

**HRRS-Nummer:** HRRS 2007 Nr. 132

**Bearbeiter:** Stephan Schlegel

**Zitiervorschlag:** BVerfG HRRS 2007 Nr. 132, Rn. X

---

**BVerfG 2 BvR 1895/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 27. Dezember 2006 (OLG Frankfurt/Main/LG Darmstadt)**

Keine Strafe ohne Schuld ("ne bis in idem"); Kindesentziehung (Dauerdelikt; Zäsurwirkung einer Verurteilung; neuerlicher Tatentschluss; fortgesetzte Unterlassung einer Zustimmungserklärung zur Ausreise eines Kindes aus Algerien); Zweck des Strafrechts (Schuldausgleich; kein Mittel zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 13 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe. Der Grundsatz "Keine Strafe ohne Schuld" hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 167, 169; 95, 96, 140; stRspr).

2. Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie - wenn nicht ausschließlich, so doch auch - auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Die Strafe antwortet auf ein rechtswidriges soziales Fehlverhalten.

3. Es stellt einen offensichtlichen Verstoß gegen das Schuldprinzip dar, wenn der Staat durch einen bloßen, nicht näher begründeten Verweis auf die dogmatische Figur der "Zäsurwirkung" einer vorausgegangenen Verurteilung selbst die Voraussetzungen für die Verurteilung wegen einer vermeintlich neuen Tat schafft.

4. Im Falle eines auch nach einer Verurteilung fortgesetzten strafbaren Unterlassens bedarf es näherer Feststellungen dahingehend, dass der Täter einen neuen, von der ersten Verurteilung qualitativ verschiedenen Tatentschluss gefasst hat.

5. Ungehorsam ist einem rechtsstaatlichen Strafrecht als Strafgrund fremd und könnte allenfalls - begriffen als beharrliche Verletzung von Rechtspositionen anderer oder der Allgemeinheit - bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden.

Entscheidungstenor

Das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 19. April 2005 - 221 Js 221/04 - und der Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. Oktober 2005 - 2 Ss 290/05 - verletzen die Rechte des Beschwerdeführers aus Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 2 Absatz 1 des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.

Das Urteil des Landgerichts Darmstadt und der Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main werden aufgehoben; die Sache wird an eine Strafkammer des Landgerichts Darmstadt zurückverwiesen. Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Das Land Hessen hat dem Beschwerdeführer seine notwendigen Auslagen zu erstatten. Damit erledigt sich der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe und auf Beiordnung des Verfahrensbevollmächtigten.

Gründe

A

I.

1. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die zweite gegen den Beschwerdeführer ergangene strafgerichtliche Verurteilung wegen Kindesentziehung. 1

Der Beschwerdeführer ist Vater einer im Jahre 1995 geborenen Tochter namens S. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht für S. wurde rechtskräftig der Mutter, seiner früheren Ehefrau, übertragen. 2

Im Jahr 2001 reiste S. mit dem Einverständnis ihrer Mutter zu Verwandten des Beschwerdeführers nach Algerien, wo sie sich seither aufhält. Alle Versuche der Kindesmutter, S. wieder nach Deutschland zu holen, scheiterten daran, dass für die Ausreise nach algerischem Recht ein notariell beurkundetes Einverständnis des Vaters notwendig ist. Dieses hat der Beschwerdeführer von Anfang an verweigert. 3

2. Infolge dieser Weigerung verurteilte ihn das Amtsgericht wegen Kindesentziehung (§ 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB) zu einer Freiheitsstrafe, die das Landgericht als Berufungsinstanz auf zwei Jahre und sechs Monate Freiheitsstrafe ermäßigte. Bereits im Rahmen der Vorbereitung des Hauptverhandlungstermins wies der Vorsitzende der Berufungskammer den Beschwerdeführer und dessen Verteidiger schriftlich darauf hin, dass es sich bei Kindesentziehung um ein Dauerdelikt handele. Daher trete mit dem Tag der letzten Hauptverhandlung in einer Tatsacheninstanz eine Zäsurwirkung ein. Der Beschwerdeführer laufe "daher Gefahr, bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres seiner Tochter zahlreiche erhebliche Freiheitsstrafen anzusammeln". 4

3. Aufgrund dieser Verurteilung, die nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist, befand sich der Beschwerdeführer bis zum 30. September 2006 in Strafhaft. 5

4. Auch nach Rechtskraft dieser Verurteilung weigerte sich der Beschwerdeführer, die Genehmigung zur Ausreise S. aus Algerien zu erteilen. Die Staatsanwaltschaft erhob daraufhin erneut Anklage wegen dieses Sachverhalts, jedoch im Hinblick auf einen Tatzeitraum nach der ersten Verurteilung durch das Landgericht am 17. November 2003. Der Beschwerdeführer wurde wiederum von Amtsgericht und Landgericht wegen Kindesentziehung zu einer Freiheitsstrafe von nunmehr drei Jahren verurteilt. Das Landgericht führt aus, der Beschwerdeführer habe ein Dauerdelikt begangen, bei dem die letzte Hauptverhandlung in einer Tatsacheninstanz, die der ersten Verurteilung zugrunde lag, eine Zäsurwirkung entfalte. Demnach liege im Zeitraum seit der letzten Tatsachenverhandlung eine neue Tat vor. Zur Tatmotivation des Beschwerdeführers stellt das Landgericht fest, er habe die Zustimmung zur Heimkehr S. verweigert, um die Kindesmutter davon abzuhalten, sich von ihm scheiden zu lassen, und um sie zu bewegen, ihn als bei ihr wohnhaft zu melden, damit er Vollzugslockerungen erhalte. 6

5. Die gegen diese Verurteilung erhobene Revision des Beschwerdeführers hat das Oberlandesgericht gemäß § 349 Abs. 2 StPO verworfen. 7

6. Inzwischen wird gegen den Beschwerdeführer ein gleich gelagertes drittes Strafverfahren geführt, das noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. 8

## II.

Im familiengerichtlichen Verfahren, das unter anderem die elterliche Sorge zum Gegenstand hatte, stellte das Amtsgericht über den Beschwerdeführer fest: "Auch sein Verhalten im Zusammenhang mit der von der Kindesmutter angestrebten Rückführung der Tochter nach Deutschland macht deutlich, dass es dem Beschwerdeführer nicht um das Wohl der gemeinsamen Tochter geht, sondern um die Durchsetzung eigener Interessen. Er versucht, die Sorge der Kindesmutter um das Wohlergehen der Tochter skrupellos für sich auszunutzen, indem er seine Zustimmung zur Rückführung davon abhängig macht, dass die Kindesmutter ihn mit Wohnsitz wieder unter ihrer Anschrift anmeldet, weil er sich davon den Freigängerstatus erhofft, und sie zu veranlassen, sich dafür zu verwenden, dass er nicht abgeschoben wird. Die Belange der Tochter, die im Februar 2002 seit mehr als 1 1/4 Jahren keinerlei persönlichen Kontakt zur Mutter halten kann, interessieren ihn hingegen offensichtlich überhaupt nicht." 9

Die gegen diese Entscheidung gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht durch Beschluss vom 28. März 2003 verworfen. 10

## III.

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbots ("ne bis in idem") aus Art. 103 Abs. 3 GG sowie des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Gestalt des Übermaßverbots aus Art. 2 Abs. 1 GG durch die Entscheidungen des Amtsgerichts, des Landgerichts und des 11

Oberlandesgerichts.

1. Die zweite strafgerichtliche Verurteilung verstoße gegen das Doppelbestrafungsverbot. Ihr Gegenstand sei "dieselbe Tat" im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG wie bei der ersten Verurteilung wegen Kindesentziehung. Auch wenn bei vordergründiger Betrachtung zwei Lebenssachverhalte - nämlich zwei Tatzeiträume - zu unterscheiden seien, liege dem Unterlassen doch nur ein einziger, einmal gefasster und unabänderlicher Entschluss zugrunde. Auch werde von dem Beschwerdeführer stets nur dasselbe Verhalten verlangt, nämlich die einmalige Abgabe der Zustimmungserklärung. Daher ende der maßgebliche Lebenssachverhalt erst, wenn die Handlungspflicht ende, also mit der Volljährigkeit seiner Tochter im Jahre 2013. 12

2. Die Verhängung zweier Freiheitsstrafen von insgesamt fünf Jahren und sechs Monaten verstoße bereits heute angesichts eines Strafrahmens von nur fünf Jahren gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Übermaßverbot. Zudem drohe in dem bereits eingeleiteten dritten Ermittlungsverfahren eine weitere Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren. Insgesamt sei damit eine "Verurteilungskette" in Gang gesetzt, die erst mit der Volljährigkeit der Tochter S. im Jahre 2013 ihren Abschluss finden werde. Dies könne zu Freiheitsstrafen von zehn bis 15 Jahren führen. Die Zahl der noch zu erwartenden Verurteilungen sei lediglich vom Ermessen der Strafverfolgungsbehörden abhängig, wann Hauptverhandlungstermine angesetzt würden und in wie viele Einzelabschnitte das Unterlassen des Beschwerdeführers damit aufgespalten werde. Insgesamt sei die zu erwartende Strafhöhe nicht mehr am Unrechts- und Schuldgehalt der Tat des Beschwerdeführers orientiert. 13

#### IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben der Präsident des Bundesgerichtshofs, der Generalbundesanwalt und die Hessische Staatskanzlei Stellung genommen. 14

1. Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat eine Stellungnahme der Vorsitzenden des 5. Strafsenats übersandt, die sich auf das Urteil vom 9. Februar 2006 - 5 StR 564/05 - bezieht (NStZ 2006, S. 447 <448> = StV 2006, S. 470). 15

2. Der Generalbundesanwalt hat unter anderem ausgeführt, die rechtskräftige Verurteilung führe bei Dauerdelikten zu einer Zäsurwirkung, wobei für Unterlassungsdelikte nichts anderes gelte. 16

3. Die Hessische Staatskanzlei hat ausgeführt, man könnte sich im vorliegenden Fall zwar darauf berufen, die unterlassene Zustimmung zur Ausreise der Tochter des Beschwerdeführers aus Algerien sei ein einheitliches, auf einem einmaligen Willensentschluss beruhendes Unterlassen. Dann wäre die Tat vollendet, aber nicht beendet und könnte somit als einheitlicher Lebensvorgang zu qualifizieren sein. Indes werde - was hier der Fall sei - von einer neuen Tat im prozessualen Sinne dann ausgegangen, wenn der Täter eines Dauerdelikts den rechtswidrigen Zustand nach der letzten Tatsacheninstanz weiterhin aufrechterhalte. Die erste Verurteilung bewirke eine Zäsur, ab der eine neue Tat vorliege, die einer erneuten Verurteilung zugänglich sei. 17

#### V.

Die Akten der beiden gegen den Beschwerdeführer wegen Kindesentziehung geführten Strafverfahren und des familiengerichtlichen Verfahrens haben der Kammer vorgelegen. 18

#### B.

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Verurteilung durch das Amtsgericht wendet. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung des Beschwerdeführers in vollem Umfang über den Prozessgegenstand entschieden. Damit ist die vorhergehende Entscheidung des Amtsgerichts prozessual überholt. 19

#### C.

Soweit zulässig, ist die Verfassungsbeschwerde in einer die Zuständigkeit der Kammer eröffnenden Weise begründet. Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist (§ 93b i.V.m. § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts und des Oberlandesgerichts verletzen den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Schuldprinzip). 20

Die Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG für eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende 21

Entscheidung der Kammer sind gegeben. Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden.

## I.

Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe. Der Grundsatz "Keine Strafe ohne Schuld" hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>; stRspr). 22

Aus diesem Grundsatz folgt für die Strafgerichte das Gebot schuldangemessenen Strafens im Einzelfall. Jede Strafe setzt Schuld voraus. Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie - wenn nicht ausschließlich, so doch auch - auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Die Strafe antwortet auf ein rechtswidriges soziales Fehlverhalten. Eine solche strafrechtliche Reaktion wäre ohne Feststellung der individuellen Zurechenbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar (vgl. BVerfGE 6, 389 <439>; 20, 323 <331>). Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (vgl. BVerfGE 50, 5 <12>; 73, 206 <253 f.>; 86, 288 <313>; 96, 245 <249>). Insoweit deckt sich der Schuldgrundsatz mit dem Übermaßverbot (vgl. BVerfGE 50, 205 <215>; 73, 206 <253>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>). Das Bundesverfassungsgericht prüft nur nach, ob dem Schuldgrundsatz überhaupt Rechnung getragen oder ob seine Tragweite bei der Auslegung und Anwendung des Strafrechts grundlegend verkannt worden ist (BVerfGE 95, 96 <141>). 23

## II.

Diesen Anforderungen werden die angegriffenen Entscheidungen, die den Beschwerdeführer zum zweiten Mal wegen Kindesentziehung nach § 235 Abs. 2 Ziff. 2 StGB bestrafen, nicht gerecht. 24

1. Die Gerichte nehmen an, die erste Verurteilung entfalte Zäsurwirkung im Hinblick auf das Dauerdelikt der Kindesentziehung, so dass es sich bei der nach dem 18. November 2003 weiter verweigerten Zustimmungserklärung des Beschwerdeführers zur Ausreise seines Kindes aus Algerien um eine neue Tat der Kindesentziehung handle. 25

2. Bei dieser Bewertung lassen die Gerichte in verfassungsrechtlich erheblicher Weise Besonderheiten des erneut auf das Verhalten des Beschwerdeführers angewendeten Tatbestandes außer Acht. 26

a) Bei dem vorgeworfenen Verhalten - Nichtabgabe der Zustimmungserklärung zur Ausreise trotz rechtskräftiger familienrechtlicher Entscheidung - handelt es sich um ein Unterlassen im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB (vgl. Gribbohm, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2005, Rn. 75 zu § 235 StGB), das der Beschwerdeführer als Dauerdelikt begeht (vgl. ausdrücklich zur Kindesentziehung: Reichsgericht, Entscheidung vom 12. Dezember 1941 - 1 D 463/41 -, DR 1942, S. 438 <439>; Bundesgerichtshof, Urteil vom 11. Februar 1999 - 4 StR 594/98 -, NJW 1999, S. 1344 <1346>; Urteil vom 9. Februar 2006 - 5 StR 564/05 -, NStZ 2006, S. 447 <448> = StV 2006, S. 470). Das verleiht der Tat die Eigenschaft eines Unterlassungsdauerdelikts (Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, vor §§ 52 ff., Rn. 81 a.E.; BayObLG, Urteil vom 30. Juni 1960 - RevReg. 4 St 120/60 -, BayObLG 1960, S. 168 ff.; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 26. Januar 1981 - 1 Ss 27/81 -, MDR 1981, S. 1042). 27

b) Vor diesem strafrechtsdogmatischen Hintergrund verletzt die zweite Verurteilung des Beschwerdeführers, die an die Nichtabgabe der notariellen Zustimmungserklärung zur Ausreise seiner Tochter anknüpft, in mehrfacher Hinsicht das Schuldprinzip. 28

aa) Die Gerichte haben sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Beschwerdeführer durch das weitere Unterlassen der Abgabe der notariellen Zustimmungserklärung überhaupt erneut schuldhaft Unrecht verwirklicht hat. In den Entscheidungen wird nicht geprüft, ob der Beschwerdeführer angesichts der Einmaligkeit der von ihm geforderten Leistung - Abgabe der notariellen Zustimmungserklärung zur Ausreise seiner Tochter - durch die bloße Fortsetzung seines Nichthandelns ein erneutes rechtlich verbotenes Verhalten gezeigt hat, das eigenständiger Sanktionierung zugänglich ist. Die Gerichte haben den Beschwerdeführer ohne hinreichende Begründung, nur unter Hinweis auf die erste Verurteilung, zu einer noch höheren Freiheitsstrafe verurteilt und somit die Reichweite des Schuldgrundsatzes bei der Auslegung und Anwendung des Strafrechts verkannt. 29

bb) Die Gerichte haben - sollte der Beschwerdeführer erneut schuldhaft Unrecht verwirklicht haben - auch nicht den Schuldumfang der von ihnen angenommenen zweiten im Verhältnis zur ersten Tat erörtert. Dass der Staat durch einen bloßen, nicht näher begründeten Verweis auf die dogmatische Figur der "Zäsurwirkung" einer vorausgegangenen 30

Verurteilung selbst die Voraussetzungen für die Verurteilung wegen einer vermeintlich neuen Tat schafft, stellt einen offensichtlichen Verstoß gegen das Schuldprinzip dar: Nicht die individuelle Schuld ist in einem solchen Falle Grund der Bestrafung und Grundlage der Strafzumessung, sondern die von Zufälligkeiten abhängige Geschwindigkeit der Strafverfolgung, die zur Konstruktion von Zäsurwirkungen führt. Die Strafbarkeit hängt nicht von den abstrakt-generellen Normen des Strafrechts, sondern von der konkreten Organisation der Gerichte ab, die die Voraussetzungen der Strafbarkeit selbst gestalten. Eine solche Rechtsanwendung birgt die Gefahr, den Beschuldigten als bloßes Objekt der Strafverfolgungsbehörden zu behandeln.

Auch wenn sich eine Zäsurwirkung der letzten Tatsachenverhandlung begründen ließe, hätte es Feststellungen dazu bedurft, dass der Beschwerdeführer danach einen neuen, von dem ersten qualitativ verschiedenen, weil die vorausgegangene Verurteilung außer Acht lassenden Tatentschluss gefasst hat. Die bloße Fiktion eines solchen Entschlusses ohne Anhaltspunkte in äußeren Handlungen des Beschwerdeführers kann unter der Geltung des Schuldprinzips keine Grundlage für eine erneute Verurteilung sein. 31

cc) Selbst bei Annahme einer neuen schuldhaft verwirklichten Tat hätten die Gerichte sich damit auseinandersetzen müssen, ob eine erneute Verurteilung sich nicht von der Bestimmung der Strafe löst, gerechter Schuldausgleich zu sein. 32

Einer vom individuellen Schuldgehalt der Handlung bzw. des einer Handlung gleichgestellten Unterlassens (§ 13 Abs. 1 StGB) absehenden Verurteilung des Beschwerdeführers käme lediglich eine mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbarende, die verfassungsrechtlich anerkannten Strafzwecke des gerechten Schuldausgleichs sowie der General- und Spezialprävention (BVerfGE 45, 187 <253 ff.>; 64, 261 <274>; 92, 277 <349>; 109, 133 <173>) verfehlende Beugewirkung zu. Der Beschwerdeführer wird dann nicht entsprechend dem Maß seiner individuellen Schuld, sondern wegen seines gegenüber den Strafverfolgungsbehörden gezeigten Ungehorsams mit Strafen belegt, deren Ende - entgegen allen etwa in der Strafprozessordnung und der Zivilprozessordnung aufgestellten Regeln zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen - nicht absehbar ist. Ungehorsam ist einem rechtsstaatlichen Strafrecht als Strafgrund fremd und könnte allenfalls - begriffen als beharrliche Verletzung von Rechtspositionen anderer oder der Allgemeinheit - bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden. Das setzte indes eine strafbare Handlung als Grundlage der zweiten Verurteilung voraus, die in den angegriffenen Entscheidungen nicht hinreichend begründet ist. 33

3. Die angegriffene Entscheidung des Landgerichts beruht auf der Verletzung des Schuldprinzips. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts hat den Grundrechtsverstoß nicht beseitigt, sondern perpetuiert. 34

### III.

Weil die angegriffenen Entscheidungen gegen den Schuldgrundsatz (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) verstoßen, bedarf keiner Erörterung, ob auch Art. 103 Abs. 3 GG (ne bis in idem) verletzt ist. 35

### D.

Die Auslagenentscheidung beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG. Weil die Beschwerde in der Sache vollen Erfolg hat, ist die vollständige Auslagererstattung angemessen. 36

Diese Entscheidung ist unanfechtbar. 37