durch gleichzeitigen durchgehenden Besitz).

§ 184 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 102 StPO

124. BGH 1 StR 284/22 – Beschluss vom 29. Dezember 2022

Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung, wenn keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist (allein vom Angeklagten verschuldete Gründe nicht ausreichend).

§ 143a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StPO

125. BGH 1 StR 284/22 – Beschluss vom 9. Januar 2023

Antrag auf Aufhebung einer Pflichtverteidigerbestellung (endgültige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem; Differenzen über Verteidigungsstrategie nicht ausreichend).

§ 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO

126. BGH 1 StR 332/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Augsburg)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

127. BGH 1 StR 398/21 – Urteil vom 30. November 2022 (LG Memmingen)

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

128. BGH 1 StR 408/21 – Urteil vom 13. Dezember 2022 (LG Stuttgart)

Rücktritt vom unbeendeten Versuch (endgültige Abstandnahme von der Tat: Vorstellungsbild des Täters).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

129. BGH 2 StR 132/22 – Beschluss vom 10. November 2022 (LG Limburg a.d. Lahn)

Verwerfung der Revision als unzulässig.
§ 349 Abs. 1 StPO

130. BGH 2 StR 132/22 – Beschluss vom 10. November 2022 (LG Limburg a.d. Lahn)

Erweiterte Einziehung von Taterträgen (Minderung des nach § 73c StGB einzuziehenden Wert von Taterträgen: Teil des Gesamterlöses); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Gesamtschuldner); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht:

Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit, prognoserelevanten Umstände, Therapiebereitschaft).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 64 StGB

131. BGH 2 StR 175/22 – Urteil vom 23. November 2022 (LG Frankfurt am Main)

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Erlangen: tatsächliche Verfügungsgewalt, mehrere Beteiligte, faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt, zivilrechtliche Besitz- oder Eigentumsverhältnisse, Aufgabe einer Verfügungsmacht, Weitergabe, Verfügungsmacht der Angeklagten an dem auf ihren Konten befindlichen Buchgeld, ausländisches Geschäftskonto); Revisionsbeschränkung.

§ 73c StGB; § 344 StPO

132. BGH 2 StR 193/22 – Beschluss vom 8. November 2022 (LG Frankfurt am Main)

Urteilsgründe (Darstellung der Ergebnisse einer molekular-genetischen Vergleichsuntersuchung: Mischspur, Hauptkomponente erkennbar, Ergebnis der biostatistischen Wahrscheinlichkeitsberechnung, Peakhöhen von Hauptkomponenten zu Nebenkomponten); Beweiswürdigung.

§ 267 StPO; § 261 StPO

133. BGH 2 StR 199/22 – Beschluss vom 30. November 2022 (LG Köln)

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

134. BGH 2 StR 296/22 – Beschluss vom 25. Oktober 2022 (LG Aachen)

Wohnungseinbruchdiebstahl (Eindringen).
§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

135. BGH 2 StR 305/22 – Urteil vom 23. November 2022 (LG Darmstadt)

Revisionsbeschränkung (innerer Zusammenhang des Urteils; rechtlich und tatsächlich selbstständig beurteilbare Beschwerdepunkte); bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (gekorene Waffe); Strafzumessung.

§ 344 StPO; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB

Eine Beschränkung der Revision kommt nur dann in Betracht, wenn sich das Teilrechtsmittel auf Beschwerdepunkte bezieht, die nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von dessen nicht angegriffenen Teilen rechtlich und tatsächlich selbständig beurteilt werden können, so dass die entstehende Gesamtentscheidung frei von inneren Widersprüchen bleibt.

136. BGH 2 StR 319/21 – Beschluss vom 4. Oktober 2022 (LG Frankfurt am Main)

Verschlechterungsverbot (Konkurrenzkorrektur: höhere Einzelstrafen, Summe der bisherigen Einzelstrafen, neue Gesamtstrafe).
§ 358 Abs. 2 StPO

137. BGH 2 StR 333/22 – Beschluss vom 22. November 2022 (LG Darmstadt)

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

138. BGH 2 StR 357/22 – Beschluss vom 7. Dezember 2022 (LG Köln)

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

139. BGH 2 StR 362/22 – Beschluss vom 22. November 2022 (LG Bonn)

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

140. BGH 2 StR 368/21 – Beschluss vom 9. November 2022 (LG Erfurt)

Gegenstand des Urteils (prozessuale Tat).
§ 264 StPO

141. BGH 2 StR 402/22 – Beschluss vom 22. November 2022 (LG Aachen)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darstellung in den Urteilsgründen).
§ 63 StGB

142. BGH 2 StR 407/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Köln)

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

143. BGH 2 StR 431/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Wiesbaden)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung.
§ 44 StPO

144. BGH 2 StR 462/22 – Beschluss vom 17. Januar 2023 (LG Aachen)

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

145. BGH 2 ARs 382/21 2 AR 243/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (Vollstreckung der angeordneten Einziehung des Wertes der Taterträge).
§ 14 StPO; § 462a StPO; § 462 StPO

146. BGH 4 StR 169/22 – Beschluss vom 12. Oktober 2022 (LG Frankenthal)

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage: Urteilsgründe, Einbeziehung aller Umstände, weitere Darlegungsanforderungen bei nur teilweiser Überzeugung, außerhalb der Aussage liegende gewichtige Gründe, körpernahes Geschehen, konstante Schilderung, objektive Spurenlage; schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes).
§ 261 StPO; § 176c StGB

147. BGH 4 StR 221/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Siegen)

Erweiterte Einziehung von Taterträgen (zeitlicher Zusammenhang zwischen der urteilsgegenständlichen Tat und den abzuschöpfenden Erträgen aus anderen Delikten, später Erlangtes; Anknüpfungstat: Verfahrenseinstellung, Verfahrenshindernis fehlender Anhängigkeit; kein objektives Verfahren; Antrag der Staatsanwaltschaft; selbstständige Einziehung).
§ 73a StGB; § 76a StGB; § 435 StPO

148. BGH 4 StR 263/22 – Beschluss vom 24. November 2022 (LG Essen)

Ablehnung von Beweisanträgen (Beweisantrag: schlagwortartige Verkürzungen, hinreichend deutlich zu beweisender Vorgang; Auslandszeugen: Aufklärungspflicht des Gerichts, Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles, Gesamtabwägung, Bemessung des Beweiswertes, Befreiung von dem Verbot der Beweisantizipation, voraussichtliche Unergiebigkeit der Aussage, voraussichtliche Unerreichbarkeit des Zeugen, Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO; Gerichtsbeschluss: Darlegung der maßgeblichen Erwägungen); Einziehung von Tatmitteln (Erbbaurecht; Rechte; Tatmittel: keine Sonderrechtsfähigkeit, Tatobjekt bei tatsächlichem Einsatz einer Sache, dingliche Rechte, innere Einheit).
§ 244 StPO; § 74 StGB

149. BGH 4 StR 297/22 – Beschluss vom 25. Oktober 2022 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet (Pflicht zur elektronischen Übermittlung).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 32d StPO

150. BGH 4 StR 310/22 – Beschluss vom 23. November 2022 (LG Paderborn)

Körperverletzung (Konkurrenzen: Tateinheit, gefährliche Körperverletzung).
§ 223 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB

151. BGH 4 StR 75/22 – Urteil vom 8. Dezember 2022 (LG Bielefeld)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang: Gesamtwürdigung; Ermessensentscheidung; Absehen von der Unterbringung, hinreichende Warnung durch die Freiheitsstrafe, Ausnahmecharakter des § 66 Abs. 2 StGB und § 66 Abs. 3 StGB, eintretende Haltungsänderung mit Fortschreiten des Lebensalters, Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs); Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität).
§ 66 StGB; § 261 StPO

152. BGH 4 StR 75/22 – Beschluss vom 8. Dezember 2022

Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis (Tod des Angeklagten: Kostenentscheidung).
§ 206a StPO; § 467 StPO

153. BGH 4 StR 366/22 – Beschluss vom 26. Oktober 2022 (LG Bielefeld)

Schuldunfähigkeit (mehrstufige Prüfung; Beurteilungsgrundlage: konkretes Tatgeschehen; Sachverständiger: Darlegung in den Urteilsgründen; Steuerungsfähigkeit: motivationale Steuerungsfähigkeit).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 267 StPO

154. BGH 4 StR 377/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Aachen)

Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen oder fremder Sache von bedeutendem Wert: Maßstab, Beinahe-Unfall).
§ 315c StGB

155. BGH 4 StR 380/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Essen)

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

156. BGH 4 StR 438/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022 (LG Hagen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht: Maßstab, bloße Wiedergabe der Einschätzung des psychologischen Sachverständigen, keine eigene tatrichterliche Würdigung erkennbar, defizitärer Gutachteninhalt, Tatsachengrundlage, prognoseungünstige Gesichtspunkte).
§ 64 StGB

157. BGH 3 StR 127/22 – Urteil vom 3. November 2022 (LG Oldenburg)

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Zeitpunkt; normativer Beruhensbegriff; Rügebefugnis der Staatsanwaltschaft in der Revision).
§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 257c StPO; § 337 Abs. 1 StPO; 339 StPO

158. BGH 3 StR 162/22 – Beschluss vom 2. November 2022 (LG Düsseldorf)

Einziehung von Taterträgen (Arzthonorar bei Behandlungsfehler kein „für“ die Tat Erlangtes).
§ 73 Abs. 1 StGB

159. BGH 3 StR 162/22 – Beschluss vom 2. November 2022 (LG Düsseldorf)

Unzulässige Revision der Nebenklage (unausgeführte allgemeine Sachrüge; Gesetzesverletzung).
§ 400 Abs. 1 StPO

160. BGH 3 StR 162/22 – Beschluss vom 2. November 2022 (LG Düsseldorf)

Unzulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung des Verschuldens eines Prozessbevollmächtigten gegenüber Nebenkläger); Anforderungen an den Wiedereinsetzungsantrag (Darlegung und Glaubhaftmachung aller zwischen dem Beginn und Ende der versäumten Frist liegenden Umstände; Haftung eines Rechtsanwaltes für das Verschulden seines Kanzleipersonals).
§ 44 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 85 Abs. 2 ZPO

161. BGH 3 StR 230/22 – Beschluss vom 30. November 2022 (OLG Frankfurt am Main)

BGHSt; Beteiligung am Völkermord (Völkermordabsicht; schwere körperliche oder seelische Schäden; Eignung der Handlung zur Erfolgsherbeiführung; Konkurrenzen); Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Konkurrenzen); Kriegsverbrechen gegen Personen (Anforderungen an sukzessive Beihilfe; Konkurrenzen).
§ 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB; § 7 Abs. 1 VStGB; § 8 Abs. 1 Nr. 6 VStGB; § 27 StGB; 52 StGB; § 220a StGB aF; § 226 Abs. 1 StGB

162. BGH 3 StR 238/22 – Beschluss vom 29. November 2022 (LG Aurich)

Einschleusen von Ausländern (unmittelbares Ansetzen zum versuchten Hilfeleisten; Erweiterung der Strafbarkeit

bei Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der EU oder eines Schengen-Staates); Missbrauch von Ausweispapieren (Abgrenzung zwischen Versuch und strafloser Vorbereitung).

§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 96 AufenthG; § 22 StGB; § 23 StGB; § 281 Abs. 1 Satz 1 Var. 2, Satz 2 StGB

163. BGH 3 StR 64/22 – Beschluss vom 13. Oktober 2022 (LG Düsseldorf)

Notwendige Verteidigung (Verteidigerwechsel; zusätzlicher Pflichtverteidiger).
§ 140 StPO; § 143a StPO; § 144 StPO

164. BGH 3 StR 64/22 – Urteil vom 24. November 2022 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Anwendung deutschen Strafrechts (Inlandstat bei mehreren verwirklichten Delikten); Ablehnung von Beweisanträgen (Unerreichbarkeit eines Zeugen im Ausland; audiovisuelle Vernehmung als Alternative; Abwägung unter Berücksichtigung der individuellen Umstände, der Bedeutung der Sache sowie die Wichtigkeit der Zeugenaussagen für die Wahrheitsfindung); Urkundenbeweis durch Verlesung von Vernehmungsprotokollen (Unerreichbarkeit eines Zeugen); Beweiswürdigung bei Nichtgewährleistung des Rechts auf konfrontative Befragung (besonders sorgfältige und kritische Überprüfung von Aussagen in den Urteilsgründen); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; Strafrahmewahl bei Zusammentreffen von minder schwerem Fall und gesetzlich vertypem Mildeungsgrund).

§ 3 StGB; § 9 StGB; § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 239b StGB; § 54 SDÜ; § 247a Abs. 1 StPO; § 250 Satz 2 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 261 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

165. BGH 3 StR 249/22 – Urteil vom 30. November 2022 (LG Krefeld)

Vergewaltigung (Konkurrenzen); Drittbesitzverschaffung kinderpornografischer Inhalte (Urteilstenor); Einziehung von Tatmitteln (Strafzumessung bei Entzug eines Gegenstandes von nicht unerheblichem Wert; Verhältnismäßigkeit).

§ 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB aF; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 179 Abs. 1 StGB aF; § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO

166. BGH 3 StR 256/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Kleve)

Verwerfung als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

167. BGH 3 StR 294/22 – Beschluss vom 16. November 2022 (LG Osnabrück)

Totschlag (minder schwerer Fall); Strafzumessung (erheblich verminderte Schuldfähigkeit; strafschärfende Berücksichtigung von Tatmodalitäten; Vorwerfbarkeit bei geistig-seelische Beeinträchtigung des Täters).

§ 21 StGB; § 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 49 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

168. BGH 3 StR 299/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Düsseldorf)

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

169. BGH 3 StR 337/22 – Beschluss vom 30. November 2022 (LG Düsseldorf)

Einstellung einer Tat aus prozessökonomischen Gründen; Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 154 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

170. BGH 3 StR 345/22 – Beschluss vom 29. November 2022 (LG Krefeld)

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

171. BGH 3 StR 378/22 – Beschluss vom 14. Dezember 2022 (LG Duisburg)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Urteilstenor; Konkurrenzen: Tateinheit bei zeitlicher Überschneidung von Tathandlungen).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

172. BGH 3 StR 383/22 – Beschluss vom 29. November 2022 (LG Krefeld)

Einbeziehung von Vorverurteilungen bei der Verhängung von Jugendstrafe (Darstellungsmangel im Urteil).

§ 31 JGG; § 105 JGG; 55 StGB

173. BGH 3 StR 388/22 – Beschluss vom 29. November 2022 (LG Oldenburg)

Korrektur der Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen.

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

174. BGH 3 StR 407/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Kleve)

Strafzumessung im Jugendstrafrecht (Bedeutung des Erziehungsgedankens); Einwände gegen Kostenentscheidung (Auslegung als sofortige Beschwerde; Wochenfrist).

§ 18 Abs. 2 JGG; § 105 JGG; § 464 Abs. 3 StPO

175. BGH 3 StR 417/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Osnabrück)

Zuständigkeit für sofortige Beschwerde des Nebenklägers gegen Kostenentscheidung.

§ 464 Abs. 3 Satz 3 StPO

176. BGH 3 StR 419/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Oldenburg)

Einziehung von Taterträgen (Verhältnis zur erweiterten Einziehung von Taterträgen; Unzulässigkeit doppelter Inanspruchnahme).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73a Abs. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB

177. BGH 3 StR 430/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

178. BGH AK 45-47/22 – Beschluss vom 15. Dezember 2022

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

179. BGH AK 45-47/22 – Beschluss vom 15. Dezember 2022

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

180. BGH AK 45-47/22 – Beschluss vom 15. Dezember 2022

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

181. BGH StB 42/22 – Beschluss vom 14. Dezember 2022 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (Vorteilsbegriff bei städtebaulichen Verträgen; Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Rechtmäßigkeit; Unrechtsvereinbarung; Irrelevanz innerer Vorbehalte bei Stimmabgabe; Handlung im Auftrag oder auf Weisung; Zuständigkeit des Oberlandesgerichts); Bestechlichkeit; Bestechung; sofortige Beschwerde gegen Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens (Überprüfung des hinreichenden Tatverdachts durch das Beschwerdegericht).

§ 108e StGB; § 332 Abs. 1 StGB; § 334 Abs. 1 StGB; § 203 StPO; § 210 Abs. 2 StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 2 StPO; § 120b Satz 1 GVG

182. BGH 5 StR 155/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022 (LG Chemnitz)

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug (Deliktsserie mit mehreren Beteiligten; Konkurrenzen; natürliche Handlungseinheit; Tatumehrheit).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

183. BGH 5 StR 241/22 – Beschluss vom 3. Januar 2023

Erinnerung gegen den Kostenansatz.

§ 66 Abs. 1 GKG

184. BGH 5 StR 272/22 – Beschluss vom 4. August 2022 (LG Dresden)

Unzulässigkeit der Revision.

§ 349 Abs. 1 StPO

185. BGH 5 StR 290/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

186. BGH 5 StR 298/22 – Beschluss vom 3. Januar 2023 (LG Berlin)

Unzulässigkeit der Revision.

§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO

187. BGH 5 StR 308/22 – Beschluss vom 27. September 2022 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

188. BGH 5 StR 351/22 – Urteil vom 8. Dezember 2022 (LG Hamburg)

Billigung der kurzzeitigen Lagerung von Betäubungsmitteln in der Wohnung des Angeklagte (kein Besitzwille; Beihilfe zum Handeltreiben; Tatförderung durch positives Tun; keine Garantenstellung):

§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 13 StGB

189. BGH 5 StR 364/22 – Beschluss vom 24. Oktober 2022 (LG Itzehoe)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Sachverständiger; Anforderungen an die Urteilsgründe; schwere seelische Störung).

§ 63 StGB; § 20 StGB

190. BGH 5 StR 393/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023 (LG Berlin)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Einziehung von Tatmitteln.

§ 74 StGB; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

191. BGH 5 StR 416/22 – Beschluss vom 22. November 2022 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Entscheidung über die Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Abhängigkeit; kurzzeitige Abstinenz; soziale Gefährdung bzw. Gefährlichkeit; Finanzierung von Eigenkonsum durch Betäubungsmittelhandel).

§ 64 StGB

192. BGH 5 StR 453/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

193. BGH 5 StR 454/22 – Beschluss vom 3. Januar 2023 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

194. BGH 5 StR 493/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

195. BGH 5 StR 514/22 – Beschluss vom 5. Januar 2023 (LG Dresden)

Rücktritt vom Versuch (Feststellungen zum Rücktrittshorizont bei Erreichen eines außertatbestandlichen Handlungsziels).

§ 24 StGB

196. BGH 5 StR 528/22 – Beschluss vom 3. Januar 2023 (LG Chemnitz)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; unbelasteter Täter).

§ 63 StGB

197. BGH 5 ARs 54/22 5 AR (VS) 38/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022

Unzulässigkeit des Antrags auf Zulassung der Rechtsbeschwerde.

§ 29 Abs. 1 EGGVG

198. BGH 5 ARs 63/22 5 AR (VS) 45/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023

Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde.

§ 29 Abs. 1 EGGVG

199. BGH 6 StR 243/22 – Urteil vom 30. November 2022 (LG Nürnberg-Fürth)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit; Lückenhaftigkeit: Beweiswert einzelner Indizien, Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO

1. Die Überzeugung des Tatgerichts von einem bestimmten Sachverhalt erfordert keine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende Gewissheit. Es genügt vielmehr ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt (st. Rspr.).

2. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen oder Tatbestandsvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (st. Rspr.).

3. Der Beweiswert einzelner Indizien ergibt sich regelmäßig erst aus dem Zusammenhang mit anderen Indizien, weshalb deren Gesamtwürdigung besonderes Gewicht zukommt.

200. BGH 6 StR 249/22 – Beschluss vom 9. August 2022 (LG Hannover)

Versuchter Totschlag (Rücktritt vom Versuch: Rücktrittshorizont); lückenhafte Beweiswürdigung (Einlassung des Angeklagten: Erfordernis der Wiedergabe der wesentlichen Grundzüge; Darstellung der wesentlichen Beweiserwägungen; Darstellung des wesentlichen Inhalts einer Zeugenaussage).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 212 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

201. BGH 6 StR 316/22 – Beschluss vom 15. Dezember 2022 (LG Stendal)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

202. BGH 6 StR 338/22 – Urteil vom 14. Dezember 2022 (LG Halle)

Unzulässige Aufklärungsrüge (Angabe einer bestimmten Beweistatsache und die für die Beweiseignung und -bedeutung im Zeitpunkt der Hauptverhandlung wichtigen Umstände); Auskunftsverweigerungsrecht (Umfang); Beweis Antrag (konkrete Beweisbehauptung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 55 Abs. 1 StPO

203. BGH 6 StR 340/21 – Urteil vom 14. Dezember 2022 (LG Schwerin)

Unzulässige Aufklärungsrüge; Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung (Voraussetzung einer vorausgegangenen ordnungsgemäßen Beweiserhebung: Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht, Beweisverwertungsverbot; Revisionsvorbringen: Angabe über Genehmigung der

Verwertung); hilfsweise vorgenommene Beweiserwägungen trotz Beweisverwertungsverbots.

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 255a Abs. 2 StPO; § 58a StPO; § 55 StPO; § 52 Abs. 3 StPO

204. BGH 6 StR 349/22 – Beschluss vom 15. November 2022 (LG Schwerin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

205. BGH 6 StR 366/22 – Beschluss vom 15. Dezember 2022 (LG Rostock)

Strafzumessung (unterbliebene Berücksichtigung der Einziehung; fehlerhafte Klassifizierung als „harte Droge“ [hier: Ecstasy]); unterbliebene Prüfung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 46 StGB; 64 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

206. BGH 6 StR 95/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Ansbach)

BGH; Höchstdauer einer Unterbrechung (Konzentrationsmaxime; Verhandeln zur Sache; substantielle Förderung des Verfahrens; willkürliche Zerstückelung einheitlicher Verfahrensvorgänge).

§ 229 StPO

207. BGH 6 StR 403/22 – Beschluss vom 14. Dezember 2022 (LG Göttingen)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Subsidiarität der Abgabe von Betäubungsmitteln beim selben Vorrat); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung: Entfallen bei Erledigung der verhängten Strafe; Mitteilung in den Urteilsgründen).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; 55 Abs. 1 StGB

208. BGH 6 StR 405/22 – Beschluss vom 15. Dezember 2022 (LG Hannover)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

209. BGH 6 StR 414/22 – Beschluss vom 30. November 2022 (LG Regensburg)

Erhebliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit; besondere gesetzliche Milderungsgründe (fakultative Milderung des Strafrahmens: Alkoholkonsum, selbst verschuldete Trunkenheit).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

210. BGH 6 StR 423/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Stralsund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

211. BGH 6 StR 462/22 – Beschluss vom 9. Januar 2023 (LG Hannover)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

212. BGH 6 StR 467/22 – Beschluss vom 13. Dezember 2022 (LG Braunschweig)

Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung (Beschluss: Erfordernis der Begründung; Ausschöpfung durch mehrfache Vorführung auf Anregung der Verteidigung: kein Rechtsmissbrauch).

§ 255a Abs. 2 Satz 3 StPO; § 58a Abs. 1 Satz 3 StPO

213. BGH 6 StR 484/22 – Beschluss vom 15. Dezember 2022 (LG Verden)

Adhäsionsverfahren (Absehen von einer Entscheidung); Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 406 Abs. 1 Satz 3 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

214. BGH 6 StR 487/22 – Beschluss vom 11. Januar 2023 (LG Dessau-Roßlau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO