

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,
Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph
Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-
furt; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,
LLM, (Univ. Luzern); Priv. Doz. Dr. Lutz
Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; Dr.
Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),
(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm
Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.
Hans Kudlich (Univ. Erlangen-
Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer,
LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo
Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr.
Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr.
Markus Rübenstahl, mag. iur. (Tsam-
bikakis & Partner, Köln); 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

Dr. Gerhard Timpe, Regensburg – „§ 17 ist zu hart“ – Ist § 17 zu hart? S. 541

Wiss. Mit. Alexandra Hehr und Dr. Viola Scharbius, Bielefeld – **Der Zurechnungs-
zusammenhang bei mehraktigen Geschehen** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2016
Nr. 77 S. 550

Stud. iur. Christopher Bendek, Tübingen – **Die diamorphingestützte Substituti-
onsbehandlung in Deutschland** S. 556

Entscheidungen

BVerfG **Verfassungswidrige Blankettstrafvorschrift im Rindfleischeti-
kettierungsgesetz**

BVerfG **Anforderungen an die Fortdauer der Untersuchungshaft**

BGHSt **Beihilfe zum Massenmord im KZ „Auschwitz“**

BGHSt **Beschränktes Verwertungsverbot bei nachträglicher Zeugnis-
verweigerung**

BGHSt **Bindungswirkung eines Anfragebeschlusses**

BGHSt **Nachträgliche Verweisung der Sache an ein höheres Gericht**

BGHR **Wertgrenze bei der Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion**

BGHR **Keine Analogie bei der Postbeschlagnahme**

BGHR **Nicht geringe Menge Pentadron**

BGH **Ladung von Edward Snowden nach dem PUAG**

Die Ausgabe umfasst 83 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für **Höchstrichterliche
Rechtsprechung zum Strafrecht**
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Hamburg); Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; Prof. Dr. Diethelm Kleczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Tsambikakis & Partner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (LMU München); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Venzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel).

ISSN 1865-6277

17. Jahrgang, Dezember 2016, Ausgabe

12

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

1112. BVerfG 2 BvL 1/15 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 21. September 2016 (LG Berlin)

Verfassungswidrigkeit der Blankettstrafvorschrift des Rindfleischetikettierungsgesetzes (konkrete Normenkontrolle; Richtervorlage; verfassungsgerichtliche Kontrolle unionsrechtlich determinierter Vorschriften bei Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten; Bestimmtheitsgebot; Freiheitsgrundrecht; Zulässigkeit gesetzlicher Verweisungen; Blankettstrafgesetze; hinreichende Bestimmtheit der Verweisungsnorm; Verweisung auf Rechtsverordnungen; Verweisung auf Unionsrecht; Erkennbarkeit des strafbewehrten Verhaltens bereits anhand des verweisenden Gesetzes; Bestimmtheit von Verordnungsermächtigungen; Unzulässigkeit pauschaler Blankoermächtigungen).

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 13 Verordnung (EG) Nr. 1760/2000; § 1 RiFLEtikettG; § 10 Abs. 1 RiFLEtikettG; § 10 Abs. 3 RiFLEtikettG; § 1 Abs. 1 RiFLEtikettStrV

1. Zur Unvereinbarkeit einer Blankettstrafnorm mit den Bestimmtheitsanforderungen nach Art. 103 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG sowie nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. (BVerfG)

2. Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die eine Richtlinie oder eine Verordnung der Europäischen Union umsetzen, sind einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle jedenfalls insoweit zugänglich, als die Richtlinie oder die Verordnung den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum lässt. (Bearbeiter)

3. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verlangt, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass der Normadressat im Regelfall bereits anhand des Gesetzeswortlauts voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht. (Bearbeiter)

4. Allerdings sind Blankettstrafgesetze, bei denen der Gesetzgeber die Beschreibung des Straftatbestandes durch eine Verweisung auf andere Normen ersetzt, verfassungsrechtlich unbedenklich, sofern das verweisende Gesetz den Bezugspunkt der Verweisung hinreichend klar erkennen lässt. Dies gilt auch für Blankettstrafgesetze, die Zuwiderhandlungen gegen unmittelbar anwendbare Rechtsakte der Europäischen Union mit Strafe bewehren und zu diesem Zweck auf das Unionsrecht verweisen. (Bearbeiter)

5. Legt eine Blankettstrafnorm das strafbare Verhalten nicht vollständig selbst oder durch Bezugnahme auf ein anderes Gesetz fest, sondern erst durch Verweis auf eine Rechtsverordnung, so müssen die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aufgrund des Gesetzes, nicht erst aufgrund der hierauf gestützten Verordnung erkennbar sein. Diese Anforderungen gelten sinngemäß auch für den Fall, dass ein Blankettstrafgesetz auf das Unionsrecht verweist. (Bearbeiter)

6. Die Blankettstrafnorm des § 10 Abs. 1 RiFLEtikettG genügt den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht, weil sie nicht hinreichend klar erkennen lässt, welche Verstöße gegen unionsrechtliche Vorgaben sanktioniert werden sollen, sondern es über § 10 Abs. 3 RiFLEtikettG dem ermächtigten Bundesministerium überlässt, durch Rechtsverordnung die strafrechtlich zu ahnenden Tatbestände im Recht der Europäischen Gemeinschaft zu bezeichnen. (Bearbeiter)

7. Gesetze, die zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen. Welche Anforderungen dabei an das Maß der Bestimmtheit zu stellen sind, hängt zum einen von der Intensität der Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen ab; zum anderen darf der Gesetzgeber berücksichtigen, ob – wie bei typischerweise der Umsetzung supranationaler Vorgaben – ein Bedürfnis besteht, Regelungen rasch und allgemeinverbindlich zu treffen. (Bearbeiter)

8. Zur näheren Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Verordnungsermächtigung kann der Gesetzgeber auch Rechtsakte anderer Normgeber heranziehen und auch auf Normen und Begriffe des Rechts der Europäischen Union verweisen. Im Falle dynamischer Verweisungen sind der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit durch die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Bundesstaatlichkeit allerdings enge Grenzen gezogen. (Bearbeiter)

9. Die Verordnungsermächtigung des § 10 Abs. 3 RiFLEtikettG genügt den Bestimmtheitsanforderungen nicht, weil sie eine unzulässige pauschale Blankoermächtigung des Ordnungsgebers zur Schaffung von Straftatbeständen bei Verstößen gegen gemeinschaftsrechtliche Regelungen zur Rindfleischetikettierung enthält. Die Bezug-

nahme auf europäische Rechtsakte im Anwendungsbereich des § 1 RiFLEtikettG beinhaltet insoweit keine ausreichende Eingrenzung. (Bearbeiter)

1114. BVerfG 2 BvR 1275/16 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Oktober 2016 (Brandenburgisches OLG)

Fortdauer der Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Unschuldsvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen; keine Rechtfertigung von dem Staat zurechenbaren Verzögerungen durch Schwere der Tat oder längerfristige Überlastung des Gerichts; Untersuchungshaft von mehr als einem Jahr bis zum Beginn der Hauptverhandlung allenfalls in besonderen Ausnahmefällen; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; Offenlegung der angewendeten Maßstäbe; widersprüchliche Wertungen; Geltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auch bei Haftverschonung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis nach Außervollzugsetzung des Haftbefehls insbesondere bei freiheitsbeschränkenden Auflagen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 116 StPO

1. Die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ist zur Wahrung der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung nur dann zulässig, wenn die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung den Freiheitsanspruch des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

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

3. Im Rahmen der Abwägung zwischen Freiheitsanspruch und Strafverfolgungsinteresse sind in erster Linie die Komplexität der Rechtssache, die Vielzahl der beteiligten Personen und das Verhalten der Verteidigung von Bedeutung. Der Vollzug der Untersuchungshaft von mehr als einem Jahr bis zum Beginn der Hauptverhandlung oder dem Erlass des Urteils wird dabei nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zu rechtfertigen sein.

4. Allein die Schwere der Straftat und die sich daraus ergebende Straferwartung vermag jedenfalls bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verzögerungen die Fortdauer einer ohnehin bereits lang andauernden Untersuchungshaft nicht zu rechtfertigen.

5. Anders als unvorhersehbare Zufälle und schicksalhafte Ereignisse – wie etwa die plötzliche Erkrankung eines Mitglieds der zur Entscheidung berufenen Strafkammer – kann eine nicht nur kurzfristige Überlastung eines Gerichts die Haftfortdauer niemals rechtfertigen. Dies gilt selbst dann, wenn die Überlastung auf einem Geschäftsanfall beruht, der sich trotz Ausschöpfung aller gerichtsorganisatorischen Mittel und Möglichkeiten nicht mehr innerhalb angemessener Fristen bewältigen lässt.

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

7. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben gelten auch für einen außer Vollzug gesetzten Haftbefehl; auch Beschränkungen, denen der Beschuldigte durch Auflagen und Weisungen ausgesetzt ist, dürfen nicht länger andauern, als es nach den Umständen erforderlich ist.

8. Eine Haftfortdauerentscheidung genügt den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen nicht, wenn sie, nachdem der zuständige Spruchkörper mehrfach fehlerhaft besetzt war und deshalb mit der Hauptverhandlung erneut begonnen werden musste, bereits die angewendeten Maßstäbe nicht klar erkennen lässt und widersprüchliche Ausführungen dazu enthält, ob und inwieweit jeweils von einer für das Beschleunigungsgebot in Haftsachen relevanten Verzögerung ausgegangen wird.

9. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft besteht auch nach Außervollzugsetzung des Haftbefehls insbesondere dann fort, wenn der Beschuldigte durch Auflagen in seiner persönlichen Freiheit nach wie vor schwerwiegend beeinträchtigt ist.

1111. BVerfG 1 BvR 1766/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 30. Oktober 2016 (AG München)

Akteneinsichtsrecht für den Verletzten einer Straftat (Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung; unterlassene Anhörung als nicht heilbarer Verfahrensfehler); materielle Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erfordernis der Erhebung einer erst nach Abschluss des Verfahrens zulässigen Beschwerde).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 GG; § 406e Abs. 1 StPO; § 406e Abs. 4 StPO

1. Die Gewährung von Akteneinsicht greift regelmäßig in das Recht des Beschuldigten auf informationelle Selbstbestimmung ein, so dass die Staatsanwaltschaft zu einer vorherigen Anhörung des von dem Einsichtersuchen Betroffenen verpflichtet ist. Die unterlassene Anhörung stellt einen schwerwiegenden Verfahrensfehler dar, der durch die Durchführung des Verfahrens auf gerichtliche Entscheidung nicht geheilt werden kann.

2. Der Grundsatz der materiellen Subsidiarität erfordert es, vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegen die Bewilligung von Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft nicht nur die – nach § 406e Abs. 4 Satz 4 StPO zunächst unanfechtbare – Entscheidung des Ermittlungsrichters einzuholen, sondern auch von der – wenngleich erst nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens oder dem rechtskräftigen Abschluss des Hauptverfahrens eröffneten – Möglichkeit der Beschwerde Gebrauch zu machen.

1113. BVerfG 2 BvR 517/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Oktober 2016 (OLG Hamm / LG Paderborn)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Grad der Wahrscheinlichkeit; steigende Anforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer; Erörterung besonderer Umstände; Therapiestillstand; Therapieverweigerung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

1. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters im psychiatrischen Krankenhaus – zählen.

2. Bei der Entscheidung über die Aussetzung einer Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen, indem die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Unterbrachten einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen werden. Dabei sind im Rahmen einer Gesamtwürdigung die von dem Täter ausgehenden Gefahren zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen.

3. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitsingriff die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

4. Zu verlangen ist eine einzelfallbezogene Konkretisierung der Art und des Grades der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten, die von dem Unterbrachten drohen. Dabei ist auf das frühere Verhalten des Unterbrachten, die von ihm bislang begangenen Taten, die seit Anordnung der Maßregel eingetretenen Umstände, den Zustand des Unterbrachten sowie seine künftig zu erwartenden Lebensumstände abzustellen.

5. Ein Fortdauerbeschluss genügt den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen nicht, wenn er sich ohne weitere Konkretisierung des von dem seit 22 Jahren Unterbrachten zu erwartenden Verhaltens und ohne Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades auf die Feststellung beschränkt, es sei weiterhin mit Sexualdelikten zum Nachteil von Frauen und Mädchen sowie mit sexuell übergriffigem Verhalten zu rechnen, das für die Betroffenen erhebliche physische und psychische Folgen haben könnte.

6. Eine Fortdauerentscheidung genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch dann nicht, wenn das Gericht bei dem Unterbrachten einen Therapiestill-

stand oder eine Therapieverweigerung feststellt, jedoch nicht erörtert, welche Bedeutung dem für die Verhältnismäßigkeit der weiteren Unterbringung zukommt.

1116. BVerfG 2 BvR 2921/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. November 2016 (OLG Zweibrücken / LG Landau in der Pfalz)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; integrative Betrachtung; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Grad der Wahrscheinlichkeit; steigende Anforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer; Bezugnahme auf das Anlassdelikt; erörterungsbedürftige Aspekte im Einzelfall; Vollzugsverhalten; Bewährungsversagen; fehlende Behandlungsaussichten; milderes Mittel; Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht; Entlassung in eine Wohneinrichtung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

1. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen Rang einnimmt, darf nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters im psychiatrischen Krankenhaus – zählen.

2. Bei der Entscheidung über die Aussetzung einer Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen, indem die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Untergebrachten einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen werden. Dabei sind im Rahmen einer Gesamtwürdigung die von dem Täter ausgehenden Gefahren zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen.

3. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitsentzug die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

4. Zu verlangen ist eine einzelfallbezogene Konkretisierung der Art und des Grades der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten, die von dem Untergebrachten drohen. Dabei ist auf das frühere Verhalten des Untergebrachten, die von ihm bislang begangenen Taten, die seit Anordnung der Maßregel eingetretenen Umstände, den Zustand des Untergebrachten sowie seine künftig zu erwartenden Lebensumstände abzustellen.

5. Die von einem Untergebrachten ausgehende Gefahr ist durch den bloßen Verweis auf die Anlasstaten nicht in

der gebotenen Weise konkretisiert, wenn dem Anlassurteil neben einer Brandstiftung auch Diebstähle zugrunde lagen. Auch die Bezugnahme auf die Brandstiftung wäre nicht ausreichend, wenn durch diese im Einzelfall keine Menschen gefährdet und lediglich Sachschaden verursacht worden ist.

6. Ein Schluss auf Art und Schwere zukünftig drohender Taten lässt sich insoweit auch nicht damit begründen, der Untergebrachte habe im Vollzug Mitpatienten gestoßen und beleidigt, wirke manipulativ und berechnend und unterliege Stimmungsschwankungen, ohne dass ein Zusammenhang mit den Anlasstaten herzustellen ist.

7. Bei einem insgesamt seit über 28 Jahren im Maßregelvollzug Untergebrachten sind insbesondere die von diesem bedrohten Rechtsgüter konkret zu benennen. Hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit neuer Taten genügt der Verweis auf ein mehrfaches früheres Bewährungsversagen nicht, wenn dieses bereits über 20 Jahre zurückliegt. Außerdem ist auszuführen, welche Bedeutung die festgestellten geringen Behandlungsaussichten des Betroffenen für die Verhältnismäßigkeit der weiteren Unterbringung haben.

8. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch mildere Maßnahmen wie insbesondere durch geeignete Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann. Dies gilt vor allem dann, wenn der hinzugezogene Sachverständige eine Entlassung des Untergebrachten in eine geeignete Wohneinrichtung für möglich erachtet.

1115. BVerfG 2 BvR 2275/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. November 2016 (LG Traunstein)

Verfassungswidrige Versagung wirksamen Eilrechtsschutzes im Strafvollzug (Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes; Recht auf wirksame Kontrolle auch im Eilverfahren; Eilantrag gegen eine Fesselungsanordnung; willkürliches Absehen von einer Anhörung der Justizvollzugsanstalt).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 Satz 2 StVollzG

1. Angesichts der verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes darf sich der Rechtsschutz auch im Eilverfahren nicht in der bloßen Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts erschöpfen, sondern muss zu einer wirksamen Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht führen.

2. Eine Strafvollstreckungskammer verweigert den verfassungsrechtlich garantierten Eilrechtsschutz in willkürlicher Weise, wenn sie einen strafvollzugsrechtlichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der Begründung verwirft, die Rechtmäßigkeit der von dem Gefangenen angegriffenen Fesselungsanordnung könne ohne vorherige Anhörung der Justizvollzugsanstalt nicht beurteilt werden.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1123. BGH 3 StR 49/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Lüneburg)

BGHSt; Beihilfe zum Massenmord im Konzentrationslager „Auschwitz“ (Hilfeleisten; Förderung der Tat; Kausalität; psychische Beihilfe; Organisationsapparat; staatlich organisierte Massenverbrechen; hierarchische Befehlskette; Zusammenwirken über mehrere Ebenen; Völkermord an den europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland).

§ 211 StGB; § 27 StGB

1. Beihilfe zum Mord durch Dienst im Konzentrationslager Auschwitz. (BGHSt)
2. Bereits durch die allgemeine Dienstausbildung im Konzentrationslager „Auschwitz“ kann den Führungspersonen in Staat und SS i.S.d. § 27 StGB Hilfe dabei geleistet worden sein, die von ihnen geplanten und angeordneten Massentötungen umzusetzen. Das gilt jedenfalls dann, wenn konkrete Handlungsweisen mit unmittelbarem Bezug zu dem organisierten Tötungsgeschehen in Auschwitz (hier: Wachdienst an der „Rampe“ und Verwaltung der den Deportierten abgenommenen Gelder) im Rahmen eines konkret umgrenzten Sachverhaltskomplexes (hier sog. „Ungarn-Aktion“) festgestellt sind.
3. Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB ist – bei Erfolgsdelikten – grundsätzlich jede Handlung, welche die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt dieses Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich. Beihilfe kann schon im Vorbereitungsstadium der Tat geleistet werden, selbst zu einem Zeitpunkt, in dem der Haupttäter zur Tatbegehung noch nicht entschlossen ist; sie ist auch noch nach Vollendung der Tat bis zu deren Beendigung möglich, auch in der Form sog. psychischer, indem der Haupttäter ausdrücklich oder auch nur konkludent in seinem Willen zur Tatbegehung, sei es auch schon in seinem Tatentschluss, bestärkt wird. (Bearbeiter)
4. Wird die Tat aus einem Personenzusammenschluss – etwa einer Bande oder einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung – heraus begangen, so kann sie dem einzelnen Banden- oder Vereinigungsmitglied nicht allein aufgrund der von ihm getroffenen Bandenabrede oder seiner Zugehörigkeit zu der Vereinigung als eigene zugerechnet werden; es ist vielmehr hinsichtlich jeder Tat nach den allgemeinen Kriterien zu prüfen, ob sich das betreffende Mitglied daran als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB), Anstifter (§ 26 StGB) oder Gehilfe (§ 27 StGB)

beteiligt bzw. gegebenenfalls insoweit überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet hat. (Bearbeiter)

5. Bei Handlungen, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden, gelten im Ausgangspunkt die allgemeinen Grundsätze, wobei die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei derartigen Delikten in tatsächlicher Hinsicht ergeben. Im Einzelnen:

- a) Bei einer Tatterie wie dem systematischen Völkermord an den europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland ist zu berücksichtigen, dass an jeder einzelnen bei dessen Verwirklichung begangenen Mordtat einerseits eine Vielzahl von Personen allein in politisch, verwaltungstechnisch oder militärischhierarchisch verantwortlicher Position ohne eigenhändige Ausführung einer Tötungshandlung beteiligt war, andererseits aber auch eine Mehrzahl von Personen in Befolgung hoheitlicher Anordnungen und im Rahmen einer hierarchischen Befehlskette unmittelbar an der Durchführung der einzelnen Tötungen mitwirkte. (Bearbeiter)
- b) Bei der rechtlichen Bewertung von Handlungen eines auf unterer Hierarchieebene und ohne eigene Tatherrschaft in die organisatorische Abwicklung des massenhaften Tötungsgeschehens eingebundenen Beteiligten muss in den Blick genommen werden, dass zu jeder einzelnen Mordtat Mittäter auf mehreren Ebenen in unterschiedlichsten Funktionen sowie mit verschiedensten Tathandlungen zusammenwirkten und daher zu prüfen ist, ob die Handlungen des allenfalls als Tatgehilfe in Betracht kommenden Beteiligten die Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben. (Bearbeiter)

1157. BGH 2 StR 493/15 – Urteil vom 10. August 2016 (LG Erfurt)

Versuch (unmittelbares Ansetzen bei Eigentums- oder Körperverletzungsdelikten in der Wohnung des Opfers); Nichtanzeige geplanter Straftaten (keine Anzeigspflicht des an der Planung beteiligten, auch wenn es noch nicht zu einer strafbaren Beteiligung gekommen ist); tatrichterliche Beweiswürdigung.

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 242 StGB; § 223 StGB; § 138 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Ein unmittelbares Ansetzen zu Eigentums- oder auch zu Körperverletzungsdelikten in der Wohnung eines Opfers liegt vor, wenn die Tat in der Wohnung dadurch

ermöglicht werden soll, dass sich ein Täter unter einem Vorwand Einlass verschafft, um auf das Tatopfer einzuwirken bzw. es zu bestehlen. Der Angriff auf die körperliche Integrität und den fremden Gewahrsam beginnt in diesen Fällen bereits mit dem Begehren um Einlass. Gleiches gilt, wenn der Täter für seine Tat „das Überraschungsmoment ausnutzen“ will, weil er davon ausgeht, dass das Tatopfer die Tür öffnen werde.

2. Die Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten (§ 138 Abs. 1 StGB) entfällt nicht nur für den, der (als Täter oder Teilnehmer) der Haupttat oder der Mitwirkung am Versuch der Beteiligung überführt oder einer strafbaren Beteiligung verdächtig ist (vgl. BGH NJW 1964, 731, 732). Von der Anzeigepflicht ist vielmehr auch derjenige frei, der bei der Planung der Tat lediglich beteiligt war, ohne dass es bei ihm zu mehr als einer straflosen Vorbereitung oder zu einer wegen Rücktritts straffreien Beteiligung gekommen wäre (vgl. BGH NStZ 1982, 244).

1156. BGH 2 StR 43/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Frankfurt a. M.)

(Wohnungs-)Einbruchdiebstahl (Versuchsbeginn erst mit unmittelbarem Ansetzen zur Tathandlung des Grunddelikts).

§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

1. Bei Qualifikationstatbeständen wie auch bei Tatbeständen mit Regelbeispielen ist grundsätzlich auf das Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes abzustellen. Daraus folgt, dass sich bei § 244 StGB wie bei § 243 StGB gleichermaßen die einheitlich zu beantwortende Frage stellt, ob mit den festgestellten Tathandlungen zur Wegnahme im Sinne von § 22 StGB angesetzt ist.

2. Nach diesen Maßstäben stellen weder das Eindringen in den Garten über das Gartentor noch ein „Zuschaffenmachen“ vor der Terrassentür ein unmittelbares Ansetzen dar, wenn im Haus noch nach Stehlenswertem gesucht werden soll.

1151. BGH 2 StR 19/16 – Beschluss vom 1. September 2016 (LG Köln)

Tötungsvorsatz bei Mittätern (erforderliche Gesamtschau für jeden einzelnen Tatbeteiligten).

§ 212 StGB; § 16 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Jeder Mittäter ist für ein Handeln anderer Personen im Hinblick auf eine Vorsatztat nur im Rahmen seines eigenen Vorsatzes verantwortlich. Selbst wenn dieser Vorsatz, dem Tatplan entsprechend, auch den Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs umfasst hat, folgt daraus noch nicht ohne weiteres, dass ein Mittäter, der ein solches Werkzeug nicht selbst einsetzt, auch bedingten Vorsatz zur Tötung des Opfers hat. Bei gruppenspezifisch geprägten Gewalthandlungen können Fälle mit gedankenloser Verletzungsabsicht vorliegen, die gegebenenfalls nur mit grober Fahrlässigkeit hinsichtlich einer möglichen Todesverursachung einhergehen. Ob bedingter Tötungsvorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, ist in solchen Fällen hinsichtlich jedes Tatbeteiligten in einer Gesamtschau aller ihn betreffenden objektiven und sub-

jektiven Tatumstände, in die auch die psychische Verfassung des Tatbeteiligten bei der Tatbegehung sowie seine Motivation einzubeziehen sind, genau zu prüfen.

1122. BGH 3 StR 302/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Lüneburg)

Betrug (konkurrenzrechtliche Beurteilung innerhalb einer Deliktserie; Tateinheit; Tatmehrheit; Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale; individueller Tatbeitrag; Förderung mehrerer Einzeltaten gleichzeitig durch Mitwirkung im Vorfeld; Aufbau und Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Sind mehrere Personen an einer Deliktserie beteiligt, so ist bei der Bewertung des Konkurrenzverhältnisses für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen, ob die einzelnen Straftaten der Serie in seiner Person tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Dabei sind folgende Grundsätze zu beachten:

a) Erfüllt ein Beteiligter hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten, soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt, als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen.

b) Erbringt er dagegen im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeldelikte der Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die je gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den jeweiligen einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die anderen Beteiligten die einzelnen Delikte nach obigen Grundsätzen gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung.

c) Erschöpfen sich die Tatbeiträge im Aufbau und der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“, sind diese Tathandlungen als – uneigentliches – Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (BGH HRRS 2015 Nr. 13). Für die konkurrenzrechtliche Beurteilung der Taten des Täters oder Teilnehmers kommt es dabei nicht darauf an, ob die anderen Beteiligten, die die tatbestandlichen Ausführungshandlungen vornehmen, (Mit-)Täter oder Gehilfen sind oder ob es sich um gutgläubige Werkzeuge handelt.

1164. BGH 4 StR 391/16 – Beschluss vom 27. September 2016 (LG Bielefeld)

Aussetzung (Verhältnis zu einem durch die Aussetzungshandlung versuchten Tötungsdelikt: Gesetzeskonkurrenz).

§ 221 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

Der Senat braucht vorliegend nicht zu entscheiden, ob der Auffassung, zwischen einem versuchten Tötungsdelikt und dem Tatbestand der Aussetzung bestehe Geset-

zeskonkurrenz, in dieser Allgemeinheit zu folgen ist. Jedenfalls in Fällen, in denen die – mit direktem Vorsatz ausgeführte – versuchte Tötungshandlung gerade im Verbringen des Opfers in eine hilflose Lage im Sinne des § 221 StGB besteht, ist an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu §§ 221 StGB aF festzuhalten, dass,

wer den äußeren Tatbestand der Aussetzung mit wenn auch nur bedingtem Tötungsvorsatz verwirklicht, nur wegen vollendeter oder versuchter Tötung bestraft werden kann, nicht aber wegen Aussetzung (vgl. BGHSt 4, 113, 116).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1161. BGH 4 StR 239/16 – Urteil vom 13. Oktober 2016 (LG Waldshut-Tiengen)

BGHR; Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert: Wertgrenze abweichend von Straßenverkehrsdelikten; Verhältnis zum strafbaren Umgang mit explosionsgefährlichen Stoffen); bandenmäßiges unerlaubtes Handeln mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff der Bande: Verkäufer und Erwerber in andauernder Geschäftsbeziehung); Begründung eines freisprechenden Urteils (im Einzelfall erforderliche Feststellungen zur Person des Angeklagten); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 308 Abs. 1 StGB; § 315b StGB; § 315c StGB; § 40 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 27 Abs. 1 SprengG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 46 StGB

1. Die Wertgrenze für die Annahme der Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert im Sinne des § 308 Abs. 1 StGB liegt bei 1.500 €. (BGH)

2. Der Senat hält einen höheren Grenzwert als bei den §§ 315b, 315c StGB für erforderlich, um dem Charakter der Vorschrift des § 308 Abs. 1 StGB als Verbrechen bereits im Grundtatbestand und der damit verbundenen deutlich erhöhten Strafdrohung Rechnung zu tragen. Der identische Wortlaut und die Einstellung in dem gleichen Abschnitt des Strafgesetzbuches wie die §§ 315b, 315c StGB steht dem nicht entgegen. (Bearbeiter)

3. Bei § 40 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 27 Abs. 1 SprengG handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. § 308 Abs. 1 StGB ist ein konkretes Gefährdungsdelikt (vgl. BGH NStZ-RR 1996, 132), sodass bereits nach allgemeinen Grundsätzen das abstrakte Gefährdungsdelikt dahinter zurücktritt. Das gilt auch im Fall des lediglich versuchten Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion. (Bearbeiter)

4. Wesentliches Merkmal einer Bande ist die auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung von mindestens drei Personen zur gemeinsamen Deliktsbegehung (vgl. BGHSt 46, 321 ff). Daran fehlt es, wenn sich die Beteiligten eines Betäubungsmittelgeschäfts auf der Verkäufer-

und der Erwerberseite selbständig gegenüberstehen, auch wenn sie in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem im Rahmen einer andauernden Geschäftsbeziehung handeln. Ob eine Person, die regelmäßig von einem bestimmten Verkäufer Betäubungsmittel zum Zweck des gewinnbringenden Weiterverkaufs bezieht, in dessen Absatzorganisation als verlängerter Arm eingebunden ist oder dieser auf der Abnehmerseite als selbständiger Geschäftspartner gegenübersteht, beurteilt sich im Wesentlichen nach der getroffenen Risikoverteilung (vgl. BGH NStZ 2007, 533). (Bearbeiter)

5. Bei freisprechenden Urteilen ist der Tatrichter aus sachlichrechtlichen Gründen zumindest dann zu Feststellungen zur Person des Angeklagten verpflichtet, wenn diese für die Beurteilung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können und deshalb zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler hin notwendig sind (st. Rspr.). Insoweit verbietet sich indes eine schematische Betrachtung (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 180 f.); die Entscheidung, ob ein Verstoß gegen § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO vorliegt, ist aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu treffen. (Bearbeiter)

1172. BGH 1 StR 402/16 – Urteil vom 12. Oktober 2016 (LG Nürnberg/Fürth)

Betrug (Abgrenzung zum Trickdiebstahl); Diebstahl (Trickdiebstahl; Gewahrsamsübergang; Mitgewahrsam).

§ 242 Abs. 1 StGB; §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; 263 Abs. 1 StGB

1. In Fällen, in denen sich der Täter, eine Sache durch Täuschung verschafft, ist für die Abgrenzung von Wegnahme (§ 242 StGB) und Vermögensverfügung (§ 263 StGB) auch die Willensrichtung des Getäuschten und nicht nur das äußere Erscheinungsbild des Tatgeschehens maßgebend.

2. Betrug liegt vor, wenn der Getäuschte aufgrund freier, nur durch Irrtum beeinflusster Entschließung Gewahrsam übertragen will und überträgt. In diesem Fall wirkt sich der Gewahrsamsübergang, dem ein Handeln, Dulden oder Unterlassen zu Grunde liegen kann, unmittelbar vermögensmindernd aus. Diebstahl ist gegeben, wenn die Täuschung lediglich dazu dienen soll, einen gegen den Willen des Berechtigten gerichteten eigenmächtigen

Gewahrsamsbruch des Täters zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern.

3. Von der Vorschrift des § 242 StGB werden insbesondere auch solche Fallgestaltungen erfasst, in denen der Gewahrsamsinhaber mit der irrumsbedingten Aushändigung der Sache eine Wegnahmesicherung aufgibt, gleichwohl aber noch zumindest Mitgewahrsam behält, der vom Täter gebrochen wird. Vollzieht sich der Gewahrsamsübergang mithin in einem mehraktigen Geschehen, so ist die Willensrichtung des Getäuschten in dem Zeitpunkt entscheidend, indem er die tatsächliche Herrschaft über die Sache vollständig verliert. Um diesen Zeitpunkt des vollständigen Verlustes der Sachherrschaft bestimmen zu können, bedarf es der Berücksichtigung des äußeren Erscheinungsbildes der Tat.

4. Erwartet der Geschädigte beim Überlassen einer Sache, dass der Dritte ihm diese sogleich zurückgeben werde, ist es ohne das Hinzutreten besonderer Umstände regelmäßig mit den maßgeblichen Anschauungen des täglichen Lebens nicht vereinbar, anzunehmen, dass er die tatsächliche Herrschaft über die noch in seiner unmittelbaren Nähe befindlichen Sache vollständig verliert. Die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit wird unter solchen Umständen allein durch die Aufgabe der Sicherung, die darin liegt, die Sache unmittelbar bei sich zu tragen, noch nicht entzogen.

5. Die freiwillige Übertragung von Mitgewahrsam ist noch keine Vermögensverfügung; sie bewirkt keinen unmittelbaren Vermögensschaden, sondern lediglich eine Gewahrsamslockerung, die darin zu sehen ist, dass sich der Berechtigte der alleinigen Sachherrschaft begeben hat und nicht mehr in demselben Maße auf sie einwirken kann wie zuvor.

1176. BGH 2 StR 6/16 – Beschluss vom 24. August 2016 (LG Köln)

Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit; besonders schwerer Fall des Diebstahls und des Betrugs.

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

1. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will.

2. Dabei muss die die Gewerbsmäßigkeit kennzeichnende Wiederholungsabsicht gerade dasjenige Delikt betreffen, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist.

1125. BGH 3 StR 328/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2016 (LG Lüneburg)

Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs bei Vorfinden des Gegenstands am Tatort.

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB

Für das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB genügt es nicht in jedem Fall, dass das Werkzeug sich in Griffweite des Beteiligten befindet oder er sich seiner jederzeit ohne

nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann. Findet der Beteiligte den Gegenstand lediglich am Tatort vor und lässt ihn unangetastet, liegt kein Beisichführen vor. Wenn sich das gefährliche Werkzeug nur in räumlicher Nähe des Beteiligten befindet, ist für eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB vielmehr – neben dem Bewusstsein, das Werkzeug funktionsbereit zur Verfügung zu haben – daher zusätzlich erforderlich, dass der Beteiligte es zum Tatort mitgebracht hat oder es zu irgendeinem Zeitpunkt bis zur Tatbeendigung noch ergreift.

1147. BGH 1 StR 372/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (LG München I)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Begriff der schweren Beleidigung; Begriff des auf der Stelle zur Tat hingerissen-Werden).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

1. Für das Vorliegen einer „schweren Beleidigung“ im Sinne des § 213 StGB kommt es nicht darauf an, wie der Angeklagte die Kundgebung des Geschädigten aufgefasst hat, sondern darauf, ob sie objektiv als schwer beleidigend zu beurteilen ist (vgl. BGH NStZ 1981, 300). Maßgebend ist der konkrete Geschehensablauf unter Berücksichtigung von Persönlichkeit und Lebenskreis der Beteiligten, der konkreten Beziehung zwischen Täter und Opfer sowie der tatalösenden Situation.

2. Dafür, ob sich der Täter durch eine schwere Beleidigung „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ worden ist, kommt es nicht allein auf die Zeitdauer zwischen der provozierenden Aussage des Geschädigten und dem Angriff an. Maßgebend ist vielmehr, ob der bei einem Täter durch die Provokation hervorgerufene Zorn noch angehalten und ihn zu seiner Tat hingerissen hat (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 10) und als nicht durch rationale Erwägung unterbrochene Gefühlsaufwallung fortgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 200).

1137. BGH AK 46/16 – Beschluss vom 31. August 2016

Gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtete geheimdienstliche Agententätigkeit (Weiterleitung von Informationen; politische Betätigung; terroristische Vereinigung; Strafverfolgungsmonopol); Beweiswert einer Behördenerklärung (Nachrichtendienst; Bundesamt für Verfassungsschutz; Einzelfallprüfung

§ 99 StGB; § 261 StPO

1. Die Weiterleitung von Informationen an einen ausländischen Nachrichtendienst ist jedenfalls dann regelmäßig „gegen die Bundesrepublik Deutschland“ gerichtet (§ 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB), wenn die Informationen unbescholtene deutsche Staatsangehörige, Staatsgäste der Bundesrepublik oder solche ausländische Staatsangehörige, die sich unter dem Schutz des Art. 5 GG in Deutschland in legaler Weise politisch betätigen betreffen. Bei Personen, die Mitglieder einer terroristischen Vereinigung sind, begründet demgegenüber weder der Rückgriff auf Grundrechte noch auf das Strafverfolgungsmonopol des Staates ohne weiteres ein „gegen die Bundesrepublik Deutschland“ gerichtetes Handeln in diesem Sinne.

2. Eine bloße Behauptung bestimmter Tatsachen ohne nähere Erläuterung und ohne Offenbarung der Erkenntnisquellen in einem Behördenzeugnis (hier: eines Nachrichtendienstes) hat nur einen geringen Beweiswert. Gleichwohl kann solchen Behördenzeugnissen nicht jeglicher Beweiswert abgesprochen werden, dieser ist vielmehr in jedem Einzelfall zu bestimmen. Soweit der Inhalt primärer Beweismittel wiedergegeben wird, beurteilt sich die Zuverlässigkeit dieser Angaben nach allgemeinen Grundsätzen; danach kann etwa die Konkretheit der Ausführungen ebenso von Bedeutung sein wie deren Umfang oder die Objektivierung der genannten Erkenntnisse anhand weiterer, unmittelbar vorliegender Beweismittel.

1177. BGH 2 StR 197/16 – Beschluss vom 1. September 2016 (LG Aachen)

Bandendiebstahl (Rückschluss auf eine konkludente Bandenabrede).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich nach der deliktischen Vereinbarung, der so genannten Bandenabrede, die zwar durch schlüssiges Verhalten zustande kommen und daher auch aus dem konkret feststellbaren, wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden kann.

2. Erforderlich ist in solchen Fällen jedoch eine sorgfältige und umfassende Würdigung aller im konkreten Einzelfall für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände.

3. Insbesondere kann ein Rückschluss von dem tatsächlichen deliktischen Zusammenwirken auf eine konkludente Bandenabrede für sich genommen zu kurz greifen. Ist beispielsweise zwischen verschiedenen Taten einige Zeit verstrichen und sind die übrigen Beteiligten unbekannt, kann aus einer ähnlichen Begehungsweise allein nicht auf eine konkludente Bandenabrede geschlossen werden.

1191. BGH 4 StR 354/16 – Beschluss vom 26. Oktober 2016 (LG Bad Kreuznach)

Urkundenfälschung (Gebrauchmachen; Mehrfachgebrauch); Konkurrenzen.

§ 267 Abs. 1, 3. Alt. StGB

1. Das Gebrauchmachen einer unechten Urkunde gemäß § 267 Abs. 1, 3. Alt. StGB verwirklicht, wer ein mit falschen amtlichen Kennzeichen versehenes Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr nutzt.

2. Es liegt nur eine Urkundenfälschung, wenn eine gefälschte Urkunde mehrfach gebraucht wird und dieser mehrfache Gebrauch dem schon bei der Fälschung bestehenden konkreten Gesamtvorsatz des Täters entspricht.

3. Der in der Fahrzeugnutzung liegende mehrfache Gebrauch einer unechten Urkunde und deren vorangegangene Herstellung als tatbestandliche Handlungseinheit bilden eine Tat der Urkundenfälschung.

1188. BGH 4 StR 254/16 – Urteil vom 27. Oktober 2016 (LG Siegen)

Nichtanzeige geplanter Straftaten; Konkurrenzen.

§ 138 StGB

1. Eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Verdacht der Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 und 2 StGB bezeichneten Katalogtat fortbesteht.

2. In der angeklagten Beteiligung an einer Katalogtat des § 138 StGB ist zugleich – im Sinne prozessualer Tatidentität (vgl. §§ 264, 155 StPO) – der Vorwurf enthalten, die beabsichtigte Begehung dieses Delikts nicht angezeigt zu haben. Dieser Vorwurf untersteht damit ebenfalls tatrichterlicher Kognition.

1171. BGH 1 StR 377/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (LG Ulm)

Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot (hinreichende Bestimmtheit von Weisungen während der Führungsaufsicht); Anforderungen an einen Führungsaufsichtsbeschluss.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 68b Abs. 1, 2 StGB; § 145a Satz 1 StGB

1. Voraussetzung für eine Bestrafung nach § 145a StGB ist, dass die Weisungen, gegen die verstoßen wurde, hinreichend bestimmt sind. Dies ist in den Urteilsgründen darzustellen.

2. In Anbetracht des Bestimmtheitsgebotes aus Art. 103 Abs. 2 GG und der Tatsache, dass § 68b Abs. 2 StGB auch nicht strafbewehrte Weisungen zulässt, muss sich aus dem Führungsaufsichtsbeschluss selbst ergeben, dass es sich bei den Weisungen, auf deren Verletzung die Verurteilung gestützt werden soll, um solche nach § 68b Abs. 1 StGB handelt, die gemäß § 145a Satz 1 StGB strafbewehrt sind. Der Umstand, dass eine Weisung strafbewehrt ist, muss in dem Führungsaufsichtsbeschluss unmissverständlich klargestellt sein.

3. Wegen der Gefahr von Missverständnissen und Unklarheiten kann die Klarstellung des Charakters der Weisungen im Führungsaufsichtsbeschluss nicht durch eine mündliche Belehrung ersetzt werden.

1193. BGH 4 StR 430/16 – Beschluss vom 12. Oktober 2016 (LG Münster)

Verhältnis von Besitz kinderpornographischer Schriften und dem erfolgreichen Unternehmen des Sich-Verschaffens solcher Schriften (Konkurrenzen).

§ 184b Abs. 4 StGB, § 52 StGB; § 53 StGB

Bei dem Besitz kinderpornographischer Schriften im Sinne des § 184b Abs. 4 Satz 2 StGB aF handelt es sich lediglich um einen subsidiären Auffangtatbestand, der dem erfolgreichen Unternehmen des Sich-Verschaffens solcher Schriften gemäß § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB aF nachfolgt.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1159. BGH 2 StR 504/15 – Urteil vom 24. August 2016 (LG Köln)

Strafmilderung wegen verringerter Schuldfähigkeit (Ermessensentscheidung des Tatrichters: eingeschränkte revisionsrechtliche Kontrolle; regelmäßig kein geringer Schuldgehalt bei zu verantwortender Trunkenheit, wenn dadurch Risiko der Begehung von Straftaten erhöht); besonders schwere Vergewaltigung (Begriff der sexuellen Handlung: bereits objektiv sexualbezogene Handlung ausreichend; Verhältnis zu vorherigen Körperverletzungshandlungen: Konsumtion); Strafzumessung (keine strafscharfende Berücksichtigung des Fehlens verständlicher Motive); Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzung eines kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 2, Abs. 8 Nr. 2 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 46a Abs. 1 StGB

1. Über die fakultative Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB entscheidet der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen aufgrund einer Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Umstände. Einer revisionsrechtlichen Überprüfung ist die Entscheidung über die fakultative Strafrahmenschiebung nur eingeschränkt zugänglich; insoweit steht dem Tatrichter ein weiter Ermessensspielraum zu. Es ist Aufgabe des Tatrichters, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen und gegeneinander abzuwägen. Welchen Umständen er bestimmendes Gewicht beimisst, ist im Wesentlichen seiner Beurteilung überlassen (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 336 f.).

2. Im Rahmen der Ermessensentscheidung ist zu berücksichtigen, dass der Schuldgehalt der Tat bei einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit in aller Regel vermindert ist (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 74). Beruht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit jedoch auf zu verantwortender Trunkenheit, so spricht dies in der Regel gegen eine Strafrahmenschiebung, wenn sich aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls das Risiko der Begehung von Straftaten infolge der Alkoholisierung vorhersehbar signifikant erhöht hat (vgl. BGHSt 49, 239).

3. Dabei ist als allgemeinkundig vorzusetzen, dass eine alkoholische Berausung generell die Hemmschwelle gegenüber sozial auffälligem und aggressivem Verhalten zu senken pflegt. Weiß der Täter oder muss er damit rechnen, dass er unter Alkoholeinfluss zu strafbaren Verhaltensweisen neigt und trinkt er trotzdem Alkohol, so spricht dies in der Regel gegen die Annahme einer

Strafrahmenschiebung (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 238). Einschlägiger Vorverurteilungen bedarf es insoweit nicht. Die genannten Umstände erhöhen die Schuld und können zur Versagung einer Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB führen, wenn sie die infolge der Herabsetzung der Schuldfähigkeit verminderte Tat-schuld aufwiegen.

4. Bei objektiv, also allein gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild eindeutig sexualbezogenen Handlungen kommt es für das Vorliegen einer sexuellen Handlung auf die Motivation des Täters nicht an (vgl. BGHSt 29, 336, 338). Gleichgültig ist deshalb, ob er die sexuelle Handlung aus Wut, als Akt der Bestrafung, aus Sadismus oder aus anderen Gründen vornimmt (. Der ausdrücklichen Feststellung einer sexuellen Absicht des Täters bedarf es bei objektiv sexualbezogenen Handlungen, anders als bei äußerlich ambivalenten Handlungen, nicht. Insoweit genügt es, wenn sich der Täter der Sexualbezogenheit seines Handelns bewusst ist (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 339, 340).

5. Nachvollziehbare, verständliche Motive für eine Tatbegehung sind strafmildernd, das bloße Fehlen verständlicher Motive jedoch nicht strafscharfend zu berücksichtigen (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 40). Es wäre rechtsfehlerhaft, dem Fehlen eines Strafmilderungsgrunds strafscharfende Bedeutung beizumessen

1165. BGH 4 StR 400/16 – Beschluss vom 15. September 2016 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil: Anschluss an ein Sachverständigen-gutachten).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Wenn sich der Tatrichter für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darauf beschränkt, sich der Beurteilung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit anzuschließen, muss er dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (vgl. BGH NStZ 2015, 394, 395).

2. Dies gilt auch in Fällen paranoider Schizophrenie. Allein die Diagnose einer solchen Erkrankung führt für sich genommen noch nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 305, 306). Erforderlich ist vielmehr die Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung sowie die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung

bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 305, 306).

1192. BGH 4 StR 408/16 – Beschluss vom 26. Oktober 2016 (LG Frankenthal)

Maßregelentscheidung (Begriff des Hangs); Verbot der Schlechterstellung (Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 64 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 3 StPO

1. Für einen Hang gemäß § 64 StGB ausreichend ist eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer psychischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Konsum von Rauschmitteln ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene aufgrund seiner Neigung sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Letzteres ist der Fall bei der Begehung von zur Befriedigung des eigenen Drogenkonsums dienender Beschaffungstaten. Dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum die Gesundheit sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigt sind, kommt nur indizielle Bedeutung zu. Das Fehlen solcher Beeinträchtigungen schließt die Bejahung eines Hangs nicht aus. Ebenso wenig ist für einen Hang erforderlich, dass beim Täter bereits eine Persönlichkeitsdepravation eingetreten ist.

2. Bei der Maßregelentscheidung ist zu berücksichtigen, ob bei dem grundsätzlich therapiebereiten Angeklagten die Bereitschaft, sich auf eine Behandlung im Rahmen der Unterbringung nach § 64 StGB einzulassen, durch therapeutische Maßnahmen im Maßregelvollzug geweckt werden kann.

3. Dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat, steht einer Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht entgegen.

1148. BGH 1 StR 470/16 – Beschluss vom 12. Oktober 2016 (LG Landshut)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des symptomatischen Zusammenhangs zwischen Tat und Hang, Rauschmittel im Übermaß zu konsumieren).

§ 64 StGB

Ein symptomatischer Zusammenhang zwischen dem Hang, Rauschmittel im Übermaß zu konsumieren und der Tat liegt vor, wenn der Hang allein oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat und dies bei unverändertem Verhalten auch für die Zukunft zu erwarten ist (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 113), mithin die konkrete Tat in dem Hang ihre Wurzel findet (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75). Dieser Zusammenhang liegt bei Delikten, die begangen werden, um Rauschmittel selbst oder Geld für ihre Beschaffung zu erlangen, nahe (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 75).

1187. BGH 4 StR 192/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Münster)

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel bei der Einziehung von Speichermedien).

§ 201a Abs. 4 StGB aF; § 74 StGB; 74a StGB; § 74b Abs. 2 StGB

1. In Fällen der Einziehung ist zwingend zu prüfen, ob unter Anordnung des Vorbehalts der Einziehung eine weniger einschneidende Maßnahme hätte getroffen werden können, durch die der Zweck der Einziehung gleichermaßen hätte erreicht werden können.

2. Kommt bei einer Verurteilung wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen eine Rückgabe von Geräten bzw. Speichermedien mit den betreffenden Bilddateien an den Angeklagten nicht in Betracht, ist zu prüfen, welche Dateien auf den Geräten die entsprechenden Aufnahmen enthalten und ob deren Löschung technisch in einer Weise möglich ist, die ihre Wiederherstellung dauerhaft verhindert. Steht damit ein milderes, im Vergleich zur sonst gebotenen Einziehung gleichermaßen geeignetes Mittel zur Verfügung, ist letztere vorzubehalten und eine entsprechende Anordnung zu treffen.

1180. BGH 2 StR 278/16 – Beschluss vom 22. September 2016 (LG Gießen)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Entscheidung über einen Härteausgleich).

§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB

Die Entscheidung über einen Härteausgleich ist dem Urteil des Tatgerichts nach Durchführung einer Hauptverhandlung vorbehalten.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1167. BGH GSSt 1/16 – Beschluss vom 15. Juli 2016 (LG Köln)

BGHSt; Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung

auf Zeugnisverweigerungsrecht (kein umfassendes Verwertungsverbot: zulässige Vernehmung der richterlichen Verhörsperson; erforderliche Belehrung des Zeugen bei richterlicher Vernehmung; keine Belehrung

lung über Reichweite des Verwertungsverbots erforderlich; erforderliche Gesamtregelung durch den Gesetzgeber); Vorlageverfahren (erforderliche Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Rechtsfrage).

§ 252 StPO; § 52 StPO; § 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG

1. Macht ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 StPO Gebrauch, so erfordern die Einführung des Inhalts einer früheren Aussage des Zeugen in die Hauptverhandlung durch Vernehmung des Richters, vor dem der Zeuge im Rahmen des die konkrete Tat betreffenden Ermittlungsverfahrens ausgesagt hat, und die Verwertung des dadurch gewonnenen Beweisergebnisses, dass der Richter den Zeugen gemäß § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hat; einer weitergehenden Belehrung bedarf es nicht. (BGHSt)

2. § 252 StPO enthält kein umfassendes Verwertungsverbot, das die Vernehmung eines Richters über den Inhalt der Aussage eines Zeugen ausschließt, den der Richter in dem die konkrete Tat betreffenden Ermittlungsverfahren vor der Hauptverhandlung vernommen hat. (Bearbeiter)

3. Der Große Senat für Strafsachen weist darauf hin, dass mit dieser Entscheidung nur ein Teil der sich bei der Anwendung des § 252 StPO ergebenden Fragen geklärt ist. Wie dargelegt bestehen über die Vorlagefrage hinaus in dem derzeitigen Normengefüge Wertungswidersprüche. Strafverfahren, bei denen der Regelungsbereich der §§ 52, 252 StPO betroffen ist, gehören häufig zu denjenigen, bei denen einerseits die Beweissituation typischerweise besonders schwierig ist und andererseits die persönlichen Interessen der Beteiligten in besonderer Weise berührt werden. Hinzu kommt, dass der verstärkte Einsatz technischer Vernehmungshilfen im Ermittlungsverfahren und der Transfer der so gewonnenen Beweisergebnisse in die Hauptverhandlung derzeit im Fokus von die Strafprozessordnung betreffenden Änderungsvorschlägen stehen. Mit Blick auf diese Umstände und vor dem Hintergrund der außerordentlich hohen Praxisrelevanz des hier bedeutsamen Regelungskomplexes erscheint dem Großen Senat für Strafsachen ein Tätigwerden des Gesetzgebers mit dem Ziel, ein in sich stimmiges Gesamtgefüge zu entwickeln, unabdingbar. (Bearbeiter)

4. Sowohl im Falle einer Divergenzvorlage nach § 132 Abs. 2 GVG als auch bei einer Vorlage wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage nach § 132 Abs. 4 GVG ist es für die Zulässigkeit der Vorlage über den jeweiligen Gesetzeswortlaut hinaus erforderlich, dass die Beantwortung der streitigen Rechtsfrage für die abweichende Vorentscheidung und die beabsichtigte Entscheidung ergebnisrelevant und deshalb erheblich ist. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob das Ergebnis des konkreten Revisionsverfahrens als solches durch die Beantwortung der Vorlagefrage durch den Großen Senat für Strafsachen beeinflusst wird. (Bearbeiter)

5. Entscheidungserheblich ist eine Rechtsfrage bereits dann, wenn die eine Ansicht zwar zur Aufhebung des Schuldspruchs, nicht aber der tatgerichtlichen Feststellungen führt, während eine andere Ansicht eine umfangreiche Aufhebung des Urteils zur Folge hätte. (Bearbeiter)

1152. BGH 2 StR 27/16 – Urteil vom 22. September 2016 (LG Aachen)

BGHSt; Anfrageverfahren (Bindungswirkung des Anfragebeschlusses erst durch zustimmenden Antwortbeschluss, keine Bindung einer Sitzgruppe eines Senats an die Rechtsansicht einer anfragenden anderen Sitzgruppe desselben Senats); räuberische Erpressung (Begriff des Vermögensnachteils: rechtswidriger Besitz von Betäubungsmitteln als geschütztes Vermögen); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit: Bewertungseinheit bei späterer Rückabwicklung); tatrichterliche Beweismwürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 132 GVG; § 253 StGB; § 255 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB; § 261 StPO

1. Eine Sitzgruppe eines anfragenden Senats ist nicht gehindert, während der Dauer des von einer anderen Sitzgruppe desselben Senats beschlossenen Anfrageverfahrens auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung zu entscheiden. (BGHSt)

2. Eine Bindungswirkung entsteht erst durch den Antwortbeschluss des angefragten Senats, wenn dieser seine Zustimmung zu einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung erteilt. (BGHSt)

3. Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen. Auch an Sachen wie Rauschgift, die jemand aufgrund einer strafbaren Handlung besitzt und als Tatmittel zur Begehung geplanter Straftaten bereitstellt, kann unbeschadet ihrer Zweckbestimmung oder Bemakelung, Erpressung und Betrug begangen werden (vgl. BGH NJW 2006, 72). (Bearbeiter)

4. Die Rückabwicklung eines Betäubungsmittelgeschäfts wegen mangelhafter Qualität gegenüber dem in aller Regel vorangegangenen Erwerbsvorgang kann nicht als eigenständige Tat des Handeltreibens verfolgt werden, weil insoweit ein einheitliches Geschäft vorliegt (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 24). (Bearbeiter)

1153. BGH 2 StR 330/16 – Beschluss vom 6. Oktober 2016 (LG Bonn)

BGHSt; nachträgliche Verweisung der Sache an ein höheres Gericht (Zulässigkeit: grundsätzliche Perpetuierung der Zuständigkeitsentscheidung im Eröffnungsbeschluss, grundsätzlich keine Verweisung bei nachträglich veränderter Einschätzung der Sach- oder Rechtslage: Mehraufwand durch gescheiterte Verständigung, Maßstab der vollständigen Sachaufklärung; Korrektur der Zuständigkeitsentscheidung; eingeschränkte Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht: nur Grundrechtsverstöße).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 270 StPO; § 6 StPO § 24 Abs. 1 Satz 1 GVG; § 257c StPO; § 202a StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1. Eine Zuständigkeit des Landgerichts, welche zur Verweisung gemäß § 270 StPO führt, ergibt sich nicht daraus, dass nach Scheitern von Verständigungsgesprächen beim Amtsgericht (Schöffengericht) dieses einen beson-

deren Umfang der Sache (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GVG) annimmt. (BGHSt)

2. Die Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit des Gerichts ist grundsätzlich mit der Eröffnung des Hauptverfahrens zu treffen (vgl. BGHSt 60, 248, 251). Sie bleibt im weiteren Verfahrensgang regelmäßig konstant (vgl. BGH NStZ 2013, 181 f.). Der Umfang der Sache als relativ unbestimmtes Zuständigkeitskriterium kann nicht laufend der aktuellen Prozesslage angepasst werden. Deshalb tritt mit der Zuständigkeitsentscheidung beim Eröffnungsbeschluss insoweit eine Perpetuierung ein. (Bearbeiter)

3. Die Regeln der §§ 6, 270 StPO über die Überprüfung der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unterliegen insoweit einer teleologischen Reduktion. Nur die Zuständigkeitsmerkmale der besonderen Deliktsart (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GVG) oder einer Straferwartung oberhalb des Strafbanns der Amtsgerichte (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 GVG) gestatten eine Verweisung der Sache durch das Amtsgericht an das Landgericht, nicht aber die normativen Kriterien der Bedeutung und des Umfangs der Sache. Die Zuständigkeitsprüfung im Hinblick auf die Merkmale gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GVG ist auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens beschränkt; das Tatgericht bleibt anschließend an seine Zuständigkeitsannahme gebunden. (Bearbeiter)

4. Zuständigkeitsverschiebungen aufgrund einer geänderten Einschätzung der Sach- oder Rechtslage sind daher auf Fälle zu beschränken, in denen die Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung unverzichtbar ist. Mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sind dagegen Zuständigkeitsverschiebungen nur wegen Veränderung der Prognose des Verhandlungsaufwands unvereinbar. (Bearbeiter)

5. Die Frage, ob in der Hauptverhandlung eine Verständigung erfolgt, ist für die Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit unerheblich. Zur Zeit des Eröffnungsbeschlusses sind das Zustandekommen einer Verständigung in der Hauptverhandlung (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO) und deren spätere Auflösung (§ 257c Abs. 4 StPO) ungewiss. Auf die vorherigen Erörterungen mit dem Ziel einer Verständigung gemäß § 202a StPO kommt es nicht an. Das Gericht darf bei seiner Eröffnungsentscheidung für die Einschätzung des Umfangs der Sache als Kriterium der sachlichen Gerichtszuständigkeit nicht die Erwartung einer Abkürzung der Hauptverhandlung aufgrund einer Verständigung zu Grunde legen. (Bearbeiter)

6. Den Prüfungsmaßstab bildet eine vollständige Sachaufklärung, wenn es für die Bestimmung der Gerichtszuständigkeit auf den Umfang der Sache ankommt. Schließlich bleibt die Aufklärungspflicht des Gerichts im Sinne von § 244 Abs. 2 StPO durch eine Verständigung unberührt (§ 257c Abs. 1 Satz 2 StPO). (Bearbeiter)

7. Eine die Zuständigkeitsbestimmung im Eröffnungsbeschluss „korrigierende Verweisung“ ist nur zulässig, wenn sich schon aus dem Anklagesatz eindeutig ergibt, dass die ursprüngliche Zuständigkeitsannahme im Eröffnungsbeschluss rechtsirrig. (Bearbeiter)

8. Die jüngere Rechtsprechung geht aus Gründen der Prozessökonomie davon aus, dass selbst objektive Willkür bei einer Verweisung der Sache durch das Amtsgericht an das Landgericht gemäß § 270 StPO nicht zur Unwirksamkeit des Verweisungsbeschlusses, sondern nur zum Wegfall seiner Bindungswirkung führt. Eine Rückgabe der Sache kommt trotz willkürlicher Verweisung nicht in Frage, wenn die Zuständigkeit des Landgerichts tatsächlich eindeutig gegeben ist (vgl. BGHSt 45, 58, 60 f.). (Bearbeiter)

9. Die grundsätzliche Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses gemäß § 270 StPO beschränkt die Prüfung des Revisionsgerichts auf die Frage, ob höherrangiges Recht des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt wurde (vgl. BGHSt 29, 216, 219). Dafür genügt nicht jede irrtümliche Überschreitung der den Fachgerichten bei der Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen gezogenen Grenzen (vgl. BVerfGE 87, 282, 284). Eine Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters liegt aber unter anderem vor, wenn ein Gericht, das über die Zuständigkeitsfrage entscheidet, die Bedeutung und Tragweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung grundlegend verkannt hat (vgl. BVerfGE 131, 268, 312). (Bearbeiter)

1168. BGH StbSt (R) 1/15 – Beschluss vom 11. Dezember 2015 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; Bindungswirkung der tatsächlichen Feststellungen eines Strafurteils für ein berufsgerichtliches Verfahren (keine Bindungswirkung bei offensichtlich unrichtigem oder aus rechtsstaatlichen Gründen unverwertbarem Sachverhalt: rechtswidrige Verständigung über verfahrensfremde Vorwürfe, kein absoluter Lösungsgrund, Darlegungslast des Revisionsführers); Steuerhinterziehung (Begriff des Machens unrichtiger Angaben: keine Täuschung und kein Irrtum erforderlich).

§ 109 Abs. 3 StBerG; § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

1. Auswirkungen einer fehlerhaften Verfahrensverständigung im strafgerichtlichen Verfahren auf die Bindungswirkung der tatsächlichen Feststellungen des Strafurteils für das berufsgerichtliche Verfahren. (BGHSt)

2. Ein Berufungsgericht ist verpflichtet, sich von den Tatsachenfeststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils zu lösen und den berufsrechtlich bedeutsamen Sachverhalt eigenverantwortlich zu ermitteln, wenn es ansonsten „sehenden Auges“ auf der Grundlage eines unrichtigen oder aus rechtsstaatlichen Gründen unverwertbaren Sachverhalts entscheiden müsste. Deshalb entfällt die Bindungswirkung des § 109 Abs. 3 Satz 1 StBerG unter anderem bei Strafurteilen, die in einem ausschlaggebenden Punkt unter offenkundiger Verletzung zentraler Verfahrensvorschriften zustande gekommen sind. (Bearbeiter)

3. Dies kommt grundsätzlich in Betracht, wenn das strafrechtliche Urteil auf einer Verständigung beruht, die hieran zu stellenden wesentlichen Anforderungen nicht gerecht wird (vgl. BVerwGE 128, 189). (Bearbeiter)

4. Die Einbeziehung eines „verfahrensfremden“ Ermittlungsverfahrens in eine Verständigung ist nicht zulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt dies deswegen, weil bei so genannten „Gesamtlösungen“ eine wirksame Kontrolle der Verständigung – insbesondere durch die Öffentlichkeit und die Revisionsgerichte – nicht gewährleistet ist (vgl. BVerfGE 133, 168, 214 Rn. 79). (Bearbeiter)

5. Gegen einen schwerwiegenden Verfahrensfehler unter dem Blickwinkel der Verletzung des Transparenzgebots bei einer Gesamtlösung, der das Gebot der Rechtsstaatlichkeit insgesamt und damit die Bindungswirkung nach § 109 Abs. 3 Satz 1 StBerG in Frage stellen könnte, spricht es aber, wenn der Inhalt der Verständigung in öffentlicher Hauptverhandlung in Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligter erörtert worden wäre. (Bearbeiter)

6. Durch die Einbeziehung verfahrensfremder Tatvorwürfe in die Verständigung kann freilich Einfluss auf die Aussage- und Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten genommen werden. Infolge der Anreiz- und Verlockungssituation, in der sich der Angeklagte wegen der verfahrensfremden Tatvorwürfe befinden kann, besteht im Grundsatz eine erhöhte Fehleranfälligkeit des abgegebenen Geständnisses (vgl. BVerfGE 133, 168, 208 Rn. 68). (Bearbeiter)

7. Indessen kann die Bindungswirkung nicht schon aufgrund einer bloß theoretischen Gefahr im vorgenannten Sinne entfallen. Im Hinblick auf die Bandbreite denkbarer Tatvorwürfe kann es so liegen, dass deren Einbeziehung in die Verständigung nur zur „Abrundung“ erfolgt ist und in Bezug auf deren Zustandekommen aus Sicht aller Verfahrensbeteiligter ohne Weiteres verzichtbar gewesen wäre. Dann würde es schon an einer „Anreiz- bzw. Verlockungssituation“ fehlen, die die Gefahr eines unrichtigen Geständnisses begründen könnte. Vor diesem Hintergrund obliegt es dem Beschwerdeführer, zumindest den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens in einer Weise mitzuteilen, dass dem Revisionsgericht eine Überprüfung unter diesem Aspekt ermöglicht wird. (Bearbeiter)

8. Der Tatbestand der Steuerhinterziehung setzt keine gelungene Täuschung mit hervorgerufenem Irrtum beim zuständigen Finanzbeamten voraus. Nach ständiger Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Bundesfinanzhof genügt es, dass unrichtige oder unvollständige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen in anderer Weise als durch eine Täuschung für den Taterfolg ursächlich werden (vgl. BGHSt 51, 356, 361). (Bearbeiter)

1149. BGH ER 1 BGs 107/16 2 BJs 166/16-7 – Beschluss vom 27. Oktober 2016

BGHR; Postbeschlagnahme (Auskunftsanspruch gegenüber dem Postunternehmen als von § 99 StPO erfasste Minusmaßnahme: keine Erstreckung auf Postsendungen, die sich nicht mehr im Gewahrsam des Postunternehmens befinden, Eingriff in das Postgeheimnis nur bei hinreichend normenklarer Ermächtigunggrundlage, keine analoge Anwendung des § 94 StPO).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 99 StPO; § 94 StPO

1. Postunternehmen können betreffend sich nicht mehr in deren Gewahrsam befindlicher Postsendungen weder gemäß § 99 StPO, noch gemäß § 94 StPO zur Auskunft verpflichtet werden. (BGH)

2. Die Vorschrift des § 99 StPO enthält als weniger einschneidende Maßnahme zur Beschlagnahme einer Postsendung einen Auskunftsanspruch gegen das Postunternehmen. Liegen die Voraussetzungen der Postbeschlagnahme vor, so kann statt dieser Auskunft über Sendungen verlangt werden, die an den Beschuldigten gerichtet sind oder bei denen Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass sie von ihm herrühren oder für ihn bestimmt sind. (Bearbeiter)

3. Gesetzliche Regelungen, die zu Eingriffen in das Postgeheimnis aus Art. 10 GG ermächtigen, müssen dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit genügen, d. h. Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden (vgl. BVerfGE 110, 33, juris Rn. 102). Die analoge Anwendung des § 99 StPO über seinen Wortlaut hinaus würde diese Grundsätze leerlaufen lassen. (Bearbeiter)

4. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften zur Beschlagnahme gemäß §§ 94 ff. StPO verbietet sich aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen und des Vorranges des § 99 StPO. (Bearbeiter)

1150. BGH ER 1 BGs 125/16 (1 ARs 1/16) – Beschluss vom 11. November 2016

Entscheidung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs über die Erhebung von Beweisen im Rahmen eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses (hier: NSU-Untersuchungsausschuss, Ladung von Edward Snowden als Zeugen; Umfang des Beweiserhebungsrechts; Begriff der Beweiserhebung: Vollzug eines Beweisbeschlusses; Frist für die gerichtliche Geltendmachung des Beweiserhebungsrechts: keine analoge Anwendung von § 64 Abs. 3 BVerfGG).

§ 17 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 PUAG; § 64 Abs. 3 BVerfGG

1. Der 1. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages hat nochmals über den Antrag, die Bundesregierung zu ersuchen, unverzüglich die Voraussetzungen für eine Vernehmung des Zeugen S. in Deutschland zu schaffen (insbesondere pass- und ausländerrechtliche Ermöglichung von Einreise und Aufenthalt sowie Zusage eines wirksamen Auslieferungsschutzes) und dem Ausschuss mitzuteilen, zu welchem Zeitpunkt sie die genannten Voraussetzungen herstellen kann, abzustimmen und ihm – sollte er weiterhin von einem Viertel der Mitglieder des Ausschusses unterstützt werden zumindest mehrheitlich – zuzustimmen.

2. § 17 Abs. 2 PUAG gibt grundsätzlich nur das Recht, zu bestimmen, ob, nicht wie ein Beweis erhoben wird. Anderes gilt jedoch, wenn der Beweis nur auf einem Wege erhoben werden kann.

3. Allein aufgrund der Möglichkeit, die Ladung eines Zeugen könne aus Rechtsgründen nicht möglich sein, ist der Zeuge noch nicht unerreichbar im Sinne des § 17

Abs. 2 PUAG. Zwar entbindet die gesetzliche Ausgestaltung der Beweiserhebung als Minderheitenrecht nach § 17 Abs. 2 PUAG den Ausschuss nicht von der Beachtung verfassungsrechtlicher Grundprinzipien, insbesondere der Grundrechte. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Ausschuss a priori von einem Amtshilfersuchen absehen muss, bei dem die Möglichkeit besteht, dass die ersuchte Stelle die Amtshilfe aus Rechtsgründen ablehnen könnte und insoweit eine vollständige Vorabprüfung vornehmen muss. Eine Pflicht des Ausschusses, von einem Amtshilfersuchen abzusehen, könnte allenfalls dann bestehen, wenn der Gegenstand desselben eine Handlung darstellte, die augenscheinlich rechtswidrig ist, ohne dass es hierzu auf eine weitere Prüfung oder Einschätzung der ersuchten Stelle ankommt.

4. Die Rechtsschutzmöglichkeit des § 17 Abs. 4 PUAG besteht nicht lediglich, wenn der Erlass eines Beweisbeschlusses abgelehnt wird, sondern auch wenn ein Beweisbeschluss nicht vollzogen wird.

5. Eine Frist für die gerichtliche Geltendmachung des Minderheitenrechts aus § 17 Abs. 2 PUAG sieht das Parlamentarische Untersuchungsausschussgesetz nicht vor. Die Übertragung einer Fristenregelung aus einem anderen Gesetz würde die Rechtsschutzmöglichkeit des § 17 Abs. 3 PUAG in unzulässiger Weise beschränken. Insbesondere sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Antrags zum Ermittlungsrichter dabei insgesamt weniger restriktiv als die Voraussetzungen des § 64 BVerfGG. Diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers darf nicht durch die isolierte Übertragung der Fristenregelung des § 64 Abs. 3 BVerfGG umgangen werden.

1155. BGH 2 StR 383/15 – Urteil vom 21. Juli 2016 (LG Gera)

Umfang der Aufklärungspflicht (Entscheidung über außerhalb der Hauptverhandlung gegebene Beweisanregungen, Ladung von Auslandszeugen); tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung einer sachverständig durchgeführten molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung im Urteil).

§ 244 Abs. 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. § 244 Abs. 2 StPO gebietet es, von Amts wegen Beweis zu erheben, wenn aus den Akten oder aus dem Stoff der Verhandlung Umstände und Möglichkeiten bekannt oder erkennbar sind, die bei verständiger Würdigung der Sachlage begründete Zweifel an der Richtigkeit der – auf Grund der bisherigen Beweisaufnahme erlangten – Überzeugung wecken müssen (vgl. BGH NStZ 2015, 36 mwN). Ob die vom Gericht auf Grund der verwendeten Beweismittel gewonnene Überzeugung ausreicht oder ob zu ihrer Absicherung oder Überprüfung weitere Beweismittel heranzuziehen sind, ist auf der Grundlage von Verfahrensablauf und Beweislage des Einzelfalls zu beurteilen. Je weniger gesichert ein Beweisergebnis erscheint, desto größer ist der Anlass für das Gericht, trotz der erlangten Überzeugung weitere erkennbare Beweismöglichkeiten zu benutzen (vgl. BGH NStZ 2013, 725). Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Auslandszeuge Vorgän-

ge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind (vgl. BGH NStZ 2007, 349, 351).

2. Auch das Übergehen eines außerhalb der Hauptverhandlung gestellten, dort aber nicht wiederholten und daher nicht nach Maßgabe von § 244 Abs. 3 bis 6 StPO zu verbescheidenden Beweisantrags kann nach den Umständen des Einzelfalls eine Verletzung der Aufklärungspflicht darstellen (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 65, 68). Insoweit ist die Entscheidung des Tatgerichts über einen lediglich außerhalb der Hauptverhandlung gestellten schriftlichen Antrag am gleichen Maßstab zu messen, wie die Entscheidung über einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen, die gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht erfolgt (vgl. BGHSt 40, 60, 62).

1170. BGH 1 StR 334/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Deggendorf)

Verlesung von Niederschriften über Zeugenaussagen (stillschweigende Zustimmung zur vernehmungsersetzenden Verlesung).

§ 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO

1. Eine stillschweigende Zustimmung zur vernehmungsersetzenden Verlesung kommt nur in Betracht, wenn auf Grund der vorangegangenen Verfahrensgestaltung davon ausgegangen werden darf, dass sich alle Verfahrensbeteiligten der Tragweite ihres Schweigens bewusst waren.

2. Wird eine auf § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO gestützte oder durch Einverständnis legitimierte Verlesung nicht thematisiert, die Anordnung entgegen § 251 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO vom Gericht nicht beschlossen und der Grund der Verlesung nicht bekanntgegeben, kann dem Angeklagten und dem Verteidiger unter keinen Umständen bewusst sein, dass es entscheidend auf ihre Zustimmung ankommen könnte. Allein ihr Schweigen auf eine Verlesung kann dann nicht dahin gedeutet werden, dass sie mit der Verlesung einverstanden gewesen wären.

1186. BGH 4 StR 174/16 – Beschluss vom 12. Oktober 2016 (LG Essen)

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche.

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO

1. Die verspätete bzw. unzureichende Mitteilung des Vorsitzenden über ausschließlich die Mitangeklagten betreffende Verständigungsgespräche kann ein in diese Erörterungen nicht einbezogener Mitangeklagter regelmäßig nicht rügen.

2. § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO schreibt seinem Wortlaut nach keinen Zeitpunkt für die Mitteilung über während des Laufs der Hauptverhandlung in Bezug auf die Mitangeklagten geführte Verständigungsgespräche vor. Zwar ist nach dem Zweck des Gesetzes regelmäßig eine umgehende Information im Anschluss an Verständigungsgespräche geboten, doch sind davon auch Ausnahmen möglich.

1141. BGH StB 30/16 – Beschluss vom 29. September 2016

Dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung („Oldschool Society“); Beschwerde gegen Haftfortdauerbeschluss (Prüfungsumfang im Beschwerdeverfahren; Anforderungen an die Darstellung des bisherigen Verfahrensgeschehens; Ergebnis der Beweisaufnahme; Bezugnahme auf frühere Haftfortdauerentscheidungen); Haftgrund der Schwerekriminalität (Verhältnismäßigkeit; einschränkende Auslegung; Berücksichtigung von Haftgründen; erforderliche Wahrscheinlichkeit); Beschleunigungsgebot (krankheitsbedingte Unterbrechung; berechnete Regenerations- und Erholungsinteressen der Verfahrensbeteiligten).

§ 129a StGB; § 112 StPO; § 121 StPO; § 229 StPO; § 304 StPO; Art. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Die Beurteilung des dringenden Tatverdachts, die das erkennende Gericht während laufender Hauptverhandlung vornimmt, unterliegt im Haftbeschwerdeverfahren nur in eingeschränktem Umfang der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht, das über keine eigenen unmittelbaren Erkenntnisse über den Verlauf der Beweisaufnahme verfügt. Da ihm gleichwohl die volle Überprüfung der angefochtenen Entscheidung obliegt, muss das Beschwerdegericht in die Lage versetzt werden, seine Entscheidung über das Rechtsmittel des Angeklagten auf einer hinreichend tragfähigen tatsächlichen Grundlage zu treffen. Es hat alle Voraussetzungen für den weiteren Vollzug der Untersuchungshaft festzustellen und ist nicht auf die Überprüfung der Haftgründe und der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beschränkt.

2. Um die angemessene Überprüfung durch das Beschwerdegericht zu ermöglichen, muss das erstinstanzliche Gericht das Ergebnis seiner bisherigen Beweiserhebungen zumindest in zusammenfassender knapper Form zur Kenntnis bringen, damit das Beschwerdegericht in eigener Verantwortung aus einer Zusammenschau des bisher erzielten Ergebnisses der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung mit den noch nicht in diese eingeführten, nach den Ermittlungen aber zur Verfügung stehenden weiteren Beweisen beurteilen kann, ob der dringende Tatverdacht weiter zu bejahen ist. Ist die Beweiserhebung bereits vorgeschritten, genügt es regelmäßig nicht, wenn das Tatgericht auf frühere Haftfortdauerentscheidungen oder das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen verweist und lediglich festhält, dass der dort beschriebene Tatverdacht durch die Beweisaufnahme nicht entkräftet worden sei.

3. § 112 Abs. 3 StPO ist wegen eines sonst darin enthaltenen offensichtlichen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungskonform dahin auszulegen, dass der Erlass eines Haftbefehls nur zulässig ist, wenn Umstände vorliegen, welche die Gefahr begründen, dass ohne die Verhaftung des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet sein könnte. Genügen kann insoweit die zwar nicht mit bestimmten Tatsachen belegbare, aber nach den Umständen des Falles doch nicht auszuschließende Flucht- oder Verdunkelungsgefahr oder die ernstliche Befürchtung, dass der Täter weitere Taten ähnlicher Art begehen werde. Wenn allerdings nach den Umständen des Einzelfalles gewichtige Gründe gegen jede Flucht-, Verdunke-

lungs- oder Wiederholungsgefahr sprechen, ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vom Erlass eines Haftbefehls nach § 112 Abs. 3 StPO abzusehen.

1120. BGH 3 StR 268/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2016 (LG Kleve)

Fehlende formgerechte Begründung der Revision (Unterschrift der Revisionsbegründung durch Sozietätskollegin „pro abs.“ für den Pflichtverteidiger); Ende der Wahlverteidigung mit Bestellung zum Pflichtverteidiger.

§ 345 Abs. 2 StPO; § 141 StPO; § 143 StPO

Die Pflichtverteidigerbestellung setzt nach § 141 Abs. 1 StPO das Nichtbestehen eines Wahlmandates voraus (vgl. auch § 143 StPO). Entsprechend enthält der Antrag des Wahlverteidigers, ihn als Pflichtverteidiger beizuzuordnen, die Erklärung, die Wahlverteidigung solle mit der Bestellung enden. Wird dem Antrag stattgegeben, endet das zivilrechtliche Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnis (§ 675 BGB) des Rechtsanwaltes, der in der Folge seine Tätigkeit als Pflichtverteidiger allein auf der Grundlage der öffentlichrechtlichen Bestellung ausführt. Das Ende des Vertragsverhältnisses hat das Erlöschen der zuvor erteilten Strafprozessvollmacht zur Folge.

1185. BGH 4 StR 145/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Essen)

Absehen von der Auferlegung der Verfahrenskosten (Ermessensentscheidung des Tatrichters); Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde gegen die Kostenentscheidung.

§ 464 Abs. 3 StPO; § 465 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 109 Abs. 2 i.V.m. § 74 JGG

1. Die Kostenentscheidung dient nicht der Unterstützung von Strafzwecken.

2. Ist der Angeklagte Heranwachsender, kann davon abgesehen werden, ihm die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Dies kann namentlich dann angezeigt sein, wenn die Kostenentscheidung zu nicht unerheblichen Kostenbelastungen führen würde, die einem sozial eingegliederten Leben des Angeklagten in der Zukunft entgegenstehen könnten.

3. Die insoweit regelmäßig erforderliche Ermessensentscheidung des Tatrichters muss sich in den Urteilsgründen wiederfinden. Ist dies nicht der Fall, ist die sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung statthaft.

1144. BGH StB 35/16 – Beschluss vom 2. November 2016

Haftgrund der Fluchtgefahr (durch Verurteilung konkretisierte Straferwartung als Fluchtanreiz; Nettostrafverurteilung; Berücksichtigung einer möglichen Reststrafenaussetzung).

§ 112 StPO; § 57 StGB; § 88 JGG

Bei der Beurteilung, ob von einer bereits im erstinstanzlichen Urteil konkretisierten Straferwartung ein Fluchtanreiz (vgl. § 112 StPO) ausgeht, ist die sog. Nettostrafverurteilung maßgebend, so dass von dem festgelegten Strafmaß neben der vollzogenen Untersuchungshaft eine wahrscheinlich zur Bewährung ausgesetzte Reststrafe in

Abzug zu bringen sein kann. Das gilt jedoch dann nicht, wenn aufgrund von konkreten Umständen nicht mit einer Reststrafenaussetzung zu rechnen ist.

1138. BGH AK 53/16 – Beschluss vom 20. Oktober 2016

Prüfungsgegenstand im Haftprüfungsverfahren (vorgelegter Haftbefehl; geschilderter Lebenssachverhalt; rechtliche Würdigung; Verkündung des erweiterten Haftbefehls); dringender Tatverdacht der Beteiligung an einer außereuropäischen terroristischen Vereini-

gung („Islamischer Staat“); Fortdauer der Untersuchungshaft.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

Nur der nach § 122 Abs. 1 StPO vorgelegte Haftbefehl ist Gegenstand der Haftprüfung. Diese Beschränkung bezieht sich indes auf den geschilderten Lebenssachverhalt, aus dem sich die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat, nicht dagegen auf dessen rechtliche Würdigung.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1146. BGH 1 StR 366/16 – Beschluss vom 13. Oktober 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHR; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung des Grenzwerts der nicht geringen Menge: Pentedron); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Täterschaft und Teilnahme; erforderlicher Einfluss auf den Einfuhrvorgang).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1. Zur Bestimmung des Grenzwerts der nicht geringen Menge bei Pentedron. (BGH)

2. Zur Bestimmung des Grenzwerts der nicht geringen Menge eines Betäubungsmittels ist nach der in ständiger Rechtsprechung verwendete Methode (vgl. BGHSt 60, 134 ff. Rn. 35) dieser stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und -intensität festzulegen. Maßgeblich ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs. Fehlen hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnet sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumeinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten. Das Vielfache ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeit auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potentials zu bemessen (vgl. BGHSt 53, 89). Lassen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entscheidet ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen (vgl. BGHSt 51, 318, 322). (Bearbeiter)

3. Danach ist eine Festlegung des Grenzwertes für Pentedron bei 18 g Pentedronhydrochlorid und entsprechend 15 g Pentedronbase nicht zu beanstanden. (Bearbeiter)

4. Entscheidender Bezugspunkt für die Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln ist aber wegen der rechtlich gebotenen tatbestandsspezifischen Bewertung der verwirklichten Beteiligungsform der Einfuhrvorgang selbst (vgl. BGHSt 38, 32, 33). Diesen Grundsätzen entsprechend kann zwar

auch der lediglich im Inland aufhältige Empfänger von Betäubungsmitteln wegen (mit)täterschaftlicher Einfuhr strafbar sein, wenn er sie durch Dritte über die Grenze bringen lässt und dabei mit Täterwillen die Tatbestandsverwirklichung fördernde Beiträge leistet. Wegen des notwendigen Bezugs der den Täterwillen ausfüllenden Kriterien (Tatinteresse; Umfang der Tatbeteiligung; Taherrschaft und Wille dazu) zur tatbestandlichen Handlung, der Einfuhr, kommt eine (mit)täterschaftliche Beteiligung daran für den Empfänger der eingeführten Drogen regelmäßig aber nur dann in Betracht, wenn er Einfluss auf den Einfuhrvorgang als solchen hat. (Bearbeiter)

1178. BGH 2 StR 22/16 – Urteil vom 10. August 2016 (LG Schwerin)

Bandenmäßiges und bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (konkludente Bandenabrede; geringfügige Überschreitung des Grenzwertes); Mittäterschaft (Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme beim bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge); Verfall (mittäterschaftliche Zurechnung der Erlangung; Gesamtschuldverhältnis); Waffenbegriff (Elektroimpulsgeräte; Mitsichführen); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfung).

§ 29a Abs. 2 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; 73a Satz 1 StGB; § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe a WaffG; § 73c Abs. 1 StGB

1. Eine Bande im Sinne des § 30a Abs. 1 Nr. 1 BtMG setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen mit dem Willen voraus, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Taten der in § 30a Abs. 1 BtMG genannten Art zu begehen. Nicht erforderlich ist die gegenseitige verbindliche Verpflichtung zur Begehung bestimmter künftiger Delikte; es genügt vielmehr auch die Übereinkunft, in Zukunft sich ergebende günstige Gelegenheiten zu gemeinsamer Tatbegehung zu nutzen. Einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf es nicht; die Bandenabrede kann auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen. Das

Vorliegen einer Bandenabrede kann daher auch aus dem konkret feststellbaren, wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden. In Grenzfällen kann die Abgrenzung zwischen einer auf einer konkludent getroffenen Bandenabrede beruhenden Bandentat und bloßer Mittäterschaft schwierig sein. Erforderlich ist in diesen Fällen eine sorgfältige und umfassende Würdigung aller im konkreten Einzelfall für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände. Der Tatrichter muss sich insbesondere bewusst sein, dass ein Rückschluss von dem tatsächlichen deliktischen Zusammenwirken auf eine konkludente Bandenabrede für sich genommen zu kurz greifen kann.

2. Mittäter ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein. Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen.

3. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme erfolgt auch beim bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach den allgemeinen Grundsätzen. Die Feststellung der Bandenmitgliedschaft vermag daher konkrete Feststellungen, welche die Annahme mittäterschaftlicher Mitwirkung an der einzelnen Bandentat tragen, nicht zu ersetzen.

4. Elektroimpulsgeräte sind eine Waffe im technischen Sinne (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe a WaffG i.V.m. Anlage 1, Abschnitt 1, Unterabschnitt 2, tragbare Gegenstände 1.2.1), bei denen es zur subjektiven Zweckbestimmung des Täters keiner weiteren Feststellungen bedarf.

5. Ein Mitsichführen im Sinne des Qualifikationstatbestands liegt vor, wenn der Täter die Waffe bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann. Hierfür genügt, dass sich die Waffe oder der Gegenstand in seiner Griffweite befindet.

6. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in die Einzelakte der Strafzumessung ist in der Regel nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein.

7. Eine nur geringe Überschreitung der Grenze zur nicht geringen Menge ist ein Strafmilderungsgrund. Die zweieinhalbfache nicht geringe Menge ist jedenfalls noch kein bestimmender Strafschärfungsgrund.

1154. BGH 2 StR 352/15 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG Aachen)

Anordnung des Verfalls (Vermögensmehrung bei einem Unternehmen, für das der Täter tätig geworden ist: Unternehmen als Drittbegünstigter, nur ausnahmsweise Erlangtes beim Täter).

§ 73 Abs. 1, 3 StGB; § 14 StGB; § 442 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 431 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 440 StPO; § 441 StPO

1. Handelt der Täter als Organ, Vertreter oder Beauftragter (§ 14 StGB) eines Unternehmens mit dem Ziel, dass infolge der Tat bei dem Unternehmen eine Vermögensmehrung eintritt, ist das Unternehmen im Erfolgsfall Drittbegünstigter im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB (vgl. BGHSt 45, 235, 245). In Fällen der genannten Art ist das Unternehmen gegebenenfalls gemäß § 442 Abs. 2, § 431 Abs. 1 Satz 1 StPO am Verfahren zu beteiligen oder ein selbstständiges Verfallsverfahren nach den §§ 440, 441, § 442 Abs. 1 StPO gegen es zu führen (vgl. BVerfG NStZ 2006, 639, 640).

2. Regelmäßig ist davon auszugehen, dass die juristische Person über eine eigene Vermögensmasse verfügt, die vom Privatvermögen des Täters zu trennen ist. Die dem Vermögen einer juristischen Person zugeflossenen Vermögenswerte sind daher auch dann nicht ohne Weiteres durch den Täter im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt, wenn dieser eine – legale – Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen hat (vgl. BGHSt 52, 227, 256). Für eine Verfallsanordnung gegen den Täter bedarf es in derartigen Fällen einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, dass dieser selbst etwas erlangt hat, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz geführt hat. Umstände, die eine solche Feststellung rechtfertigen, können etwa darin zu sehen sein, dass der Täter die juristische Person lediglich als einen formalen Mantel nutzt und eine Trennung zwischen seiner eigenen Vermögenssphäre und derjenigen der Gesellschaft tatsächlich nicht vornimmt, oder jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss an die Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird (vgl. BGHSt 52, 227, 256).

1126. BGH 3 StR 352/16 – Beschluss vom 13. Oktober 2016 (LG Koblenz)

Fortbestehende Verantwortlichkeit des formellen („Strohmann“-)Geschäftsführers neben einem faktischen Geschäftsführer (öffentlich-rechtliche Pflichten; Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen).

§ 14 StGB

Die Verantwortlichkeit des formellen Geschäftsführers neben einem faktischen Geschäftsführer entfällt nicht dadurch, dass ihm – als sog. „Strohmann“ – rechtsgeschäftlich im Innenverhältnis keine bedeutsamen Kompetenzen übertragen wurden, um auf die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft Einfluss zu

nehmen. Denn der Geschäftsführer, der formal wirksam bestellt ist, hat von Gesetzes wegen stets alle rechtlichen und damit auch tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten. Ihm ist insbesondere auch nicht die gebotene Abführung der Sozialversicherungsbeiträge mangels Kompetenzen tatsächlich unmöglich.

1169. BGH 1 StR 204/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Lübeck)

Verfall des Wertersatzes (erlangtes „etwas“ der Steuerhinterziehung; Behandlung verbrauchssteuerpflichtiger Waren; ersparte Aufwendungen); Einziehung (verbrauchssteuerpflichtige Erzeugnisse; Charakterisierung als Nebenstrafe).

§ 73 StGB; 74c StGB; 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; 375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO

1. Beim Delikt der Steuerhinterziehung ist auch ein Betrag in Höhe der verkürzten Steuern erlangtes „etwas“, im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB, weil sich der Täter die Aufwendungen für diese Steuern erspart. Die Waren, auf die sich die Hinterziehung von Verbrauchsteuern bezieht, sind als solche jedoch nicht durch die Steuerhinterziehung erlangt. Sie unterliegen deshalb nicht dem Verfall gemäß § 73 StGB, können aber gemäß § 375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO eingezogen werden.

2. Soweit sich der Angeklagte die Aufwendungen für die verkürzten Steuern erspart hat, ist eine Verfallsanordnung ausgeschlossen, wenn Ansprüche des Steuerfiskus im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen.

3. Die auf § 375 Abs. 2 AO gestützte Einziehung hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise eine ihm gehörende Sache von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen Für die Einziehung des Wertersatzes gemäß § 74c StGB – ebenfalls eine Nebenstrafe – gilt nichts anderes.

1175. BGH 1 StR 99/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Hildesheim)

Tatzeitprinzip (Anwendbarkeit des Regelbeispiels einer alten Fassung); Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt der Hinterziehung von Veranlagungssteuern.

§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO aF; § 2 Abs. 1, 2 StGB

1. Die Anwendbarkeit von § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO aF kommt für Taten in Betracht, die bis zum 31. Dezember 2007 beendet wurden.

2. Bei Veranlagungssteuern ist der durch die Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung verursachte Erfolg der Steuerverkürzung eingetreten und die Straftat damit vollendet, wenn auf Grund der unrichtigen Erklärung die Steuer zu niedrig festgesetzt und dies dem Steuerpflich-

tigen bekannt gegeben worden ist. In diesem Zeitpunkt ist die Tat zugleich beendet.

1183. BGH 2 StR 376/16 – Beschluss vom 14. September 2016 (LG Frankfurt am Main)

Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe (Eigennützigkeit des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge); Verhältnis von Beihilfe zum Handeltreiben und unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

1. An der für eine Verurteilung wegen täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge erforderlichen Eigennützigkeit fehlt es, wenn der Angeklagte für seine Tätigkeit keine Entlohnung erhalten soll und lediglich aufgrund einer Drohung der Auftraggeber ohne erkennbaren eigenen Vorteil die Drogen transportiert. Dass diese Tätigkeit durch zuvor erlangten Lohn abgegolten sein soll, deutet darauf hin, dass der Angeklagte nicht eigennützig gehandelt hat.

2. Ein Kurier, der nicht weiß, was mit den transportierten Betäubungsmitteln weiter geschehen soll, hat keine Tatherrschaft; dies gilt insbesondere, wenn er ohnehin nur aufgrund einer ihm gegenüber ausgesprochenen Drohung handelte. Sein Tun erweist sich dann als bloße Beihilfe zum Handeltreiben seiner Auftraggeber, zu dem Tateinheitlich der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hinzutritt.

1182. BGH 2 StR 326/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2016 (LG Erfurt)

Konkurrenzen.

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

Bewaffnetes Handeltreiben in nicht geringer Menge schließt zwar grundsätzlich eine gleichzeitig verwirklichte bewaffnete Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge aus, doch gilt dies nicht für eine Teilmenge, die für den Eigenkonsum vorgesehen ist und daher von der Handelsmenge nicht erfasst wird.

1184. BGH 2 StR 62/16 – Beschluss vom 29. September 2016 (LG Darmstadt)

Verhältnis des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

Erwirbt der Täter eine nicht geringe Menge Betäubungsmittel teils zum Weiterverkauf und teils zum Eigenkonsum, und handelt es sich bei beiden Teilmengen jeweils um nicht geringe Mengen, so steht der Tatbestand des (bewaffneten) Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit dem zugleich verwirklichten Tatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

„§ 17 ist zu hart“* – Ist § 17 zu hart?

Von Dr. Gerhard Timpe, Regensburg

I. Vorbemerkung

„Jede Person bedarf ... zur Verwirklichung ihres Wohls einer Gesellschaft als wirtschaftender Gemeinschaft“¹. Marktwirtschaftliche Ordnungen verfolgen keine vorgegebenen Zwecke, wie z.B. die Förderung des „Wohl(s) ... des gemeinen Wesens“², sondern dienen allein der Befriedigung der Bedürfnisse der Wirtschaftssubjekte³. Marktwirtschaften ermöglichen also dadurch Freiheit, dass sie es zulassen, dass sich die Wirtschaftssubjekte ihre Zwecke selbst setzen und ihre selbst gesetzten Zwecke gemeinsam mit anderen verfolgen. In einer Marktwirtschaft sind die Akteure aber nicht nur arbeitsteilig miteinander verbunden, sondern unter ihnen besteht auch eine Wissensteilung, so dass der Erfolg wirtschaftlichen Handelns maßgeblich auch davon abhängt, dass es gelingt, die auf verschiedene Akteure verteilten Bruchstücke unvollständigen Wissens zu entdecken und sinnvoll zu miteinander zu verbinden. Auf einem freien Markt ist Wettbewerb deshalb ein „Verfahren zur Entdeckung von Tatsachen ...“, die ohne sein Bestehen entweder unbekannt bleiben oder doch zumindest nicht genutzt würden“⁴. „Der Wettbewerb (zeige) nicht nur ..., wie Dinge besser gemacht werden können, sondern (zwingt) alle, deren Einkommen vom Markt abhängt, ... die Verbesserung nachzuahmen“⁵. Die für den Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“⁶ erforderlichen Freiräume gewährleistet das (Straf-)Recht einmal durch Formen dezentraler Risikoverwaltung, insbesondere durch die Anerkennung einer die Verantwortungsbereiche der Marktakteure trennenden Arbeitsteilung, das erlaubte Risiko, das Handeln auf eigene Gefahr und den Vertrauensgrundsatz⁷. Das Recht schreibt den Wirtschaftssubjekten nicht vor, wie sie sich zu verhalten haben, sondern gibt nur das Regelungsziel vor, andere nicht zu schädigen, überlässt es aber jedem einzelnen, sein Verhalten situationsabhän-

gig so einzurichten, dass andere nicht geschädigt werden. Richten die Wirtschaftssubjekte ihr Verhalten aber so ein, dass andere nicht zu Schaden kommen, verhalten sie sich also erlaubt riskant, müssen sie sich nicht darum kümmern, wie andere an ihr Verhalten anschließen, weil ihr Verhalten zur erlaubten Gestalt der Gesellschaft gehört, und deshalb nicht den objektiven, und deshalb sozial verbindlichen Sinn hat, eine Rechtsverletzung zu ermöglichen. Wer z.B. Kraftfahrzeuge herstellt, beteiligt sich folglich nicht an den mit den Fahrzeugen begangenen vorsätzlichen Verkehrsverstößen, und ist auch dann nicht mittelbarer Täter der vorhersehbar mit den Fahrzeugen verursachten Personenschäden, weil eine Gesellschaft, die ihre Bürger als frei darstellt, zugleich aber hochgradig anonyme Sozialkontakte ermöglichen muss, nicht umhin kommt, eine die Verantwortungsbereiche der Beteiligten trennende Arbeitsteilung⁸ anzuerkennen. Nur wer das (vom Stand der Gesellschaft abhängige) Maß des erlaubten Risikos überschreitet, hat die Folgen zu verantworten. Derjenige, der z.B. bei der Herstellung von Chemikalien die positivrechtlich festgelegten Standards einhält, ist für einen trotzdem stattfindenden Unfall nicht verantwortlich. Wer eine Selbstgefährdung organisiert, handelt auf eigene Gefahr. Deshalb ist der Inhaber eines Autoverleihs nicht Täter einer Körperverletzung, wenn der Entleiher bei einem riskanten Überholmanöver zu Schaden kommt. Ein Garant, z.B. der Inhaber eines Unternehmens für Küchengeräte, kann die Erfüllung der ihn treffenden Pflicht vertrauenswürdigen und gegebenenfalls entsprechend ausgebildeten Personen übertragen. Der Betriebsinhaber darf dann darauf vertrauen, dass der von ihm eingestellte Prokurist keine überhöhten Rechnungen an Kunden versendet. Der Schädiger muss zudem Garant für die Schadlosigkeit seiner Organisationen sein. Ein Bäcker, der das letzte Brot verkauft, ist daher nicht dafür zuständig, dass ein später kommender Kunde Hunger leidet.

II. Die „Pflichtverletzungslehre“

Die Freiheiten, die die Lehre von der objektiven Zurechnung den wirtschaftenden Subjekten eröffnet, kassiert

* Walter, Der Kern des Strafrechts (2006), S. 410.

¹ Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts (2013), S. 37.

² Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794, § 73 Einleitung.

³ Für das „gemeine Wohl“ sorgt eine „unsichtbare Hand“ (Adam Smith, Der Wohlstand der Nationen. Eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen, hrsg. von Rechten-dahl, 8. Aufl. [1999], S. 52), die in einer Marktwirtschaft hinter dem Rücken der ihren individuellen Nutzen mehrenden Akteure alles zum Besten wendet.

⁴ v. Hayek, Freiburger Studien (1969), S. 249.

⁵ v. Hayek, Freiburger Studien (1969), S. 249 ff., 260.

⁶ v. Hayek, Freiburger Studien (1969), S. 249 ff.

⁷ Vgl. dazu Timpe, StraFo 2016, 7 ff.

⁸ Vgl. zum Regreßverbot als rollenorientierter Abgrenzung personaler Verantwortungsbereiche in einer rechtlich dezentral organisierten Gesellschaft grundlegend Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl (1991), 24/13 ff.; ders., ZStW 89 (1977), 1 ff., 15 ff.; ders., GA 1996, 243 ff., 264; ders., Lampe FS (2003), S 561 ff., 566; ff.

§ 17 in der Auslegung, die er durch die Rechtsprechung⁹ erfahren hat, aber sogleich wieder ein, und erzwingt eine defensive, also „innovationsunfreundliche“¹⁰, Haltung, wenn sie fordert, dass sich jeder „bei allem, was er zu tun im Begriff steht, ... bewusst zu machen (habe), ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens in Einklang steht. Zweifel hat er durch Nachdenken oder Erkundigung zu beseitigen. Hierzu bedarf es der Anspannung des Gewissens; ihr Maß richtet sich den Umständen des Falles und dem Lebens- und Berufskreis des Einzelnen“¹¹. Der „Pflichtverletzungslehre“¹² der Rechtsprechung liegt die Vorstellung¹³ zugrunde, dass es eine „erkennbare natürliche und moralische Ordnung“ gebe¹⁴, deren Stifter jedem Einzelnen die Regeln und Prinzipien dieser Ordnung ins Gewissen eingepflanzt hat¹⁵. Diese Rechtsprechung denkt die „soziale Komponente der Selbststeuerung“ durch das Gewissen von „vornherein normativ und moralisch“¹⁶, also als „Partizipation an ... einer höheren Ordnung“, die „nur belehrt, ... aber Abweichungen zulässt“¹⁷, verfehlt damit aber die Wirklichkeit einer Gesellschaft, die kein Standardrepertoire an Verhaltensweisen mehr vorgibt, aus dem jeder wählen kann, ohne sich falsch zu verhalten, sondern darauf angewiesen ist, dass ihre Mitglieder sich ihre Zwecke selbst setzen und im Wettbewerb mit anderen verfolgen, und ihre Lebenswelt dadurch erst erschaffen.

Die „Gewissensanspannung“ ist als Maßstab für die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums nur bei den Normen geeignet, aber auch überflüssig, die ohnehin im Gewissen verankert sind, weil sie zum Kernbestand der Normen der Gesellschaft gehören, also der Normen, die die Identität

einer Gesellschaft mitbestimmen, und die deshalb „nur durch einen Akt staatlicher oder gesellschaftlicher Revolution preisgegeben werden können“¹⁸, wie z.B. die Normen gegen den Landesverrat, die Parlamentsnötigung oder die Steuerhinterziehung, die wesentlichen Grundsätze des Berufsbeamtentums, insbesondere das Verbot der Vorteilsannahme, die Garantie des Privateigentums, die Garantie des Urkunds- und Zahlungsverkehrs, die Gewährleistung der körperlichen Integrität und des Lebens und wohl auch die Normen gegen Gewässerverunreinigung und umweltgefährdende Abfallbeseitigung. Die Anerkennung identitätsbildender Normen wird wegen ihres Inhalts verlangt, und nicht nur wegen der Art und Weise ihres Zustandekommens. Sie werden von jedem, der in dieser Gesellschaft sozialisiert wurde, so gelernt, dass die „rechtliche Qualität eines Verhaltens zumeist nicht erschlossen wird ..., sondern stereotyp mitbewusst ... oder unbewusst stereotyp miterlebt“ wird¹⁹. Für die Kenntnis dieser Normen ist jeder solange selbst zuständig, wie er seine Schuldfähigkeit (§ 20) nicht verloren hat. Ein Irrtum über identitätsbildende Normen ist deshalb nur bei Personen denkbar, die in einer fremden Kultur sozialisiert wurden, und bei denen daher eine defizitäre Sozialisation²⁰ als Befund vorhanden ist, der ihre Äußerungen als unmaßgeblich, also nicht anschlussfähig erscheinen lässt. Bei den Normen aber, die ihre Entstehung einer Entscheidung verdanken²¹, und die auch durch eine Entscheidung wieder geändert werden können, passt die „Gewissensanspannung“ als Maßstab schon deshalb nicht, weil das Recht bei diesen Normen gerade nicht erwartet, dass ihr Inhalt im Gewissen verankert ist, sondern nur, dass jeder bereit ist, das Recht, das in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen ist, auch zu befolgen. Die Verankerung positivierte Rechts im Gewissen wäre geradezu dysfunktional, weil die rasche Änderbarkeit positiven Rechts nicht mehr möglich wäre, wenn jede Rechtsänderung erst den zeitaufwändigen Umbau der Persönlichkeitsstrukturen der Betroffenen voraussetzen würde, um in deren Verhalten wirksam zu werden²². Die „Pflichtverletzungslehre“ der Rechtsprechung konterkariert mit ihrem Rigorismus damit eine der Funktionen der Positivierung des Rechts, sozialen Wandel zu ermöglichen und zu gestalten und die Gesellschaft dadurch vor Erstarrung zu schützen. Die Gestaltung sozialen Wandels durch positives Recht ist sozial aber nur akzeptabel, wenn auf die nur begrenzte Lernfähigkeit der Betroffenen Rücksicht genommen wird, weil auch Gutwillige ins Straucheln geraten können, wenn das Tempo des Wandels zu hoch ist. „Bei zunehmender ... Kontingenz“ des Rechts ist schon deshalb nicht mehr gesichert, dass das „Gewissen ... dieselben oder doch ähnliche Normen verkündet wie die öffentliche Moral oder das Recht“²³

⁹ BGHSt 2, 194 ff., 200 ff.; BGHSt 3, 99 ff., 101 f.; BGHSt 3, 357 ff.; BGHSt 4, 80 ff., 86; BGHSt 4, 236 ff., 243; BGHSt 5, 284 ff., 289 f.; BGHSt 6, 47 ff., 59; BGHSt 9, 164 ff. 172; BGHSt 21, 18 ff., 20; BGHSt 22, 223 ff., 226; BGHSt 22, 314 ff., 314 ff., 317 f.; BGHSt 35, 347 ff., 350; BGHSt 39, 168 ff., 179; kritisch dazu *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S. 210; *Walter*, Der Kern des Strafrechts (2006), S. 417, meint, dass diese „Praxis ... auf >error iuris nocet<“ hinauslaufe; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 300, wendet ein, dass „derart rigide Forderungen ... die dem sicherheitsbewussten Bürger real verfügbaren Freiheiten ... auf den engen Bereich vielfach erprobter Alltagsprozeduren ... beschränken und dadurch das soziale Leben weitgehend lähmen“ würden.

¹⁰ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012); S. 323 f.

¹¹ BGHSt 2, 194 ff., 201 f.

¹² Dazu kritisch *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S. 195 ff.; Armin Kaufmann Eb. Schmidt FS (1961), 319 ff., 329 f.

¹³ Vgl. dazu *Roos*, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 im Spiegel der BGH-Rechtsprechung (2000), S. 152 ff., der die theokratischen und naturrechtlichen Fundamente der „Pflichtverletzungslehre“ freizulegen versucht, die dem Strafrecht vermeintlich vorpositive Grenzen setzen.

¹⁴ *Luhmann*, in: *Böckle/Böckenförde* (Hrsg.), Naturrecht in der Kritik (1973), S. 223 ff., 234.

¹⁵ Kritisch zur Gewissensanspannung als Maßstab der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums *Neumann*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 17 Rn. 57; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröer StGB*, 29. Aufl. (2014), § 17 Rn. 15.

¹⁶ *Luhmann*, in: *Böckle/Böckenförde* (Hrsg.), Naturrecht in der Kritik (1973), S. 223 ff., 236

¹⁷ *Luhmann*, a.a.O., S. 223 ff., 237

¹⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 19/7

¹⁹ *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 19/39

²⁰ Vgl. auch *Zaczyk*, JuS 1990, 889 ff., 891; *Lesch*, JA 1996, 607 ff., 608: „exotische Sozialisation“; *Puppe*, GA 1990, 145 ff., 151; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205 ff.; *Frister*, JuS 2013 1057 ff., 1061.

²¹ Vgl. *Luhmann*, Die soziologische Beobachtung des Rechts (1986), S. 26: „Das Recht gilt ...allein deshalb, weil entschieden worden ist, dass es gilt.“

²² Dazu eingehend *Timpe*, GA 1984, 51 ff.

²³ *Luhmann*, in: *Böckle/Böckenförde* (Hrsg.), Naturrecht in der Kritik (1973), S. 223 ff., 236, 238.

III. Der „Unrechtszweifel“ als Kennzeichen der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums

Den psychologisierenden Deutungen der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums²⁴ ist gemeinsam, dass sie Freiräume für „Entdeckungen“ im Wettbewerb lassen, weil sie es in das Belieben jedes Einzelnen²⁵ stellen, ob er das Recht befolgen will oder nicht. Sie sind normativ aber nicht akzeptabel, weil sie den Begriff der Vermeidbarkeit vor der Gesellschaft definieren, und deshalb axiologisch notwendige Einschränkungen, insbesondere in den Fällen der Gleichgültigkeit und der Rechtsblindheit, nicht mehr systematisch herleiten können, sondern von Fall zu Fall improvisieren müssen. Nach psychologisierendem Verständnis ist ein Verbotsirrtum unvermeidbar, wenn dem „Täter zur Zeit seiner Tat jeder Anlaß (fehlt) über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nachzudenken“²⁶. Habe der Täter „nicht den geringsten Zweifel“ an der Rechtmäßigkeit seines Vorhabens, „so ist er nicht befähigt durch einen Akt der Freiheit eine ihm objektiv gegebene Möglichkeit zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu ergreifen“²⁷. Hat der Täter sich also eine rechtliche Haltung bewahrt, und zweifelt er deshalb an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens, so ist sein Verbotsirrtum vermeidbar. Nimmt er das Recht aus Rechtsblindheit oder Gleichgültigkeit aber gar nicht erst zur Kenntnis irrt er unvermeidbar, weil derjenigen, dem „jede Lust zum Nachdenken fehlt ..., nicht (nachdenkt) und ... deshalb ... jenseits dessen, was sowieso vor seinem Auge steht“ nichts erkennt²⁸, also auch keinen Grund hat, an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu zweifeln. Diese Selbstrelativierung der Ordnung wäre

²⁴ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S. 155 ff.

²⁵ Dem Belieben jedes einzelnen bleibt die Rechtsbefolgung auch dann überlassen, wenn es zum Gegenstand des Unrechtsbewusstseins heißt, dass der Täter „den Sinn des Verbots (habe) erkennen“ müssen, da Normbefolgungsbereitschaft „nicht geschuldet (sei), wo blinder Gehorsam abverlangt wird“, Velten, Normkenntnis und Normverständnis (2000); S. 310, 313. Damit wird dem Täter aber eine „Verwerfungskompetenz“ zugesprochen, die ihm außerhalb der dafür eröffneten Verfahren nicht zusteht. Außerhalb dieser Verfahren ist es vielmehr seine Angelegenheit, für Normbefolgungsbereitschaft zu sorgen, weil sich ein System positiven Rechts nicht verwalten lässt, wenn sich jeder Einzelne auf eine „Verwerfungskompetenz“ berufen könnte.

²⁶ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S. 209 (anders aber *ders.*, in: Bönner und de Boor [Hrsg], Unrechtsbewußtsein Aus der Sicht des Täters-Aus der Sicht des Richters [1982], S. 1 ff., 18 f.); vgl. auch Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit (1969), S. 103 f., der als Voraussetzung für die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums den „unspezifischen Zweifel“ des Täters an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens nennt, also das „aktuelle Bewusstsein“, dass die Handlung möglicherweise verboten sei; ähnlich Zaczyk, JuS 1990, 889 ff., 893; Neumann, JuS 1993, 793 ff., 798; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 19/37: „latentes Rest-Normwissen“ (anders aber *ders.*, RW 2010, 283 ff., 307 Fn. 87).

²⁷ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S.209.

²⁸ Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 8/22.

aber mit ihrer Normativität nicht vereinbar, weil auch Rechtsblindheit und Gleichgültigkeit gegenüber dem Recht eine Interpretation des Verhältnisses zum Recht ist, nämlich dessen Abwertung, und der Täter deshalb auch ohne „leisen“ Unrechtszweifel durch sein Verhalten dokumentieren kann, dass ihn das Recht nicht interessiert.. Die Bindung der Vermeidbarkeit an den real psychisch vorhandenen „Zweifel“ des Täters konterkariert bei Desinteresse und Gleichgültigkeit also die generalpräventiv²⁹ erforderliche Bemessung der Strafe, so dass die Legitimation der Strafe selbst in Gefahr gerät, „weil konterkarierte Zwecke keine mehr sind“³⁰. Um die Entlastung des Täters bei fehlender Rechtskenntnis auf ein sozial verträgliches Maß zurückzuführen, soll es bei „besonderen, namentlich beruflichen Tätigkeiten“ jedem „Menschen einsichtig“ sein, dass „eine jederzeitige und sichere Pflichtbefolgung die Kenntnis der bestehenden Rechtspflicht“ voraussetze, und deshalb ein „sinnvolles Motiv“ vorhanden sei, die „Möglichkeit zur Erkenntnis ... beruflicher oder sonstige Tätigkeiten betreffenden Normen auch tatsächlich zu nutzen“³¹. Habe der Täter die ihm offenstehenden Erkenntnismöglichkeiten im Vorfeld der Tat nicht genutzt, sei sein Verbotsirrtum im Tatzeitpunkt zwar unvermeidbar; dem Täter könne aber zum Vorwurf gemacht werden, dass er es „in seinem Leben bis zur Verwirklichung der Unrechtstat als freier und verantwortlicher Mensch (unterlassen habe, sich) über die seine berufliche und sonstige Tätigkeit regelnden Rechtsnormen zu informieren“³². Schon aus „präventiven Gründen“ sei es deshalb „unerlässlich“ auf „ein Stück Lebensführungsschuld zurückzugreifen“³³. Die Konstruktion einer „Lebensführungsschuld“ ist aber nicht nur mit dem Tatprinzip unvereinbar, sondern auch unnötig, weil es zur „Lebensführungsschuld“ funktionale Äquivalente gibt, insbesondere die Möglichkeit, „den Vorwurf der Sorgfaltswidrigkeit in das Vorfeld der eigentlichen Tathandlung vorzuverlagern“³⁴. „Jedermann (müsse) vor der Übernahme einer Tätigkeit, die mit außergewöhnlichen Gefahren verbunden und deshalb mutmaßlich speziellen rechtlichen Regelungen unterworfen ist,

²⁹ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S. 264; *ders.*, in: Bönner und de Boor (Hrsg), Unrechtsbewußtsein Aus der Sicht des Täters-Aus der Sicht des Richters (1982), S. 1 ff., 20 f.

³⁰ Jakobs, ZStW 101 (1989), 516 ff., 536.

³¹ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S.255.

³² Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S. 263.

³³ Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (1969), S. 264.

³⁴ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 309 Fn. 337; Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit (1969), S.32, 158, 163 f., geht einen anderen Weg: Um die Privilegierung der Gleichgültigen und Rechtsblinden auf ein sozial verträgliches Maß zurückzuschneiden, verdünnt er den Anlass, die verbotene Handlung zu unterlassen, nahezu bis zur Unkenntlichkeit, verlangt also nicht, dass der Täter „das spezifische Unrecht der projektierten Handlung“ für „möglich-erweise rechtswidrig“ gehalten habe, sondern lässt genügen, dass „der Täter sich eine Norm (vorgestellt habe), die im konkreten Fall nicht eingriff, oder eine Norm, die schon gar nicht existiert“. Stelle sich der Täter vor, gegen eine Norm zu verstoßen, die es nicht gibt, soll das Maß der Schuld von dem Motivationsdruck abhängen, den die nicht existente Norm „normalerweise“ hätte.

mit der von einem rechtstreuen Bürger zu erwartenden Sorgfalt prüfen, ob er der Aufgabe gewachsen ist, die betreffende Tätigkeit in rechtskonformer Weise zu bewältigen³⁵. Beanspruche der der Täter in einer bestimmten sozialen Rolle aufzutreten, habe er aber seine „Obliegenheit“ verletzt, für Rechtskenntnis zu sorgen, werde ihm „die Möglichkeit abgeschnitten, sich zu seiner Entlastung auf die obliegenheitswidrig zustande gekommene Fehleinschätzung zu berufen“³⁶. Der Täter wird also bestraft, weil er es im Vorfeld der Tat unterlassen hat, sich durch die Beschaffung von Rechtskenntnissen „zurechnungsfähig“ zu erhalten, obwohl es eine „>Pflicht<, schuldfähig zu bleiben“³⁷, nicht gibt, und es deshalb auch nicht geboten sein kann, sich im Vorfeld der Tat um Rechtskenntnis zu bemühen, damit keine präventiv notwendige Zurechnung verloren geht. Durch die Verlagerung des Schuldvorwurfs auf ein Verhalten im Vorfeld der Tat wird § 17 aber zu einer Vorschrift verfälscht, die der Sicherung von Zurechnung in den Fällen dient, in denen dem Täter die Verarbeitung der Tatsituation durch das Normbefolgungsmotiv nicht mehr zur Kenntnis des Rechts verholten hätte, er sich vor der Tat aber zurechenbar nicht um Rechtskenntnis gekümmert hat, ohne das Kommende zu diesem Zeitpunkt jedoch in einer für die *actio libera in causa* hinreichenden Dichte vorhersehen zu können. Vorbild für dieses Verständnis des § 17 ist also § 323a, dessen Schutzzweck es ist, die Möglichkeit von Zurechnung auch dann zu erhalten, wenn der Täter seine Schuldfähigkeit zum Tatzeitpunkt zurechenbar verloren hat.

IV. Rechtsunkenntnis als Ausdruck mangelnder Normbefolgungsbereitschaft

Während ein Irrtum über Tatumstände (§ 16) stets entlastet³⁸, entlastet mangelnde Rechtskenntnis³⁹ (§ 17) nur, wenn sie unvermeidbar ist. Der Grund für diese unterschiedlichen Behandlung von Wissensfehlern liegt darin, dass sich jeder um ausreichendes Wissen über die Gegebenheiten der Natur schon aus Eigeninteresse selbst kümmert, weil er mit seinen Planungen an der Wirklich-

keit scheitern wird, wenn ihm zumindest elementare Kenntnis der Mathematik, der Logik oder der Naturgesetze fehlen. Die Gesetze der Natur bedürfen zu ihrer Stützung nicht der staatlichen Strafe, weil sie sich selbst stabilisieren. Wer sich nicht an sie hält, also z.B. meint, dass zwei und zwei fünf ergebe oder Granit in Wasser schwimmen könne, wird es nicht weit bringen, und setzt sich zudem der Gefahr einer *poena naturalis*⁴⁰ aus. Die Unkenntnis von Tatumständen kann also entlasten, ohne dass für den Erhalt der normativen Struktur der Gesellschaft erforderliche Zurechnung verloren geht, weil ein Irrtum über Tatumstände nicht die Geltung der Gesetze der Natur oder der Logik desavouiert, sondern den Irrenden. Das ist bei den Normen des positiven Rechts anders: Denn eine „nicht beweisbare und in diesem Sinn unvollkommene Ordnung“⁴¹ kann nicht begründen, dass Rechtsbefolgung stets vorzugswürdig ist⁴², weil rechtlich zu wollen nicht immer im Eigeninteresse des Täters liegt, individuell sinnhafte, also den Nutzen des Täters mehrende Taten, aber in besonderem Maße vorbildhaft wirken. Mit der Verschärfung des Zurechnungsmaßstabs (§ 17) gibt das positive Recht zu erkennen, dass es seine Schwäche kennt, und bei „schwachen“ Normen, also bei Normen, die sich anders als die Naturgesetze und die Schlussregeln der Logik nicht selbst stabilisieren, deshalb jedem einzelnen als von ihm zu verantwortende Aufgabe zuschreibt, für hinreichende Normbefolgungsbereitschaft⁴³ zu sorgen⁴⁴. Bringt der Täter nicht die Normbe-

⁴⁰ *Jakobs*, RW 2010, 283 ff., 305; vgl. auch *Philips*, Roxin FS (2001), 364 ff., 370: „Der blindlings um die Kurve rasende Fahrer gefährdet sich selbst genau so sehr, wie den der ihm möglicherweise entgegenkommt“; kritisch aber *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 321 f.; *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht (2007), S. 427 f.; *Lesch*, JA 1996, 607 ff., 611, der einwendet, dass nicht mit seiner „gesamten Lebensplanung“ scheitere, „wer bloß bestimmte einzelne Normen nicht zur Kenntnis“ nehme, und zudem die „Konsequenzen“, die dem Täter ... drohen (nur) diejenigen des Rechts (seinen), nicht solche der Natur“. Die „Konsequenzen“, die das Recht an ein fehlerhaftes Verhalten knüpft, müssen aber nicht weniger belastend sein, als die Folgen, die die „Natur“ mit einem Wissensfehler verbindet, weil durch ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren (und die Stigmatisierung durch die Strafe) Freiheit ebenso verloren geht, wie durch einen Krankenhausaufenthalt nach einer folgenreichen Trunkenheitsfahrt.

⁴¹ *Jakobs*, ZStW 101 (1989), 516 ff., 526; *ders.*, ZStW 107 (1995), 843 ff., 848 f.

⁴² Die Rechtsprechung (BGHSt 4, 236 ff. 243; BGHSt 3, 105 ff., 107; 243; BGHSt 21, 18 ff., 20; BGH VRS 14, 30 f, 31; BGH NJW 2006, 522 ff., 529, zuletzt BGH NJW 2006, 522 ff., 529) verschärft deshalb den Zurechnungsmaßstab, und stellt an die „Erkenntnis der Rechtswidrigkeit eines tatbestandsmäßigen Sachverhalts höhere Anforderungen, ...als hinsichtlich der Erkenntnis der Tatumstände selbst“; zur Begründung führt BGHSt 4, 236 ff., 243, aus, dass „mit der Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens seine Rechtswidrigkeit in der Regel gegeben und dies allgemein bekannt“ sei; kritisch aber *Zaczyk*, JuS 1990, 889 ff., 892 f.; *Neumann*, JuS 1993, 793 ff., 798; *ders.*, BGH FS, Bd. IV (2000), 83 ff., 103 f.; *ders.*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 17 Rn. 60; *Nestler*, Jura 2015, 562 ff.

⁴³ *Velten* Normkenntnis und Normverständnis (2000); S. 21.

⁴⁴ Bei starken Normen, also bei Normen, die sich selbst stabilisieren, gilt deshalb das „Kenntnisprinzip“ (§ 16), bei schwachen Normen dagegen das „Verantwortungsprinzip“ (§ 17), weil ihre Befolgung nicht als stets vorzugswürdig

³⁵ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 301, 309.

³⁶ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 311.

³⁷ *Stratenwerth*, Armin Kaufmann GS (1989), 485 ff., 498 f.

³⁸ Fahrlässigkeit wird seltener und in der Regel auch erheblich milder bestraft als Vorsatz. Bei Taten, die in einem vermeidbaren Verbotsirrtum begangen wurden, muss die Strafe zwar nicht gemildert werden, sie kann aber gemildert werde. Desinteresse ist dabei aber kein Milderungsgrund, sondern belastet umso mehr, je weiter sich der Täter vom Recht entfernt hat.

³⁹ Die „strafrechtliche Relevanz des Unrechtsbewusstseins (wird für gewöhnlich als) Konsequenz des als Prinzip gerechter Zurechnung verstandenen Schuldprinzips“ gedeutet; „präventive Gesichtspunkte“ dürften deshalb erst „bei der Bestimmung der Grenzen der strafrechtlichen Relevanz fehlender Unrechtskenntnis ... ins Spiel“ gebracht werden, *Neumann*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 17 Rn.6; anders *Timpe*, GA 1984, 51 ff.; *Jakobs*, Das Schuldprinzip (1993), S. 18, der hervorhebt, dass „das Recht mit § 17 (anerkenne), dass es nicht jedenfalls erkennbar ist. Das ist der Sieg des Relativismus über die Vernünftigkeit des Rechts“; vgl. auch *Pawlik* Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 318.

folungsbereitschaft auf, die von ihm in allen seinen Rollen erwartet wird, geht für die Bewahrung der normativen Struktur der Gesellschaft erforderliche Zurechnung verloren, wenn der Konflikt nicht auf das fehlerhafte Wollen des Täters zurückgeführt und damit erklärt wird. Die Zuständigkeit für den Normbruch kann ihm auch nicht von denjenigen abgenommen werden kann, die die „schwachen“ Normen gesetzt haben, dem Staat und seinen Institutionen. Trotz des „Verfalls der Gesetzgebungskultur“⁴⁵ kann es eine „Risikoverteilung zu Lasten des Rechts“⁴⁶ schon deshalb nicht geben⁴⁷, weil sozialer Wandel nur durch positives Recht gestaltet werden kann und es deshalb zur Positivität des Rechts keine praktikable Alternative gibt. „Ohne eine Zuständigkeit für die Befolgung unbekannter Normen (geht es also) nicht“⁴⁸.

1. Die Aufgabe (Funktion) der Vermeidbarkeit

Das Recht konstituiert die Person nach seinen Funktionsbedingungen, also als ein System, das zwar nicht für bestimmtes Maß an Wissen⁴⁹, aber für ihr rechtliches

dargetan werden kann; anders *Walter*, Der Kern des Strafrechts (2006), S. 405 f., der als „innersten Grund der Schuldtheorie“ die „Angst vor unwiderlegbaren Schutzbehauptungen“ nennt.

⁴⁵ *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis (2000), S. 423.

⁴⁶ *Naucke*, Roxin FS (2001), 503 ff.; *Roos*, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 im Spiegel der BGH-Rechtsprechung (2000), S 320 f.; vgl zu einer Risikoverteilung zu Lasten des Rechts auch *Zabel*, GA 2008, 33 ff., 41, der aber verkennt, dass positives Recht nicht mit einer „exklusiven Richtigkeitsbehauptung“ auftritt, um „eventuelle Plausibilitätserwägungen des Täters wirksam >erledigen< zu können“, sondern nur mit dem Anspruch, zu gelten, weil im demokratischen Prozess entschieden wurde, dass es gilt.

⁴⁷ Anders *Naucke*, Roxin FS (2001), 503 ff.; *Roos*, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 im Spiegel der BGH-Rechtsprechung (2000), S 320 f.

⁴⁸ *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis (2000); S. 348.
⁴⁹ § 17 schreibt den „Normadressaten“ also nicht als von ihnen zu verantwortende Aufgabe zu, sich Informationen über das Recht zu beschaffen, um ihm die in Unkenntnis des Rechts begangene Tat dann zur Schuld zuzurechnen, wenn er den Standard eines über das Recht wohlinformierten Bürgers verfehlt; anders *Lesch*, JA 1996, 607 ff., 608; *Dehne-Niemann*, GA 2012, 89 ff., 95 f.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. S. 310 f., der § 17 die „Obliegenheit“ entnimmt, sich um Rechtskenntnis zu bemühen, weil eine „Rechtsordnung ... ohne die Bereitschaft ihrer Angehörigen, den Inhalt des Rechts zur Kenntnis zu nehmen“ keinen Bestand haben könne. Eine „Obliegenheit“, sich ohne Anlass um Rechtskenntnis zu kümmern, ist aber schon deshalb überflüssig, weil sich der Anlass, Rechtsrat einzuholen, bei hinreichender Normbefolgungsbereitschaft von selbst einstellt, wenn die Situation unübersichtlich ist, und deshalb nicht durch „eine Erwartung zweiter Ordnung“ abgesichert werden muss. Die rechtliche „Motivation ist (also) der Schlüssel dafür, dass jemand in bestimmten Situationen (die) für seinen Zweck wichtige Informationen ... wahrnimmt“, und die „Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums“ daher „eine Variable der Motivation“, aber nicht des Kenntnisstandes des Täters, *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis (2000), S. 70, 78. Kognitive Mindeststandards garantiert das Recht nur ausnahmsweise, wenn Risiken zentral verwaltet werden müssen, wie z.B. bei den abstrakten Gefährdungsdelikten. Nebenbei: Ungeklärt ist

Wollen zuständig ist. War das Wollen der Person fehlerhaft, ist ihr Verbotsirrtum dann unvermeidbar, wenn sie ihren Irrtum auch bei hinreichender Normbefolgungsbereitschaft nicht hätte vermeiden können, weil Unvermeidbares in einer Gesellschaft, in der Schicksal seine Deutungskraft verloren hat, keinen deliktischen Sinn mehr zum Ausdruck bringt. Die Grenze zwischen Sinn und Natur ist dem Recht nicht natürlich vorgegeben, sondern richtet sich nach gesellschaftlichen Vorverständnissen von den Grenzen des Sozialen und verläuft deshalb in der „entzauberten Welt“ (Max Weber⁵⁰) der Moderne anders als in den theokratisch legitimierten Ordnungen des späten Mittelalters, in denen z.B. die Hexerei und Zauberei (Art. 109 PGO⁵¹) noch zur sozialen Normalität gehörte. Mit dem Vordringen des rationalnaturwissenschaftlichen Weltbilds seit dem 18. Jahrhundert, gibt es in den Gesellschaften der Neuzeit keine sinnvollen Naturverläufe mehr: die Natur ist, was sie ist. In einer Welt ohne immanenten Sinn ist Sinn deshalb immer nur der von einer Person durch das ihr (lobend oder tadelnd) zurechenbare Verhalten gesetzter Sinn, an den (als Sinnangebot) angeschlossen werden kann und dem widersprochen werden muss, wenn er (als deliktischer Sinn) die Normgeltung in Frage stellt. Da Schicksal in der sinnleeren Welt der kompetitiven Moderne seine Deutungskraft verloren hat und das Unvermeidbare deshalb als Unglück erklärt und damit erledigt werden kann, ist Unrecht in dieser Welt nur ein Verhalten mit der objektiven Bedeutung eines Normwiderspruchs, also das bei unterstellt dominanter Rechtstreue vermeidbare Bewirken einer Tatbestandsverwirklichung durch eine kompetente Person, also durch eine Person, deren Äußerungen kommunikativ relevanten Sinn⁵² aufweist. Auch aus Rechtsgleichgültigkeit⁵³ oder Rechtsfeindschaft unvermeidbar Irrende äußern nichts kommunikativ Relevantes, setzen keinen deliktischen Sinn, weil der Täter das vollzogene Verhalten (wegen der Unvermeidbarkeit des Irrtums) seinerseits nicht hätte vermeiden können. Hätte der Täter sein Defizit auch bei (unterstellt⁵⁴) hin-

bei der Konstruktion Pawliks auch, weshalb die „Erwartung zweiter Ordnung“ nur für die Rechtskenntnis gelten soll, und nicht auch für andere, trainierbare, kognitive Fähigkeiten, wie z.B. Körperkraft oder Geschicklichkeit, die ja ebenso wie genügende Rechtskenntnisse Voraussetzungen dafür sein können, dass der Täter seine Pflichten mit „hinreichender Verlässlichkeit“ erfüllt.

⁵⁰ *Max Weber*, in: *Winkelmann* (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre von Max Weber, 3. Aufl., (1988), S. 582 ff., 594.

⁵¹ *Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532*, zitiert nach *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit (1998), S. 103 ff.

⁵² Anders *Welzel*, ZStW 58, 1939, 491 ff., 504 f., der „Sinn“ instrumentell versteht, also die „Fähigkeit zu sinnvoller Wertentscheidung“ ausklammert und Sinnsetzung deshalb auf die Auswahl der Mittel zu einem bestimmten Zweck beschränkt.

⁵³ Gleichgültigkeit unterscheidet sich vom Irrtum nicht durch das vorwerfbare Maß der Unkenntnis, weil es auch grobe Irrtümer geben kann. Anders als beim Irrtum handelt der Gleichgültige vielmehr aus Interesse am Vollzug der Handlung ohne die Folgen zu bedenken; vgl. *Jakobs*, Paeffgen FS (2015), 221 ff.

⁵⁴ Das Vorhandensein hinreichender Normbefolgungsbereitschaft muss unterstellt werden, weil jeder bei seinen Organisationen zu garantieren hat, dass andere Personen nicht

reichender Normbefolgungsbereitschaft nicht vermeiden können, fehlt deliktischer Sinn, weil die „Welt insoweit nicht als machbar begriffen wird“⁵⁵. Zur Stützung der Normgeltung muss einem auch bei hinreichender Normbefolgungsbereitschaft nicht vermeidbaren Normverstoß, nicht widersprochen werden⁵⁶, weil er kein Sinnausdruck und damit auch kein strafrechtlich relevantes Verhalten ist.

Der Grund für den Wechsel der Perspektive weg von innerpsychischen Fakten, dem „leisen Unrechtszweifel“, hin zu der vom Täter zu leistenden Aufgabe, für hinreichende Normbefolgungsbereitschaft zu sorgen, liegt darin, dass der vermeidbar Irrende nicht nur punktuell in einer seiner Rollen versagt, sondern die Leistung nicht erbracht hat, die von ihm in allen seinen Rollen erwartet wird, und seine Tat deshalb die Vermutung widerlegt, dass er Gewähr für die Normbefolgungsbereitschaft bietet, die von ihm als Person im Recht erwartet wird. Ein Röntgenarzt der sich z.B. aus Desinteresse nicht um seine Fortbildung kümmert und deshalb nicht weiß, dass eine bisher als erlaubt geltende Applikation der Strahlen aufgrund neuer Forschungen verboten ist, weil sie Gewebeschäden hervorrufen kann, kann Zweifel an seiner Kompetenz in anderen Rollen nicht mit dem Hinweis darauf ausräumen, dass sein Versagen rollenspezifisch gewesen sei; denn er hat die Normbefolgungsbereitschaft nicht aufgebracht, die er rollenübergreifend leisten muss, um gesellschaftstauglich zu sein. Versagt der Täter aber vor Anforderungen, die er in allen seinen Rollen erfüllen muss, wird die Rollentrennung⁵⁷ durch die Rückführung

zu Schaden kommen; vgl. dazu schon *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt (1972), S. 127 ff.

⁵⁵ *Jakobs*, Kühl FS (2014), 281 ff., 287.

⁵⁶ Der von dem aus belastenden Gründen Irrenden verursachte Konflikt muss deshalb dann kognitiv angegangen und bereinigt werden, wenn nicht ausnahmsweise die Möglichkeit besteht, ihn nach den Regeln der *actio libera in causa* zur Verantwortung zu ziehen. Wer auf einer dicht befahrenen Straße auf eine Kreuzung zufährt und meint, dass ein dort aufgestelltes Verkehrsschild rechts (und nicht links) abbiegen vorschreibe, hätte zwar die Fahrt unterlassen und stattdessen die Verkehrsregeln repetieren können. In der Situation, in der er sich befindet, ist sein Irrtum aber auch bei hinreichender Normbefolgungsbereitschaft nicht vermeidbar, weil er seine Fahrt weder abrupt unterbrechen kann noch die Lage ist (z.B. durch Einschaltung eines Anwalts) sein Verhalten sorgfältig zu beurteilen und sich auf das Ergebnis einzustellen, um den Normverstoß zu vermeiden. Der Konflikt, den ein Kraftfahrer, der selbst die elementarsten Verkehrsregeln nicht kennt, verursacht, und dem deshalb der Führerschein weggenommen wurde, wird ihn erst dann zurückerhalten, wenn er in einem geordneten Verfahren nachweist, dass er seine Kenntnislücken ausgeglichen hat, §§ 11 ff., 36 FeV.

⁵⁷ Die Rollentrennung muss bei der Zurechnung zur Schuld durchbrochen werden, weil anderenfalls der Standard der jeweiligen Rolle das Maß der Haftung des Rollenträgers bestimmen würde und deshalb „der expressive Gehalt der Strafe ausschließlich auf die Rolle (beschränkt wäre), in der der Normbruch stattgefunden hat“, *Cancio Melia*, Wolter FS (2013), 293 ff., 312; vgl. auch *Jakobs*, in: *Witter* (Hrsg.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht (1987), 271 ff., 272 f. Damit würde aber der Zweck der Zurechnung zur Schuld verfehlt würde, „eine möglichst umfassende Distanzierung vom Täter zu ermöglichen“, *Jakobs*, in: *Witter* (Hrsg.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht (1987), 271 ff., 275.

des Konflikts auf einen Mangel an Normbefolgungsbereitschaft durchbrochen, und dem Täter seine Tat in dem Sinn verschärft zugerechnet, dass er durch die Erklärung des Konflikts als Ausdruck mangelnder Normbefolgungsbereitschaft „nicht nur in einem gesellschaftlichen Sektor (desavouiert wird), sondern rundum“⁵⁸.

Zu den Formen, in denen sich ein Mangel an Normbefolgungsbereitschaft äußert, gehören nicht nur Desinteresse und Gleichgültigkeit, sondern dazu gehört auch selbstwidersprüchliches Verhalten⁵⁹. Das Strafrecht garantiert zwar keine kognitiven (Mindest-)Standards, wie z.B. Körperkraft, Geschicklichkeit oder Wissen, sondern Normbefolgungsbereitschaft. Geht der Irrende in einer Gesellschaft der gegenwärtigen Gestalt aber einen Sozialkontakt in einer bestimmten sozialen Rolle ein, übernimmt damit die Garantie für die Einhaltung des Pflichtenprogramms dieser Rolle⁶⁰. Denn in einer hochgradig anonymen Gesellschaft, in der niemand mehr kompetent beurteilen kann, wie andere an einen Sozialkontakt anschließen werden, ermöglicht erst das Vertrauen der Partner des Kontakts in die Konstanz der Rollen Sozialkontakte auch außerhalb sozialer Nähebeziehungen, wie z.B. der Ehe oder der Familie, weil mit der Kenntnis der der Rolle zugleich feststeht, welches Verhalten von dem Rollenträger normativ erwartet werden kann. Müssen für stereotype Situationen aber Standards gelten, und deckt die Gesellschaft ihren Standardisierungsbedarf durch die Bildung sozialer Rollen, verhält sich der Täter widersprüchlich, wenn er sich darauf beruft, dass er nicht gewusst hat, was jeder wissen muss, der beansprucht⁶¹, in einer bestimmten Rolle zu agieren⁶². Der „Einzelne wird an der von ihm vollzogenen Selbstbindung ... von seiner sozialen Umwelt festgehalten“⁶³, und sein Verbotsirrtum ist deshalb nur aus-

⁵⁸ *Jakobs*, Das Schuldprinzip (1993), S. 21.

⁵⁹ Vgl. auch *Groteguth*, Norm- und Verbots(un)kenntnis: § 17 Satz 2 StGB (1993), S. 36, 74, der aber zu dem axiologisch wenig befriedigenden Ergebnis gelangt, dass Norm und Geltungswissen zur aktuellen Unrechtseinsicht konvergieren müssen, weil erst „auf dieser Grundlage ... die vom Täter vorgenommene Verletzungshandlung als Besonderung gegen den von ihm mitkonstituierten allgemeinen Willen und damit als Selbstwiderspruch begründet werden“ könne. Die vom Täter geforderte Leistung besteht aber nicht darin, einem wirklich vorhandenen Zweifel nachzugehen, sondern darin, die Normbefolgungsbereitschaft aufzubringen, die von jedem in seiner Bürgerrolle erwartet wird.

⁶⁰ Vgl. auch *Neumann*, BGH FS, Bd. IV (2000), 83 ff., 101 f., der auf den „Gedanken des Übernahmeverschuldens“ zurückgreift, „außerhalb rechtlich besonders geregelter Lebenssachverhalte“ aber „individualisierend“ verfahren will; *ders.*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 17 Rn. 58 f.

⁶¹ In einer bestimmten Rolle aufzutreten kann der Täter regelmäßig nur beanspruchen, wenn er zuvor seine Kompetenz in einem förmlichen Verfahren nachgewiesen, also z.B. eine Facharzausbildung absolviert oder eine Meisterprüfung abgelegt hat. Wird er ohne diesen Nachweis tätig, und versagt er vor den Anforderungen seiner Rolle, ist sein Irrtum Ausdruck eines Mangels an Normbefolgungsbereitschaft, und deshalb regelmäßig vermeidbar.

⁶² Der Nichtgebrauch von Sonderwissen, also Wissen, das der Täter aufgrund einer besonderen Fähigkeit erworben hat, belastet nie; vgl. zum Sonderwissen *Jakobs*, Armin Kaufmann GS, 1989, 271 ff., 283; *ders.*, RW 2010, S. 283 ff., 309 ff.

⁶³ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 282.

nahmsweise unvermeidbar⁶⁴, wenn ihm die Integration der Norm in seinen individuellen Weltentwurf misslingt, weil er z.B. in einer singulären Sonderlage mit reduzierter Besonnenheit handelt und deshalb nicht hinreichend auf den Kontext seines Verhaltens geachtet hat.

2. Der unvermeidbare Verbotsirrtum

Das Recht erwartet zwar nicht, dass die Verarbeitung der Tatsituation durch das Normbefolgungsmotiv dem Täter stets zu einem fehlerfreien Verhalten verhilft; es erwartet aber, dass er ohne dieses Motiv nicht handelt, er also die Leistung erbringt, zu der er bei hinreichender Normbefolgungsbereitschaft imstande gewesen wäre. Unterläuft dem Täter trotz vorhandener Normbefolgungsbereitschaft ein Irrtum, kann auf seine individuellen Besonderheiten aber auch dann Rücksicht genommen werden, wenn er den Fehler bei hinreichender Normbefolgungsbereitschaft hätte vermeiden können. Denn niemand kann ohne Unterlass jedes einzelne eigene Verhalten auf dessen Rechtmäßigkeit hin überprüfen oder sich aus der Gesellschaft zurückziehen, wenn er sich zur Prüfung außer Stande sieht. In den Lebensbereichen, die jedermann ohne den Nachweis besonderer Fähigkeiten offen stehen, verdienen geringfügige Fehlleistungen, die jedem unterlaufen können, schon deshalb Nachsicht, weil jedermann hin und wieder ein Irrtumsprivileg in Anspruch nehmen muss, um in einer Gesellschaft der gegenwärtigen Gestalt sein Auskommen zu finden, und anderen ihm die Berufung auf dieses Privileg daher nicht versagen kann, ohne sich zu widersprechen. Vor allem aber kann sich das Recht bei gelegentlichen Unachtsamkeiten Nachsicht mit dem Irrenden dann leisten, ohne dass Zurechnung verloren geht, wenn Wissensfehler nicht auf einen Mangel an Normbefolgungsbereitschaft verweist, sondern auf persönliche Defizite⁶⁵, wie z.B. einen Mangel an Kompetenz, der die Äußerungen des Irrenden als falsch und deshalb unmaßgeblich erscheinen lässt. „Als unfreiwillig (und deshalb verzeihlich) gilt, was ... aus Unwissenheit geschieht“⁶⁶. Nur das, „was freiwillig geschieht“ ist für „Lob und Tadel“ offen, „während das Unfreiwillige Nachsicht und manchmal Mitgefühl fin-

det“⁶⁷. Weiß ein Winzer trotz regelmäßiger Lektüre einschlägiger Fachzeitschriften z.B. nicht, dass eine alte Rebsorte nicht mehr angebaut werden darf, weil neuere Forschungen sie als starken Allergieauslöser identifiziert haben, ist sein Irrtum unvermeidbar⁶⁸, weil sein Versagen damit erklärt werden kann, dass er trotz hinreichender Normbefolgungsbereitschaft in den „Rechtssmassen“⁶⁹ moderner Gesellschaften punktuell den Überblick verloren hat⁷⁰, ohne aber vor den Anforderungen versagt zu haben, die er in allen seinen Rollen erfüllen muss, um gesellschaftstauglich zu sein. Bei Wissensfehlern eines normbefolgungsbereiten Täters desavouiert der Irrtum nicht den Geltungsgrund positiven Rechts, sondern den Täter, so dass zur Bestätigung der Normgeltung nicht auf den Täter zurückgegriffen werden muss, weil seine Inkompetenz schon bei der Verwaltung eigener Angelegenheiten den Konflikt erklärt. Kann aber die Inkompetenz des Täters als rechtlich maßgeblicher Konfliktgrund herausgestellt werden, ist die Gefahr eines Anschlusses an die Tat gering, weil sie allgemein als missglücktes, also individuell sinnloses Unternehmen verstanden wird, das ihm mehr Nachteil als Nutzen bringt, und er daher keine Strafe, sondern „Nachsicht und ... Mitgefühl“⁷¹ verdient. Mangelnde Sorgfalt und fehlender Überblick in eigenen Angelegenheiten sind nicht erstrebenswert, sondern führen regelmäßig zu einer Schmälerung der sozialen Geltung des Unachtsamen, weil als „Dummkopf“⁷² dasteht, der nicht ernst zu nehmen ist, wer schon bei der Verwaltung eigener Angelegenheiten versagt, und dann weitere Nachteile hinzukommen, wenn sich die Inkompetenz des Täters in einem Verbotsirrtum äußert, wie z.B. die „isolierende Peinlichkeit“⁷³ eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens oder Schadenersatzansprüche des Betroffenen. Stellen sich beim Täter aber „Mißbehagen (und) Bedauern“⁷⁴ ein, wenn er betrachtet, was er angerichtet hat, kann demonstriert werden kann, dass es schon in seinem Eigeninteresse liegt, sich um Rechtskenntnis zu kümmern, wenn er in einer Gesellschaft der gegenwärtigen Gestalt sein Auskommen finden will⁷⁵.

⁶⁴ Anders Lesch, JA 1996, 607 ff., 609; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 309 f., der einem Rollenträger das zur Erfüllung des Leistungsprogramms seiner Rolle erforderliche Wissen nicht zuschreiben, ihm aber die Berufung auf sein Nichtwissen abschneiden will, wenn er seine „Obliegenheit“ verletzt habe, für Kenntnis zu sorgen.

⁶⁵ Der Täter ist anders motiviert als jedermann, kann also entlastet werden, wenn seine defizitären Motivation weder Ausdruck von Rechtsblindheit noch von Gleichgültigkeit ist.

⁶⁶ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Bd. III (1983), 1110b. Neben dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit kennt Aristoteles noch eine dritte Schuldform, die er zwischen die „Freiwilligkeit“ und die „Unfreiwilligkeit“ stellt, und „Nichtfreiwilligkeit“ (Aristoteles, a.a.O., 1110b) nennt, weil bei ihr die Unkenntnis durch Desinteresse vermittelt werde (dolus indirectus; vgl. dazu Jakobs, RW 2010, 283 ff.). Diese Schuldform unterscheidet sich von der „Freiwilligkeit“ (Vorsatz) dadurch, dass der Täter die tatbestandlichen Folgen seines Verhaltens nicht bedenke, und von der „Unfreiwilligkeit“ (Fahrlässigkeit) dadurch, dass „sich danach (weder) Mißbehagen (noch) Bedauern einstellt“, weil der Täter seinen Kenntnismangel nicht negativ bewerte.

⁶⁷ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Bd. III (1983), 1110b.

⁶⁸ Handelt der Täter mit hinreichender Normbefolgungsbereitschaft und irrt er trotzdem über das Recht, ist sein Verbotsirrtum unvermeidbar, weil der Konflikt als Zufall erklärt, oder dem Verhalten des Opfers oder den dritten Personen zugerechnet werden kann die ihn falsch beraten haben, er die Auskunft aber für vertrauenswürdig halten durfte.

⁶⁹ Lesch, JA 1996, 607 ff., 609.

⁷⁰ Anders Roxin, ZStW 76 (1964), 582 ff., 604, der meint, dass sich mit einem Rechtsirrtum stets eine „Fehleinstellung des Haltungs- und Wertgefüges“ verbinde; dagegen weist Pawlik, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 320 f., zutreffend darauf hin, dass auch Tatumstandsirrümer auf einem Wertungsfehler beruhen können, und es deshalb „eine Korrelation zwischen dem Grad der Vorwerfbarkeit und der Art des Irrtums“ nicht gebe.

⁷¹ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Bd. III (1983), 1110b.

⁷² Jakobs, ZStW 114 (2002), 584 ff., 588.

⁷³ Jakobs, Rechtszwang und Personalität (2008), S. 32.

⁷⁴ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Bd. III (1983), 1110b.

⁷⁵ Um axiologische Unstimmigkeiten bei der Unterscheidung der Irrtumsarten zu vermeiden, sollte jede Unkenntnis, deren Folgen den Irrenden selbst treffen, weil er am Vollzug des Verhaltens nicht interessiert ist, deshalb (wie von der Vorsatztheorie vorgeschlagen) nach den Vorgaben des § 16 behandelt werden, also straffrei zu lassen, solange ein Tat-

Offenbart die Tat die individuelle Sinnlosigkeit des Normbruchs, wirken die Äußerungen des Täters also nicht vorbildhaft, kann der Normbruch als nicht anschlussfähig abgetan werden, weil dem Täter zwar die Integration der Norm in seinen individuellen Handlungsentwurf misslungen ist, das Misslingen aber nicht an einem Mangel an Normbefolgungsbereitschaft lag, sondern an seinem Ungeschick oder an Umständen, für die er nicht zuständig ist, wie z.B. an der fehlerhaften Auskunft einer kompetenten Stelle oder einem Besonnenheitsverlust in einer singulären Sonderlage⁷⁶. Als Ausdruck eines Mangels an Kompetenz ist der Rechtsirrtum eines normbefolgungsbereiten Täters unvermeidbar⁷⁷, ohne dass es darauf ankommt, ob der Täter z.B. aufgrund besonderer Skrupelhaftigkeit an der Rechtmäßigkeit seines Vorhabens tatsächlich gezweifelt hat. Auch der aus Skrupelhaftigkeit zweifelnde Täter besitzt kein normativ relevantes Unrechtsbewusstsein. Seine Desorientierung kann ihm nachgesehen werden. Denn „Positivität“ bezeichnet nur den Geltungsgrund des Rechts, trifft aber keine „Richtigkeitsaussage“⁷⁸, weil der Inhalt positiven Rechts gegenüber dem Geltungsgrund vergänglich, also nebensächlich ist, und der Irrtum eines normbefolgungsbereiten Täters deshalb nicht den Geltungsgrund positiven Rechts desavouiert, sondern den Irrenden, der an der Wirklichkeit scheitern wird, weil ihm hinreichende Rechtskenntnisse fehlen. Der (Rest-)Zweifel eines um Orientierung bemühten Täters ist nicht Folge seines Desinteresses oder seiner Gleichgültigkeit gegenüber dem Geltungsgrund positiven Rechts, sondern beruht bei dessen Anerkennung auf einer Fehleinschätzung der Situation, so dass auch dem zweifelnden Täter die Notwendigkeit, einen individuell sinnlosen Normbruch zu vermeiden demonstriert werden kann. Das bedingte Unrechtsbewusstsein⁷⁹, eines normbefolgungsbereiten

bestand der Rechtsfahrlässigkeit fehlt. Für § 17 bleiben dann nur die Fälle der Gleichgültigkeit aus Interesse am Vollzug des Verhaltens.

- ⁷⁶ Zur Zurechnung zur Schuld gibt es funktionale Äquivalente, wie z.B. die Erklärung des Konflikts als Versagen dritter Personen, also der Personen, die den Täter falsch beraten haben, oder die Erklärung als Zufall, wie z.B. bei umstrittenen Rechtsfragen, wenn der Täter widersprüchlich Auskünfte von fachkundigen Personen erhält und sich für die ihm günstigste Variante entscheidet.
- ⁷⁷ Bei unvermeidbaren Verbotsirrtümern kann rechtstreues Verhalten also noch möglich, und Rechtsuntreue deshalb noch zu verantworten sein, wenn ein strengerer Maßstab angelegt wird. Ein zu strenger Maßstab ist aber schon deshalb nicht vorzugswürdig, weil er eine defensive Haltung erzwingt und deshalb zur Erstarrung der Gesellschaft führen würde. Eine an Innovation und Wandel interessierte Gesellschaft muss ihren Mitgliedern deshalb ein „erlaubtes Risiko“ zubilligen, darf den Maßstab also nicht zu streng bilden, damit Freiheit und Bindung nicht zu Lasten der Freiheit in ein Ungleichgewicht geraten.
- ⁷⁸ Luhmann, Die soziologische Beobachtung des Rechts (1986), S. 25: „Das geltende Recht ist nicht mehr ohne weiteres richtiges Recht. Es bedarf der Legitimation“.
- ⁷⁹ Vgl. zum bedingten Unrechtsbewusstsein Neumann, JuS 1993, 793 ff., 795; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2004), § 10 Rn. 84; Vogel, in: LK StGB, 12. Aufl. (2007), § 17 Rn. 34; vgl. ferner Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 21 Rn. 34: „Analogie zu § 17“; anders Safferling, Vorsatz und Schuld (2008), S. 221, der das bedingte Unrechtsbewusstsein dem unbedingten zwar gleichstellen will, aber immerhin einräumt, dass „ein strenges Durchhal-

Täters steht also nicht der Rechtskenntnis gleich, sondern er irrt unvermeidbar, weil eine individuell sinnlose Tat trotz seines Zweifels keine Vorbildwirkung besitzt.

Ist die Bedeutung eines Verhaltens als Eigenschaft dieses Verhaltens nicht ohnehin bekannt⁸⁰, wie bei allen stereotyp als rechtmäßig gelernten Verhaltensweisen⁸¹, drängen sich also Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens auf, weil die Routinen des Alltags unterbrochen wurden⁸², muss der Täter Zweifel durch Nachdenken oder das Einholen von Rechtsrat⁸³ beseitigen, oder das Vorhaben unterlassen. Nachdenken oder das Einholen von Auskünften sind jedoch keine Obliegenheiten⁸⁴ oder gar Pflichten⁸⁵ des Täters, weil § 17 keine kognitiven Mindeststandards garantiert⁸⁶, sondern diejenigen von strafrechtlicher Haftung frei stellen will, die durch ihr Verhalten die Vermutung bestätigen, dass sie bereit sind, die

ten des Prinzips (namentlich dann) zu unbilligen Ergebnissen“ führe, wenn der Täter weiß, dass die Rechtmäßigkeit der Handlung die Strafbarkeit der Unterlassung zur Folge hätte und umgekehrt.

- ⁸⁰ Vgl. dazu Rudolphi, in: Bönner und de Boor (Hrsg), Unrechtsbewusstsein Aus der Sicht des Täters-Aus der Sicht des Richters (1982), S. 1 ff., 15.
- ⁸¹ Velten, Normkenntnis und Normverständnis (2000); S. 58 ff.: „skriptengeleitetes Verhalten“. Hat der Irrende das von ihm geplante Verhalten als harmlos gelernt oder hat er sich vor dessen Vollzug in rechtlich hinreichender Weise von dessen Harmlosigkeit überzeugt, verhilft ihm auch das Vorhandensein optimaler Normbefolgungsbereitschaft zum Tatzeitpunkt nicht zur Einsicht in das Unrechtmäßige seines Vorhabens.
- ⁸² Ist die Situation nicht stereotyp normal, hat der Irrende Anlass zur rechtlichen Beurteilung des geplanten Verhaltens. Unterlässt er die rechtliche Beurteilung aus Interesse am Vollzug der Handlung und nicht etwa aus Aufregung oder Verwirrung angesichts des Ungewöhnlichen der Situation, ist sein Irrtum vermeidbar.
- ⁸³ Gegenstand der Erkundigung ist in erster Linie die Rechtsprechung, weil deren „Funktion“ gerade darin besteht, „die Unsicherheit zu überwinden, die von einem Nebeneinander gleichberechtigter Rechtsauslegungen ausgeht“, Pawlik, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 326; Fördert die Erkundigung eine kontroverse Rechtsprechung zu Tage, und schließt der Täter sich der ihm günstigsten Auslegung an, erklärt das „von der Strafjustiz zu verantwortende Normenchaos“ (Neumann, in: NK StGB, 4. Aufl. [2013], § 17 Rn.72) den Konflikt, weil die Gerichte vor ihrer Aufgabe versagt haben, für eine verbindliche Rechtsauslegung zu sorgen.
- ⁸⁴ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 302 f.; Lesch, JA 1996, 607 ff., 608; vgl. auch Neumann, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 17 Rn. 56, 58.
- ⁸⁵ BGHSt 2, 194 ff., 201 f.; vgl. auch Puppe, Strafrecht AT, 2. Aufl. (2011), § 19 Rn. 2; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl. (2003); § 21 Rn. 60; Gaede, HRRS 2013, 449 ff., 458.
- ⁸⁶ Anders aber Kunz, GA 1983, 457 ff., 461, der meint, dass selbst eine von fachlich kompetenter Stelle eingeholte Auskunft nicht geeignet sei, einen vorhandenen Unrechtszweifel zu zerstreuen, weil „die Expertise nur (besage), dass das Handlungsvorhaben der Rechtsansicht des Ratgebers zufolge unbedenklich“ sei, aber nicht, ob es „tatsächlich mit der positiven Rechtsordnung in Einklang steht“. Kunz übersieht, dass es zur Zurechnung zur Schuld funktionale Äquivalente gibt, und der Konflikt dann nicht auf den Täter als allein maßgebliche Ursache zurückgeführt werden muss, wenn das Versagen einer kompetenten Auskunftsperson das Geschehen erklärt.

Normbefolgungsbereitschaft aufzubringen, die von ihnen als Personen im Recht erwartet wird⁸⁷. Gehören Nachdenken und Erkundigungen bei sachkundigen, unparteiischen und zuverlässigen Personen oder Stellen⁸⁸ aber nur als Bedeutungsträger hinreichender Normbefolgungsbereitschaft zum Tatbestand des § 17, kommt es auf das Ergebnis der Bemühungen des Täters nicht an, weil bei fehlerhaften Auskünften einer kompetenten Person oder Stelle⁸⁹ der Konflikt auf den Auskunft Erteilenden zurückgeführt und damit erklärt werden kann. Zweifelt der Täter an der Rechtmäßigkeit seines Vorhabens, erkundigt er sich aber nicht, ist sein Verbotsirrtum auch dann vermeidbar, wenn die hypothetische Erkundigung ihm nicht zur Rechtskenntnis verholfen hätte, weil er von der Auskunftsperson vermeidbar falsch beraten worden wäre⁹⁰. Das hypothetische Ergebnis einer tatsächlich aber unterbliebenen Erkundigung kann den Täter schon deshalb nicht entlasten, weil die Zurechnung des Fehlers der die Auskunft erteilenden Person oder

Stelle nur hypothetisch möglich ist, wenn der Täter tatsächlich auf die Einholung von Rechtsrat verzichtet hat, eine nur-hypothetische Zurechnung aber kein reales Geschehen erklärt, so dass zur Erklärung des Konflikts auf den Täter zurückgegriffen werden muss. Würde dem Täter die Berufung auf das hypothetische Ergebnis der unterbliebenen Erkundigung gestattet, so fielen jegliche Erklärungen aus, obwohl der Konflikt erklärungsbedürftig ist; denn er kann weder dem Zufall zugeschrieben, noch dem fehlerhaften Verhalten anderer Personen zugerechnet werden kann, weil der Täter es versäumt hat, sich durch das Einholen von Rechtsrat als gesellschaftstauglich darzustellen.

V. Schlussbemerkung

Bei einer an den Bedingungen Normgeltung in einem System positiven Rechts ausgerichteten Interpretation der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums ist § 17 nicht „zu hart“⁹¹, weil vom Täter wird nicht mehr verlangt wird, als jedermann in einer Gesellschaft der gegenwärtigen Gestalt, in allen seinen Rollen leisten muss, um gesellschaftstauglich zu sein, nämlich Normbefolgungsbereitschaft. Unterläuft einem normbefolgungsbereiten Täter ein Irrtum, desavouiert der Irrtum den Irrenden, aber nicht den Geltungsgrund positiven Rechts, so dass zur Stützung der Normgeltung nicht auf den Täter zurückgegriffen werden muss. Denn der Tat fehlt die Vorbildwirkung, wenn dem Täter die individuelle Sinnlosigkeit seines Normbruchs demonstriert werden kann, rechtlich zu wollen also in seinem Eigeninteresse lag. Wird die vom Irrenden zu fordernde Leistung aber auf ein Maß beschränkt, das jedermann ohnehin leisten muss, um in einer Gesellschaft der gegenwärtigen Gestalt sein Auskommen zu finden, bleibt genügend Raum, um außerhalb bewährter Alltagsroutinen Neues zu schaffen oder seinen individuellen Nutzen zu mehren.

⁸⁷ Vgl. auch *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 21 Rn. 65.

⁸⁸ In anonymen Gesellschaften ist die Gemeinsamkeit der Beteiligten nicht umfassend, sondern auf den durch die Rollen, in denen sie agieren normativ bestimmten Ausschnitt der Wirklichkeit begrenzt, während alles Weitere, insbesondere ihr Sonderwissen, den Inhalt des Sozialkontakts nicht mitbestimmt. Gibt aber das Rollengemäße das Maß für die erwartete Leistung vor, sind Auskünfte nur verlässlich, die in Rollen erteilt werden, denen Kompetenz in Rechtsangelegenheiten zugeschrieben wird (vgl. dazu *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder StGB*, 29. Aufl. [2014], § 17 Rn. 18; *Neumann*, in: *NK StGB*, 4. Aufl. [2013], § 17 Rn. 74: Orientierung an der „Formalqualifikation“ der Auskunftsperson [auch eines „Hausjuristen“] sei ausreichend); streitig; wie hier *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis (2000), S.390.

⁸⁹ Daran fehlt es z.B. bei Gefälligkeitsgutachten und unsubstantiierten, telefonischen Ratschlägen; eingehend dazu *Gaede*, HRRS 2013, 449 ff., 462 f.

⁹⁰ Anders *BGHSt* 37, 55 ff.; *BayObLG JR* 1989, 386 f., 387; *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis (2000); S 91, die meint, dass der Täter straffrei sei, wenn er sich zwar nicht erkundigt habe, im Fall der Erkundigung aber eine falsche Auskunft erhalten hätte, weil er „nicht mehr wollen (müsse), als Unterlassung für den Fall, dass die ... Aufklärung keine Handlungsbefugnis ergibt“; vgl. auch *Puppe*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (2011), § 19 Rn. 26, die darauf hinweist, dass „Fehler ... von dritten Personen ... bei der Feststellung von Vermeidbarkeit ebenso außer Betracht zu bleiben (haben) wie bei der Feststellung von Verursachung“.

⁹¹ *Walter*, Der Kern des Strafrechts (2006), S. 410, wendet noch ein, dass „§ 17 Fahrlässigkeit als Vorsatz bestraft. Nur wer weiß, dass er rechtswidrig handelt, verdient den Vorwurf, er lehnt sich vorsätzlich gegen das Rechts auf“. *Walter* erkennt, dass es schon deshalb keine feste Relation zwischen psychischen Fakten und dem Maß der Schuld geben kann, weil es zu psychischen Fakten Surrogate gibt, eben Gleichgültigkeit oder Rechtsblindheit.

Der Zurechnungszusammenhang bei mehraktigen Geschehen

Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 3. Dezember 2015
– 4 StR 223/15 = HRRS 2016 Nr. 77

Von Wiss. Mit. Alexandra Hehr und Dr. Viola Scharbius, Bielefeld*

I. Einleitung*

Ein Urteil des 4. Senats des Bundesgerichtshofs aus dem letzten Jahr¹ gibt Anlass, die Zurechnung des tatbestandlichen Erfolgs zu thematisieren, wenn dieser durch mehrere Handlungen einer Person herbeigeführt wird.² Zwar stellen sich ähnliche Fragen bei der bereits umfassend diskutierten Problematik rund um den bekannten „Jau- chegrubenfall“³ – doch weicht die hier zu behandelnde Situation insofern davon ab, als dass es sich vorliegend um zwei tatmehrheitliche Handlungen mit Tötungsvorsatz handelte⁴.

II. Der Sachverhalt

Der Entscheidung des Tatgerichts lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte und das spätere Tatopfer waren langjährig befreundet. Am Tattag waren beide zunächst in einem Autohof essen und danach mit dem Wagen des Angeklagten unterwegs. Sie hielten schließ-

lich an einer Scheune. Das weitere Geschehen konnte nicht geklärt werden – möglich waren gegenseitige Beleidigungen, zu Handgreiflichkeiten kam es jedenfalls nicht. Der Freund des Angeklagten kniete oder hockte schließlich mit dem Rücken zum Angeklagten, während er mit einem Klappmesser den Boden vor dem Scheunentor bearbeitete. Spätestens in diesem Augenblick fasste der Angeklagte den Entschluss, seinen Freund zu töten, wobei ihm bewusst war, dass dieser nicht mit einem Angriff rechnete und einen solchen auch nicht rechtzeitig bemerken würde, um sich verteidigen zu können. Mit einer mitgeführten Metallstange schlug er seinem Freund mit Tötungsabsicht kraftvoll von hinten auf dessen Hinterkopf. Daraufhin kippte dieser zur Seite und blutete aus Kopf und Ohren. Dennoch schlug der Angeklagte mindestens zweimal erneut stark auf den Kopf des Tatopfers ein, um den Tod des Opfers sicher herbeizuführen. Als Folge der Schläge erlitt dieses ein hochgradiges Schädel-Hirn-Trauma, Schädelbrüche sowie Hirnverletzungen, die nach einiger Zeit zum Tode geführt hätten – den Tod aber noch nicht herbeigeführt hatten. Der Angeklagte ging in diesem Zeitpunkt davon aus, dass das Tatopfer tot war oder alsbald versterben würde. Er ging zu seinem Wagen und fuhr davon. Die Metallstange entsorgte er in einem Straßengraben und fuhr erneut zu dem Autohof, wo er zuvor mit dem Opfer gegessen hatte. Nach kurzem Aufenthalt fasste er den Entschluss, erneut zur Scheune zu fahren, die Polizei zu alarmieren und anzugeben, dass er das Tatopfer auf dessen Wunsch zur Scheune gefahren und dort abgesetzt hatte und als er zurückkehrte, um das Opfer wieder abzuholen, dieses tot auffand. Grund hierfür war, dem drohenden Verdacht, er habe das Opfer erschlagen, zu begegnen. Als der Angeklagte sich erneut an der Scheune einfand, entdeckte er, dass das Tatopfer noch nicht tot war. Nunmehr fasste er den Entschluss, diesen endgültig zu töten. Er holte hierfür ein 12 cm langes Messer aus seinem PKW und schnitt unter erheblicher Kraftanwendung den Hals des Tatopfers bis zu dessen Wirbelsäule über 11,5 cm durch; hierfür setze er mindestens zweimal am Rücken des Tatopfers an. Das Tatopfer verstarb infolge dessen an einem zentralen Hirnversagen in Kombination mit Verbluten. Zu einer Abwehr dieses Angriffs war es aufgrund der massiven Schädelverletzungen unfähig.

* Die Autorin Hehr ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Prof. Dr. Michael Lindemann, die Autorin Scharbius war bei Manuskripterstellung am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht, Prof. Dr. Andreas Ransiek, LL.M. (Berkeley), als Wiss. Mitarbeiterin tätig, beide Universität Bielefeld. Die Autorinnen danken Prof. Lindemann und Prof. Ransiek für das wertvolle Feedback zu dieser Arbeit.

¹ BGH, Urteil vom 3.12.2015 – 4 StR 223/15 = JR 2016, 274 ff. = HRRS 2016 Nr. 77.

² Der Aufsatz soll sich mit dem nach Zurückweisung ergangenen Urteil nicht befassen. Vielmehr soll die rechtliche Problematik der Konstellation des Ausgangsfalls thematisiert werden.

³ Vgl. dazu etwa Sch/Sch-Lieben/Schuster, StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 58; Beck-OK StGB-Kudlich, 30. Edition, Stand: 01.03.2016, § 16 Rn. 10 f.; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 47 f.; Oğlakcioğlu JR 2011, 103 ff.

⁴ Ähnlich bereits Eisele JuS 2015, 369 sowie Jäger JA 2016, 548, 549, der weiterhin auf den Zusammenhang zum „Pfle- gemutterfall“ (BGH, Urteil vom 30.8.2000 – 2 StR 204/00, NStZ 2001, 29) hinweist.

Das Tatgericht wertete die Schläge mit der Metallstange als versuchten Mord (in der Annahme einer heimtückischen Begehungsweise) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung; die Messerschnitte als tatmehrheitlich begangenen Totschlag. Der 4. Senat hingegen bewertete das Schlagen als vollendeten (heimtückischen) Mord, das Zustecken als tatmehrheitlichen (ebenfalls vollendeten) Totschlag, der „konkurrenzrechtlich hinter den Mord zurück[trete]“.⁵

III. Die Problematik des Falls

Die Bewertung der Schläge mit der Eisenstange als vollendeten Mord setzt in einem ersten Schritt die Feststellung des kausalen Zusammenhangs zwischen dem Eintritt des Todes und den Schlägen voraus; in einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, wie sich die zweite Handlung – die Messerschnitte durch den Hals des Opfers – auf diesen Zusammenhang auswirkt.

Die Annahme der Kausalität auf der Grundlage der ganz herrschenden Äquivalenztheorie ist zunächst unproblematisch: Auch wenn das Opfer nach den Feststellungen des Gerichts infolge der Halsschnitte an einem zentralen Hirnversagen in Kombination mit Verbluten verstarb, haben die Schläge mit der Metallstange überhaupt erst dazu geführt, dass das Opfer regungslos am Boden lag und sich damit einhergehend gegen die anschließenden Handlungen durch den Angeklagten nicht mehr wehren konnte. Das Schlagen kann somit nicht hinweg gedacht werden, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Gestalt (das Verbluten aufgrund der Messerschnitte) entfallen würde. Der kausale Zusammenhang wird durch die Zweithandlung nicht unterbrochen, da die Verletzungen durch die Messerschnitte an das vorangegangene Geschehen anknüpften und den konkreten Taterfolg herbeiführten.⁶

Die eigentliche Problematik des Falls – die Bedeutung der zweiten Handlung (Stiche) für die strafrechtliche Beurteilung der ersten Handlung (Schläge) – wird bereits durch die abweichende rechtliche Beurteilung durch die Jugendkammer des LG einerseits und den 4. Senat des BGH andererseits deutlich. Mögliche dogmatische Herleitungs- und Begründungsansätze der beiden Lösungsmöglichkeiten sollen daher näher betrachtet werden.

⁵ BGH, Urteil vom 3.12.2015 – 4 StR 223/15 Rn. 14 = JR 2016, 274, 276 = HRRS 2016 Nr. 77.

⁶ Vgl. dazu Eisele JuS 2015, 369, 370; Hinz, JR 2016, 276, 277. Zur Kausalität s. etwa BGH, Urteil vom 30.8.2000 – 2 StR 204/00, NStZ 2001, 29, 30 = JR 1994, 466, 467 mit Anm. Wolter. Abweichend entschied der 1. Senat im bekannten „Bratpfannenfall“, wenn hier näher auf die Kausalität eingegangen wird, vgl. BGH, Urteil vom 12.7.1966 – 1 StR 291/66 NJW 1966, 1823, 1824.

IV. Mögliche Lösungsansätze

1. Kriterium einer wesentlichen Abweichung vom Kausalverlauf

Der Umgang der Rechtsprechung mit Problemen der – letztlich auch in diesen Fällen maßgeblichen⁷ – Erfolgszurechnung hängt von der Art des in Frage kommenden Delikts ab. Handelt es sich um ein Fahrlässigkeitsdelikt, wendet auch die Rechtsprechung die Lehre von der objektiven Zurechnung an und prüft, ob sich das spezifische Risiko der unerlaubten Handlung im konkreten Taterfolg realisiert hat. Bei Vorsatzdelikten hingegen nimmt die Rechtsprechung anlässlich der weiten Äquivalenztheorie – anders als die überwiegende Lehre – Einschränkungen der Zurechnung im Rahmen der Vorsatzprüfung vor; entscheidend ist hiernach, ob das tatsächliche Tatgeschehen wesentlich von der Vorstellung des Täters über den Ablauf der Tat abweicht.⁸ Handelt es sich um eine wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf, entfällt der Vorsatz des Täters gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB; unwesentliche Abweichungen sind hingegen unbeachtlich. In ständiger Rechtsprechung wird angenommen, dass „Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf [...] rechtlich bedeutungslos [sind], wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen [...]“⁹. Die Annahme eines vorsätzlichen vollendeten Delikts hängt mithin entscheidend davon ab, wann die Grenzen des nach der allgemeinen Lebenserfahrung Voraussehbaren erreicht sind und wann eine andere Bewertung der Tat gerechtfertigt ist. Der BGH scheint den Ausschluss der Zurechnung als absolute Ausnahme zu verstehen¹⁰, wenn er die Unwesentlichkeit eines Abweichens von der Vorstellung des Täters mit der Begründung annimmt, dass der Erfolgseintritt „nicht etwa Folge einer außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegenden Verkettung unglücklicher Umstände [ist], bei der eine Haftung des Angeklagten für den Erfolg ausscheiden würde.“¹¹ Dies zeigt auch die vorliegende Entscheidung des 4. Senats, in der das Tatgeschehen wegen des Tötungsvorsatzes bei Ausführung der Schläge mit der Metallstange recht knapp als „lediglich unwesentliche Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf“ bewertet wird. Der Senat führt hierzu aus: „Der Umstand, dass der Tod des durch die Schläge mit der Metallstange bereits tödlich verletzten

⁷ Es handelt sich dogmatisch um Zurechnungsfragen, dahingehend auch etwa Mitsch JuS 2001, 105, 108 f. m.w.N.

⁸ Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 11.7.1991 – 1 StR 357/91 = BGHSt 38, 32, 34 f.. Die Konstruktion insgesamt ablehnend Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 572 f.

⁹ BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – 1 StR 326/11, = HRRS 2011 Nr. 1137. Vgl. auch Kühl, Strafrecht AT, § 13 Rn. 41; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, 29. Auflage 2014, § 15 Rn. 55 sowie Melchior, Die Problematik der atypischen Kausalverläufe, Diss. FU Berlin 1971, S. 134 ff.; Moojer, Die Diskrepanz zwischen Risikovorstellung und Risikoverwirklichung, Diss. FU Berlin 1986, S. 27 ff.

¹⁰ So auch Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 1091.

¹¹ BGH, Beschluss vom 20.9.2011 – 1 StR 326/11, = HRRS 2011 Nr. 1137.

Tatopfers unmittelbar durch die im Zuge der Bemühungen um die Tatverschleierung mit gleicher Angriffsrichtung gegen das wider Erwarten noch nicht verstorbene Opfer geführten Messerstiche bewirkt wurde, bewegt sich nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit und rechtfertigt keine andere Bewertung der Tat.¹² Eine eingehendere Begründung dieses Ergebnisses erfolgt nicht.¹³ Ein weniger strenger Maßstab scheint demgegenüber bei der Beurteilung der Strafbarkeit wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln zu gelten, wenn die Tatplanverwirklichung aufgrund eines Eingreifens Dritter scheitert, da in derartigen Fällen ein atypischer Kausalverlauf jedenfalls durch den 1. Strafsenat angenommen wurde.¹⁴

Wenn man dagegen den Kontext, nämlich die Vorstellung des Täters vom Geschehen zum Tatzeitpunkt, ernst nimmt, scheint in der vorliegenden Konstellation ein atypischer Kausalverlauf gegeben zu sein: Der tatsächliche Kausalverlauf war maßgeblich durch die zweite und mit einem deutlichen zeitlichen Abstand zur ersten Handlung ausgeführte (vorsätzliche) Tat des Täters bestimmt, der zunächst vom Erfolgseintritt, jedenfalls aber von einem alsbald eintretenden Taterfolg, ausging und daher den Tatort verließ.¹⁵

2. Die Lehre von der objektiven Zurechnung und die Verwirklichung einer anderen Gefahr

Jedenfalls die überwiegende Auffassung in der Literatur möchte die Weite der Äquivalenztheorie auch beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt durch die Anwendung der Lehre von der objektiven Zurechnung begrenzen.¹⁶ So wird für die Annahme des objektiven Tatbestandes gefordert, dass der Täter durch seine Handlung ein rechtlich missbilligtes Risiko gesetzt hat, das sich wiederum im tatbestand-

lichen Erfolg realisiert hat.¹⁷ Zweck dieser Bewertung ist es, den Täter nur dann wegen eines Erfolgsdelikts zu bestrafen, wenn der eingetretene Taterfolg auch normativ als Resultat des vorgeworfenen Fehlverhaltens (bzw. des rechtlich relevanten Unterlassens) des Täters gewertet werden kann.¹⁸

Im vorliegenden Fall dürfte die Zurechnung des Erfolgs danach ausscheiden.¹⁹ Zwar stellen die Schläge mit der Metallstange zweifellos ein rechtlich missbilligtes Risiko dar (dies ergibt sich schon aus der Verwirklichung der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 5 StGB); da das Risiko des Schlagens aber nicht das Risiko einer weiteren, eigenständigen Tötungshandlung birgt, sondern diese lediglich (kausal) ermöglicht hat, hat sich das Risiko des Schlagens nicht im späteren Eintritt des Todes aufgrund des Durchtrennens der Kehle verwirklicht. Realisiert hat sich vielmehr das durch die tatmehrheitlich ausgeführten Messerstiche gesetzte Risiko, das die ursprüngliche Gefahr wertungsmäßig zurücktreten lässt.²⁰ Ein anderes Ergebnis scheint nur denkbar, wenn man das weitere Verhalten als „in spezifischer Weise mit der ursprünglichen Gefahr verbunden“ ansieht²¹ – was aber bereits aufgrund der klaren zeitlichen Zäsur und der Überzeugung des Täters, alles zur Erfolgsherbeiführung Nötige bereits durch die erste Handlungseinheit verwirklicht zu haben, hier nicht überzeugt. Zur Annahme der objektiven Zurechnung dürften also auch diejenigen nicht gelangen, die „das Nachtatverhalten in die Gefahrprognose“²² aufnehmen wollen.

Ergänzend zu diesen Erwägungen kann zur Begründung weiterhin die zur objektiven Zurechnung entwickelte Fallgruppe des vorsätzlichen Dazwischentretens eines Dritten herangezogen werden.²³ So wird überwiegend²⁴ vertreten, dass jedenfalls dann, wenn der Dritte vorsätzlich handelt und durch diese Handlung eine eigene (anknüpfende) Kausalkette in Gang setzt, der Zurechnungszusammenhang unterbrochen wird und der Ersttäter wegen Versuchs zu bestrafen ist.²⁵ Begründet werden

¹² BGH, Urteil vom 3.12.2015 – 4 StR 223/15 Rn. 13 = JR 2016, 274, 276 = HRRS 2016 Nr. 77.

¹³ Vgl. BGH, Urteil vom 3.12.2015 – 4 StR 223/15 Rn. 13 = JR 2016, 274, 276 = HRRS 2016 Nr. 77.

¹⁴ So hat der 1. Strafsenat einen solchen Fall angenommen, bei dem der Täter die Einfuhr von Betäubungsmitteln mittels der Post plante, die übersendeten Betäubungsmittel vor Einfuhr anlässlich einer Zollkontrolle aufgefunden und im Rahmen eines bewachten Transports sodann nach Deutschland importiert wurden, s. BGH, Beschluss vom 15.2.2011 – 1 StR 676/10, HRRS 2011 Nr. 429 = BGHSt 56, 162, 166 ff. mit Anm. Winkler, jurisPR-StrafR 16/2011 Anm. 3. Der Senat begründete seine Annahme mit „eine[r] neue[n], von dem ursprünglichen Tatentschluss unabhängige[n] Kausalkette“, Rn. 14. Die Zurechnung wurde ebenfalls bei gestohlenem Betäubungsmittels, das seitens des Diebes dann importiert wurde, angenommen, s. BGH, Beschluss vom 11.7.1991 – 1 StR 357/91 = BGHSt 38, 32, 34 ff.

¹⁵ Die Vorhersehbarkeit der Vornahme der zweiten Handlung lehnt Jäger JA 2016, 548, 550 aufgrund des erst später gefassten Tatentschlusses ab.

¹⁶ Vgl. etwa Heinrich, in: FS für Geppert, 2011, S. 171, 174 f. Einen Überblick zu den verschiedenen Theorien sowie der Lehre von der objektiven Zurechnung geben Rönnau/Faust/Fehling, JuS 2004, 113, 114 f.

¹⁷ Vgl. dazu nur etwa Otto, in: FS für Lampe, 2003, S. 491, 500 f.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2016, § 13 Rn. 46 ff.

¹⁸ Vgl. hierzu MüKo-StGB/Freund, 2. Aufl. 2011, Vorbem. § 13 StGB, Rn. 349 ff.

¹⁹ Abweichend Hinz JR 2016, 276, 278.

²⁰ Dieses Ergebnis wurde bereits ausdrücklich von Eisele JuS 2016, 369 vertreten.

²¹ So Trüg JA 2001, 365, 367 bezüglich des „Pfleagemutterfalls“.

²² Darauf weist Oğlakcioğlu JR 2011, 103, 105 für den Jauchegrubenfall hin.

²³ Siehe hierzu etwa Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 13 Rn. 88 ff. Zweifelnd an der allgemeinen Bedeutung dieser Fallgruppe Heinrich, in: FS für Geppert, 2011, S. 171, 175, zu Grund und Voraussetzungen der Fallgruppe vgl. etwa ebenda, S. 176 f.; Sch/Sch-Lieben/Schuster, StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 169. Ausführlich zu Konstellation „Selbstständige, frei verantwortlich begründete Drittgefahren“ Otto, in: FS für Lampe, 2003, S. 491, 502 f..

²⁴ Einzelheiten sind insoweit umstritten, vgl. etwa die Fallbeispiele und Erläuterungen bei Heinrich, in: FS für Geppert, S. 171, 175 ff..

²⁵ Vgl. Heinrich, in: FS für Geppert, 2011, S. 171, 176 ff., der hier verschiedene mögliche Konstellationen bespricht und das Erfordernis der Differenzierung verdeutlicht, dass der Dazwischentretende handelt und nicht unterlässt, siehe S.

kann diese Fallgruppe damit, dass in diesen Fällen der konkrete tatbestandliche Erfolg nicht mehr als Resultat der Tat des Ersthandelnden, sondern als logische und sichtbare Folge des lediglich an das Ersthandeln tatsächlich anknüpfende Vorgehen des Zweithandelnden erscheint.²⁶ Im oben dargestellten Fall handelte nun der Angeklagte zunächst vorsätzlich, führte den Erfolg in seiner konkreten Gestalt jedoch nicht unmittelbar durch die Schläge mit der Metallstange herbei, sondern setzte zu einem späteren Zeitpunkt (an die erste Handlung anknüpfend) erneut an und brachte die Tat auf der Grundlage des neu gefassten Tatentschlusses zu Ende. Diese Fallgruppe des Dazwischentretens durch eine erneute Täterhandlung wurde bereits vor dem in Rede stehenden Geschehen in der Literatur diskutiert²⁷ und die oben genannte Fallgruppe auf eben diese Situation übertragen²⁸. Daraus folgt, dass sich im tatbestandlichen Erfolg die Gefahr der Zweithandlung realisiert und der Zurechnungszusammenhang, mithin die Tatbestandsmäßigkeit des vollendeten Erfolgsdelikts, mangels Zurechenbarkeit zur Ersthandlung, entfällt. Es verbliebe aufgrund der bereits bestehenden Verletzungen eine Strafbarkeit wegen §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 2 Alt. 2, 5 StGB in Tateinheit mit versuchtem Mord, §§ 212 Abs. 1, 211, 12, 22, 23 Abs. 1 StGB.²⁹

Anders könnte das Ergebnis jedoch ausfallen, wenn man das vorliegende Geschehen als Fall eines möglichen „atypischen Kausalverlaufs“ einordnet – wobei es entscheidend darauf ankommt, unter welchen Voraussetzungen ein Kausalverlauf als „atypisch“ einzustufen ist. Werden nur solche Situationen der Zurechnung entzogen, mit denen nach der allgemeinen Lebenserfahrung (und damit bereits angesichts des Prüfungsstandorts im objektiven Tatbestand *objektiv*) nicht gerechnet werden konnte, dürfte die Situation, dass derjenige, der sich zur Vertuschung seiner eigenen Täterschaft zurück zum Tatort begibt und dort feststellt, dass das Tatopfer noch lebt und infolgedessen sein ursprüngliches Vorgaben fortsetzt, nicht ausgeschlossen sein.³⁰ Dies entspräche dem Ergebnis der Rechtsprechung – lediglich die Verortung der Problematik unterscheidet sich³¹. Allerdings sind die zugrunde liegenden Überlegungen jedenfalls für die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht zielführend, da auch in Fällen anderweitigen Dazwischentretens

– hingewiesen wird auf die grob fahrlässige ärztliche Fehlbehandlung nach einer Körperverletzung – die Zurechnung nicht unter Hinweis auf diese Fallgruppe bejaht wird, da sich letztendlich die Gefahr der Zweithandlung im Erfolg realisiert. Daher dürfte die Fallgruppe atypischer Kausalverläufe für Fälle der aneinander anknüpfenden Tathandlungen überhaupt nicht und nur für Abweichungen des Geschehens auf der Grundlage und bei nur einer strafrechtlich relevanten (Tat-)Handlung einschlägig sein.³²

Das Ergebnis der Strafbarkeitsprüfung im zweiten Tatkomplex (relevante Tathandlung: Stiche) ist sodann einfach: Diese waren kausal für den konkreten Taterfolg, ihr (rechtlich missbilligtes Risiko) realisierte sich im Einklang mit dem darauf gerichteten Vorsatz im Erfolg. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich: Der Angeklagte hat sich also wegen (vollendeten) Totschlags strafbar gemacht; die ebenfalls verwirklichte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 2 Alt. 2, 5 StGB tritt als für den Totschlag im konkreten Fall erforderliche Tathandlung als subsidiär zurück.³³ Der versuchte Mord in Tateinheit mit der vollendeten gefährlichen Körperverletzung (s.o.) steht in Tatmehrheit zu diesem Totschlag.³⁴

V. Stellungnahme

Die dargestellten Lösungsansätze zeigen anschaulich die Komplexität der Problematik der Zurechnung bei mehraktigen Geschehen – auch wenn es letztlich um die Frage geht, an welcher Stelle der Strafbarkeitsprüfung eine normative Bewertung des Geschehens³⁵ vorzunehmen ist.

1. Die Rechtsprechung begründet die Annahme des Vorsatzes in entsprechenden Fällen auf der Basis von drittabhängigen Einschätzungen zur Wesentlichkeit der Kausalabweichung und wird damit maßgeblich durch eine objektive Bewertung geprägt, anstatt den Fokus auf die subjektiven Vorstellungen des Täters zu legen.³⁶ Damit lässt diese Vorgehensweise einen direkten Zusammenhang mit dem Prüfungsstandort (subjektiver Tatbestand) nicht erkennen und erschwert eine deutliche Abgren-

182 f., sowie *Baier* JA 2002, 842, 843; *Otto*, in: FS für Lampe, 2003, S. 491, 502 f.

²⁶ So weist *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 13 Rn. 48 auf die Situation eines „eigenständigen, die Ausgangsgefahr verdrängenden Verhalten[s] anderer Personen“ hin.

²⁷ Vgl. *Heinrich*, in: FS für Geppert, 2011, S. 171, 175, 183 ff. m.w.N. in Fn. 18 und 43; *Otto*, in: FS für Lampe, 2003, S. 491 (511). Ablehnend *Wolter* JR 1994, 468 ff.

²⁸ *Eisele* JuS 2016, 369.

²⁹ Aus den gleichen Gründen scheidet eine Strafbarkeit gem. § 227 StGB aus, da der Zurechnungszusammenhang zwischen Grunddelikt und Eintritt der schweren Folge nicht besteht. Nach der Ansicht der Rechtsprechung stellt sich diese Frage nicht, da § 227 StGB konkurrenzrechtlich hinter dem vollendeten vorsätzlichen Tötungsdelikt zurücktritt. Vgl. zur Problematik *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 16 Rn. 23 f.

³⁰ Ähnlich argumentiert *Oğlakcioğlu* JR 2011, 103, 105 hinsichtlich der Entledigung der Leiche nach einer unerkannt nicht erfolgreichen Tötungshandlung im Jauchegrubenfall.

³¹ Vgl. *Kudlich* JA 2009, 246, 249; *Driendl* GA 1986, 253, 254.

³² Vgl. *Oğlakcioğlu* JR 2011, 103 im Rahmen seiner Abhandlung zum „Jauchegrubenfall“, der die Fallgruppe aber nicht mit dieser Begründung ablehnt und sich für eine Anwendung der „Grundformel der objektiven Zurechnung“ ausspricht; beispielhaft soll auf den zugrundeliegenden Sachverhalt der Entscheidung BGH, Urteil vom 26.7.2007 – 3 StR 221/07, NStZ 2007, 700 = HRRS 2007 Nr. 682 verwiesen werden, bei der die Folgen einer geplanten Gasexplosion den Todeserfolg in abweichender Form herbeiführten, kritisch aber *Puppe* GA 2008, 569 ff. Diese Ansicht scheint aber gerade nicht die herrschende Auffassung zu sein, vgl. nur zur Anwendung dieser Fallgruppe hinsichtlich des sog. „Jauchegrubenfalls“ (s.o.) *Sch/SchLieben/Schuster*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 58 m.w.N.

³³ Vgl. zur Behandlung der mitverwirklichten Körperverletzungshandlung bei vollendeten Tötungsdelikten nur etwa *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 211 Rn. 107 m.w.N.

³⁴ Das Ergebnis dieser Prüfung entspricht dem des Landgerichts Paderborn.

³⁵ Vgl. auch *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 153.

³⁶ Vgl. *Oğlakcioğlu* JR 2011, 103, 105.

zung.³⁷ Das Abstellen auf die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf scheint als Merkmal zur Abgrenzung auch insofern problematisch, als es nach der Rechtsprechung des BGH kaum Abweichungen zu geben scheint, die tatsächlich als wesentlich angesehen werden sollen und sich infolgedessen auf die Bewertung der Tat auswirken.³⁸ Dies zeigt auch die vorliegende Entscheidung: Der Senat wendet nur einige Sätze auf, um festzustellen, dass es nicht jenseits jeder Wahrscheinlichkeit liegt, dass der Täter sich einige Zeit nach Ausführung der (ersten) Tathandlung entscheidet, an den Tatort zurückzukehren und als er das Opfer – wider Erwarten – noch lebend vorfindet, erneut tätig wird und eine andere Methode wählt, um den Tod sofort herbeizuführen. Insofern ist *Jäger* zuzustimmen, wenn er die Einordnung des erst später gefassten zweiten Tatentschlusses als vorhersehbar für „fragwürdig“ hält.³⁹ Ein weiterer problematischer Punkt zeigt sich, wenn der Senat das zunächst seltsam anmutende Ergebnis, dass eine Person eine andere Person durch zwei unterschiedliche Handlungen zweimal durch aktives Tun getötet hat⁴⁰, durch eine konkurrenzrechtliche „Eliminierung“ der finalen Tötungshandlung (ohne weitere Begründung) aus dem Schuldspruch löst. Durch das faktische „Verschwinden“ der zweiten Tathandlung wird nicht deutlich, dass der Täter gleich zwei Mal den Entschluss fasste, eine andere Person zu töten und hierzu auch bereits angesetzt hatte. Dieses Argument spricht im Übrigen zugleich gegen den im Schrifttum vorgebrachten Vorschlag, beide Tötungshandlungen als lediglich eine zu verstehen.⁴¹ Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, mit welcher Begründung die mit den §§ 22 ff. StGB im Einklang stehende und sich auf die §§ 52, 53 StGB stützende Differenzierung zwischen Tateinheit und -mehrheit für solche (wohl auch nicht immer klar abgrenzbaren) Fälle „über Bord“ geworfen werden sollte. Gegen die Praxis der Rechtsprechung spricht zudem, dass diese bislang zu einer einheitlichen Linie und damit einer voraussehbaren Anwendung trotz der restriktiven Tendenz ihrer eigenen Programmsätze nicht gelangen konnte. So hat der BGH in dem neueren sogenannten „Pflegetutterfall“ – auf der Linie der oben genannten Rechtsprechung – die nachfolgenden und letztlich todbringenden Handlungen eines

vorsätzlich dazwischentretenden Dritten nicht als atypisch bzw. als wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf für die Ersttäterin beurteilt.⁴² In einem weiteren Fall, in dem der Täter nach einer vorangegangenen, aber noch nicht tödlich wirkenden Körperverletzungshandlung mit seinem Mittäter in einem zeitlich-räumlichen Abstand zum Tatort zurückkehrte und nunmehr erneut mit Tötungsvorsatz auf das Tatopfer einwirkte, wertete der 5. Senat das erste Geschehen als Versuch; eine Auseinandersetzung mit der Problematik des atypischen Kausalverlaufs fand im Urteil nicht statt.⁴³ Vor diesem Hintergrund ist dem Hinweis des 4. Senats in der hier besprochenen Entscheidung, dass „dem Urteil des 5. Strafsenats nicht zu entnehmen ist, ob die dort vorgenommene rechtliche Würdigung auf einer abweichenden Rechtsansicht oder einer einzelfallbezogenen Bewertung festgestellter Tatumstände beruht“⁴⁴ nichts entgegenzusetzen. Da eine dogmatische Grundlage die Voraussetzung für die Rechtsanwendung ist und die Entscheidungen beider Senate deutlich voneinander abweichen, liegt der Gedanke nicht fern, dass diese Abweichung auf eine grundlegend abweichende Rechtsansicht oder ein abweichendes Verständnis von der Fallgruppe des atypischen Kausalverlaufs zurückgeführt werden kann.

2. Die Lösung über die Lehre der objektiven Zurechnung scheint demgegenüber besser geeignet, die Problematik mehraktiger Geschehen zu erfassen. Die normative Bewertung eines Geschehens ist mehr eine objektive denn eine subjektive Fragestellung. Fraglich ist in der vorliegenden Konstellation gerade nicht der Vorsatz des Täters und dessen Ausmaß bei Begehung der Erst- und Zweithandlung, sondern der (normative) Zusammenhang zwischen der Ersthandlung und dem Eintritt des Erfolgs. Hierin liegt jedoch zugleich auch das Problem dieses Lösungsansatzes: Es werden infolge der vorzunehmenden wertenden Betrachtung oftmals verschiedene Ergebnisse vertretbar sein, was wiederum Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung nach sich ziehen kann.⁴⁵ Zudem kann derjenige, der den grundsätzlich recht unbestimmten Begriff des missbilligten Risikos weiter fasst, auch entferntere Geschehensverläufe erfassen.⁴⁶ Aus der kon-

³⁷ Vgl. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 576 ff.; *Jäger*, in: FS für Schroeder, 2006, S. 241, 246, der die Rechtsprechung als „Leerformel“ bezeichnet, „die beliebig ausgefüllt werden“ könne. Vgl. auch die weiteren Nachweise bei Sch/Sch-Lieben/Schuster, StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 55, die überdies selbst von fehlender „Rechtssicherheit“ ausgehen, sowie LK-Schroeder, 11. Aufl. 2003, Band 1, Stand: 1.4.1994, § 16 Rn. 30. Als „konturenlos“ wird das Merkmal der wesentlichen Abweichung durch *Trüg* JA 2001, 365, 366, beschrieben.

³⁸ Kritisch zur Rechtsprechung des BGH im sogenannten „Pflegetutterfall“ *Otto*, in: FS für Lampe, 2003, S. 491, 502. Vgl. auch (kritisch) *Struensee* ZStW 102 (1990), 21, 26 ff.

³⁹ *Jäger* JA 2016, 548, 549.

⁴⁰ Für die Nebentäterschaft wäre ein solches Ergebnis verständlich. Zur Situation einer doppelten Tötung einer anderen Person durch nur einen Täter bereits *Heinrich*, in: FS für Geppert, 2011, S. 171, 173 f. m.w.N. Bei Anwendung der Lehre von der objektiven Zurechnung kann dieses Ergebnis von vornherein vermieden werden, vgl. dazu auch *Heinrich*, a.a.O., S. 171, 174, 186.

⁴¹ Vgl. *Jäger* JA 2016, 548, 551: „Tatidentität“.

⁴² BGH, 30.8.2000 – 2 StR 204/00, NStZ 2001, 29, 30, s. dazu die Anmerkung von *Trüg* JA 2001, 365 ff. Dazu in diesem Zusammenhang bereits *Jäger*, in: FS für Schroeder, 2006, S. 241, 242, 245 f.

⁴³ BGH, Urteil vom 12.6.2001 – 5 StR 432/00, NStZ 2002, 253, 254 mit Anmerkungen von *Freund* JuS 2002, 640 ff. und *Baier* JA 2002, 842 ff. Zustimmung fand die Entscheidung im Zusammenhang mit der hier besprochenen Entscheidung durch *Eisele* JuS 2016, 360, 370.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 3.12.2015 – 4 StR 223/15 Rn. 15 = JR 2016, 274, 276 = HRRS 2016 Nr. 77.

⁴⁵ Dahingehend bereits *Jäger*, in: FS für Schroeder, 2006, S. 241, 244. Vgl. auch *Kahlo*, in: FS für Küper, 2007, S. 249, 249, 259 ff. Beispielhaft kann hier der sog. „Gnadenschuss-Fall“ genannt werden, in dem das vorsätzliche Handeln des Zweittäters dem Ersttäter wohl mit der Begründung zugerechnet werden kann, dass „sich die Anschluss Täter der Ausgangsgefahr unter[ordnen]“. Der BGH sieht in dieser Konstellation eine unwesentliche Abweichung des Kausalverlaufs; vgl. *Rengier*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 89.

⁴⁶ Zu dieser Problematik s. auch *Block*, Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand, Diss. Univ. Passau 2007, Berlin 2008, S. 91 ff.

sequenten Anwendung der allgemeinen Formel der objektiven Zurechnung, ergänzt durch die Fallgruppe des „Dazwischentretens“ mittels einer weiteren Tathandlung durch den Täter, dürfte jedoch letztlich ein überzeugendes Ergebnis folgen. Bewertet man die zweite Handlung des Täters als neues Ansetzen und Schaffung eines eigenständigen Risikos – was im vorliegenden Fall medizinisch betrachtet zutrifft: Die Schnittverletzung hat den Tod durch die Schläge nicht beschleunigt, sondern stellt eine eigenständige Todesursache dar – kann man das Tatgeschehen in seiner Gesamtheit vollständig erfassen, wodurch der immer wieder geforderten Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs⁴⁷ Genüge getan wird. Die fehlende Verurteilung wegen vollendeten Mordes wird für den Täter im Übrigen regelmäßig auch keine unangemessene Privilegierung darstellen: Dass eine Strafmilderung der lebenslangen Freiheitsstrafe wegen des Versuchs bei einer solchen Konstellation je einmal in Betracht kommt⁴⁸, dürfte unwahrscheinlich sein, wenn wie hier die erste Tat bereits geeignet war, den Tod des Opfers (zu einem späteren Zeitpunkt) herbeizuführen und dies offensichtlich allein deshalb nicht eingetreten ist, weil der Täter ein zweites Mal handelte, um sicherzugehen, dass das Opfer auch wirklich sterben würde: Das Erfolgsunrecht ist nahezu erreicht.

3. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund der bislang wenig „gesicherten“ Fallgruppen scheint der Vorschlag beachtenswert, bei mehraktigen Geschehen das Kriterium der Tatherrschaft als Voraussetzung für strafbares Verhalten anzusehen.⁴⁹ So folgt nach Auffassung *Jägers* aus der gesetzlichen Vorgabe des § 25 StGB und dem Erfordernis der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, dass – sofern keine mittelbare Täterschaft oder

Mittäterschaft gegeben ist –, eine strafrechtliche Verantwortung aus dem Vorsatzdelikt nur aufgrund einer eigenständigen Tatbestandsverwirklichung möglich ist.⁵⁰ Diese Erwägungen scheinen jedoch auf den hier besprochenen Fall des Dazwischentretens des Täters in seine eigene Tat durch eine neue, zur Ersthandlung in Tatmehrheit stehende Zweithandlung nicht recht zu passen und eine Subsumtion nicht eindeutig auszufallen: Der Einzeltäter ist stets derjenige, der das Geschehen lenkend in den Händen hält. Der Tatverlauf hängt allein von ihm ab. Eine Zurechnung der Zweithandlung über die Figur der (sukzessiven) Mittäterschaft scheint zwar zunächst unter wertenden Gesichtspunkten denkbar, doch muss diese am Wortlaut des § 25 Abs. 2 StGB scheitern, wonach Mittäterschaft vorliegt, wenn „mehrere die Straftat gemeinschaftlich“ begehen.⁵¹

VI. Fazit

Bereits die abweichende Bewertung von Tat- und Revisionsgericht zeigt, dass die dem Originalfall zugrundeliegende Problematik weiterhin Anlass für eingehende Diskussionen im Schrifttum bietet.⁵² Gerade vor dem Hintergrund, dass es sich bei Zurechnungsfragen immer um Einschränkungen aufgrund einer wertenden Betrachtung handelt, die sinngemäß einen Einzelfallbezug begründen und keine Prognosesicherheit gewährleisten können, wäre eine tiefergehende dogmatische Aufarbeitung des erfassten Risikos mitsamt den zugehörigen Fallgruppen der objektiven Zurechnung⁵³ sowie der Bedeutung objektiver Prognosen für die Bedeutung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB im Rahmen der Rechtsprechung wünschenswert.

⁴⁷ Zu dieser vgl. etwa BGH, Urt. v. 24. 9. 1998 – 4 StR 272-98 = NJW 1999, 69, 70 f.; *Walter* JA 2005, 468, 470.

⁴⁸ Zurückhaltender, aber ausgehend von der Möglichkeit, trotz des Versuchs den Täter „wie einen Vollendungstäter zu bestrafen“ *Jäger*, in: FS für Schroeder, 2006, S. 241, 255.

⁴⁹ Vgl. *Jäger*, in: FS für Schroeder, 2006, S. 241, 248 ff.; *Lampe* ZStW 71 (1959), 579, 615. Hinweisend auf die Bedeutung des Wortes „töten“ sowie die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme durch den Gesetzgeber *Otto*, in: FS für Lampe, Berlin 2003, S. 491, 494 f.

⁵⁰ *Jäger*, in: FS für Schroeder, 2006, S. 241, 248.

⁵¹ Eine Zurechnung gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB muss in derartigen Konstellationen aus dem gleichen Grund ausscheiden (Begehung der Tat „durch einen anderen“).

⁵² Hinweisend auf eine noch nicht abgeschlossene Diskussion bereits *Heinrich*, in: FS für Geppert, 2011, S. 171, hier aber wohl zu der Konstellation, dass der durch bei der Ersthandlung fahrlässig handelnde Täter sodann eine Rettung (vorsätzlich) unterlässt.

⁵³ Kritisch auch *Kühl*, Strafrecht AT, § 4 Rn. 42.

Die diamorphingestützte Substitutionsbehandlung in Deutschland

Ein Überblick über die gegenwärtige Entwicklung des stark diskutierten Behandlungskonzeptes

Von Stud. iur. Christopher Bendek, Tübingen*

Diamorphin gehört in Deutschland unter engen Voraussetzungen zu den verschreibungs- und verkehrsfähigen Arzneimitteln zur Behandlung Heroinabhängiger. In Form der diamorphingestützten Substitutionstherapie soll zunächst eine Stabilisierung des Gesundheitszustandes angestrebt werden um die Patienten langfristig therapieren und im Idealfall deren Abstinenz erreichen zu können.

Während die Behandlung in der Schweiz bereits auf eine lange Praxis zurückblicken kann, ist deren Bedeutung und Effektivität in Deutschland weiterhin umstritten. Dies zeigt sich bereits eindrucksvoll mit Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Behandlungsmöglichkeit in Deutschland. Bereits im Jahr 2002 wurde ein groß angelegtes Modellprojekt zur diamorphingestützten Behandlung Opiatabhängiger gestartet. Es folgte die gesetzliche Zulassung Diamorphins als Substitutionsmittel im Jahr 2009 sowie die Aufnahme in die gesetzliche Regelversorgung der Krankenkassen im Jahr 2010. Eine Ausweitung der Behandlung blieb dennoch aus. Vorbehalte gegen die Effizienz dieser Behandlungsform, die Befürchtung einer Enttabuisierung der Droge Heroin und nicht zuletzt die zunächst hohen anfallenden Kosten – trotz vielfältiger Studien zu Wirksamkeit und Nutzen der Behandlung sieht diese sich noch immer immenser Kritik ausgesetzt. Nachfolgend wird daher kritisch auf die Behandlungsziele der diamorphingestützten Behandlung sowie die bereits erzielten Erfolge einzugehen sein.

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls Universität Tübingen und belegt den Schwerpunktbereich „Kriminalwissenschaften“. Der Beitrag basiert auf den Ergebnissen einer vom Verfasser im Wintersemester 2015/16 bearbeiteten Arbeit im Rahmen des Seminars „Drogen und Kriminalität“. Mein Dank gilt Dr. Andreas Zsolnai, Schwerpunktpraxis Stuttgart, und Dipl. Sozialpädagogin Simone Burgert, Fachstelle Sucht Villingen-Schwenningen, die mich mit zahlreichen Hinweisen unterstützt haben.

I. Grundlagen

1. Was ist die diamorphingestützte Substitutionstherapie?

Diamorphin (Diacetylmorphin) ist eine Bezeichnung für den Stoff Heroin.¹ Heroin/ Diamorphin ist ein durch chemische Prozesse aus dem Rohopium des Schlafmohns gewonnenes Opiat.² Durch die intravenöse Injektion kann Heroin rasch seine Wirkung auf das zentrale Nervensystem entfalten, was zu einem euphorisierenden Rauscherlebnis, dem sog. „Kick“ oder „Flash“ führt.³ Nach drei bis vier Stunden kommt es dagegen zu schweren körperlichen Entzugserscheinungen, verbunden mit Herzrasen, Muskelkrämpfen, Muskelzittern, Schlaflosigkeit und Erbrechen.⁴ Neben intravenöser Injektion kann Heroin ebenfalls oral und über die Atemwege eingenommen werden.⁵

Substitution meint prinzipiell die Ersetzung eines Stoffes, z.B. des Opiates Heroin mit einer alternativen Substanz (Substitut).⁶ Hierbei werden zwei Idealziele verfolgt: In erster Linie wird eine Schadensminimierung angestrebt, um den gesundheitlichen und sozialen Zustand zu verbessern und dabei Schäden und Gefahren für die Gesellschaft abzuwenden. Langfristig soll die Abstinenz erreicht werden.⁷ Bei der diamorphingestützten Substitutionstherapie handelt es sich um die Abgabe synthetisch hergestellten, reinen Heroins, welche den Konsum des auf der Straße verkauften, oft verunreinigten Heroins entbehrlich macht.⁸

¹ Weber, in: Weber BtMG, 4. Aufl. 2013, § 1, Rn. 341.

² Blum, in: Arnold/Schille, Praxishandbuch Drogen und Drogenprävention, 2002, S. 96; Weber, (Fn. 2), § 1, Rn. 378.

³ Blum, (Fn. 3), S. 96; Schreiber, in: Kriminalistik 1995, 8 – 9, S. 534.

⁴ Schwind, Kriminologie 22. Aufl. 2013, § 27, Rn. 4.

⁵ Weber, (Fn. 2), § 1, Rn. 386 f.

⁶ Servais, in: Kriminalistik 1999, 2, S. 124.

⁷ Langer et al., in: Suchtmedizin 2011, 13 (5), S. 204.

⁸ Zur Vereinfachung wird nachfolgend nur von Diamorphin gesprochen, sofern es sich um den medizinisch verwand-

2. Weitere Behandlungsmöglichkeiten von Heroinabhängigkeit

Die Behandlung mit Diamorphin ist nur eine von mehreren Behandlungsmöglichkeiten. Mögliche Methode ist einerseits der abstinentorientierte Weg des Entzugs. Nach einer stationären Entgiftung, gefolgt von einer Drogentherapie, soll das Ziel einer opiatfreien Lebensführung ermöglicht werden.

Daneben steht die Substitutionstherapie. Diese stellt laut Weltgesundheitsorganisation (WHO) die derzeit effektivste Behandlungsform der Opiatabhängigkeit dar.⁹ Sie wird in Deutschland vornehmlich mit Methadon (44,0 % der substituierten Patienten), Levomethadon (31,8 %) und Buprenorphin (23,0 %) durchgeführt.¹⁰ Ausnahmsweise können auch Codein/ Dihydrocodein¹¹ in begründeten Fällen (z.B. bei individueller Unverträglichkeit der anderen Substanzen)¹² in Frage kommen, § 5 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BtMVV. Der Gebrauch von Diamorphin erfolgt dagegen sehr restriktiv. So wurden 2015 lediglich 0,8 % der insgesamt 77.200 Substitutionspatienten in Deutschland mit Diamorphin behandelt.¹³

3. Rechtliche Lage in Deutschland

Diamorphin ist gem. § 1 BtMG i.V.m. den Anlagen I-III des BtMG ein Betäubungsmittel. Seit dem Jahr 2009 ist Diamorphin in den Anhängen I-III des BtMG als Substitutionsmittel zur Therapie Opiatabhängiger zugelassen. Im Übrigen bleibt Diamorphin verschreibungs- und verkehrsunfähig. Desweiteren wurde Diamorphin im Jahr 2010 in die Regelversorgung der gesetzlichen Krankenkassen aufgenommen.¹⁴ Zurück geht diese rechtspolitische Entwicklung auf die erfolgreiche Durchführung eines medizinischen Modellprojekts zur „diamorphingestützten Behandlung Opiatabhängiger“, 2002 bis 2007.

4. Rechtliche Reaktionen auf den illegalen Umgang mit Betäubungsmitteln

Zur Bekämpfung von Betäubungsmitteln umfasst der Regelungsgehalt des BtMG grundsätzlich mehrere Maßnahmengruppen. So soll mittels Prävention, Repression und Therapie gegen illegale Rauschdrogen vorgegangen werden.¹⁵ Die Behandlung mit Diamorphin fällt hingegen in den Bereich der „Überlebenshilfe“ als Modell der Schadensbegrenzung (harm reduction), welche als eigenständige Maßnahme zur Bekämpfung illegaler Rausch-

ten, reinen Stoff handelt. Im Übrigen wird der Begriff Heroin verwandt.

⁹ WHO Bulletin Vol. 86, (3) 2008, S. 164; Reimer, Projekt zur Evaluation der missbräuchlichen Verwendung von Substitutionsmitteln in Deutschland, 2009, S. 1.

¹⁰ BfArM, Bericht zum Substitutionsregister 2015, S. 4; Drogenbericht 2016, S. 169.

¹¹ Zusammen im Einsatz bei 0,3 % der Substituierten, BfArM, Bericht zum Substitutionsregister 2016, S. 4.

¹² JES Bundesverband, Informationen für Heroinkonsumenten, S. 30.

¹³ BfArM, Bericht zum Substitutionsregister 2016, S. 4.

¹⁴ BMG, BAnz. Nr. 85, S. 2074 vom 11.06.2010.

¹⁵ Vgl. Bock, Kriminologie 4. Aufl. 2013, § 26, Rn. 1001.

drogen anerkannt ist.¹⁶ Folglich wurde die in erster Linie abstinentorientierte Ausrichtung des deutschen Betäubungsmittelrechts um Prinzipien der akzeptanzorientierten Drogentherapie ergänzt, wobei die Abstinentorientierung jedoch weiterhin prägenden Charakter besitzt.¹⁷

a) Voraussetzungen der diamorphingestützten Substitutionstherapie

Die Voraussetzungen der staatlichen Diamorphinabgabe ergeben sich aus dem BtMG, der BtMVV sowie den „Richtlinien der Bundesärztekammer zur substituiergestützten Behandlung Opiatabhängiger“ (BÄK-RiLi). Die Substitutionsbehandlung ist zulässig wenn sie begründet ist, § 13 Abs. 1 S. 1 BtMG. Sie ist jedoch als ultima ratio zu betrachten, § 13 Abs. 1 S. 2. BtMG. Sie ist medizinisch indiziert, wenn sie bei Vorliegen manifesten Opiatabhängigkeit nach Abwägung gegenüber primär abstinentorientierten Therapieformen die erfolgversprechendere Therapieform darstellt, Nr. 2 BÄK-RiLi. Ob die diamorphingestützte Substitution für einen potentiellen Patienten indiziert ist, ergibt sich zusätzlich aus den engen Voraussetzungen des § 5 Abs. 9a Nr. 2 – 4 BtMVV.

Begleitend zur Substitutionsbehandlung erfolgt die psychosoziale Betreuung der Patienten (PSB).¹⁸ Die PSB soll die ärztliche Behandlung ergänzen und direkt der Unterstützung und „Hilfe zur Selbsthilfe“ während der Behandlung dienen.¹⁹ Die PSB bei der Diamorphinabgabe unterscheidet sich insoweit von der anderer Behandlungsformen, da hier die PSB in den ersten sechs Behandlungsmonaten verpflichtend ist, § 5 Abs. 9 c S. 3 BtMVV.

Die bei der Methadonsubstitution eröffnete Möglichkeit, das Substitutionsmittel auf Rezept für bis zu sieben Tage mit nach Hause zu nehmen (Take-Home Vergabe, § 5 Abs. 8 S. 4 BtMVV), ist bei der Behandlung mit Diamorphin ausgeschlossen. Auch alle weiteren Arten der Verabreichung i.S.d. § 5 Abs. 8 BtMVV entfallen gem. § 5 Abs. 9 b S. 1 BtMVV.

5. Derzeitige Entwicklung in Deutschland

Seit Einführung der Behandlung im Jahr 2009 wurde diese in den Einrichtungen, welche zuvor bereits das „Modellprojekt zur heroingestützten Behandlung Opiatabhängiger“ trugen, fortgesetzt. Neben diesen Einrichtungen in Hamburg, Hannover, Bonn, Köln, Frankfurt am Main, Karlsruhe und München fand zunächst kein Ausweiten des Programms statt. Es befanden sich im Jahr 2011 etwa 460 Patienten in diamorphingestützter Behandlung. 2013 öffnete die erste Praxis mit Platz für 100 Patienten in Berlin.²⁰ Nur ein Jahr später eröffnete auch in Stuttgart eine weitere Diamorphinambulanz mit einer Kapazität von 65 weiteren Plätzen (Inzwischen wurde die Behandlung von bis zu 80 Patienten durch das Regierungspräsidium genehmigt). Nachdem derzeit 65 Be-

¹⁶ Albrecht, Kriminologie 4. Aufl. 2010, S. 355; Bock, (Fn. 15) § 26, Rn. 1001.

¹⁷ Vgl. Alternativer Drogen- und Suchtbericht 2015, S. 148 f.

¹⁸ Servais, in: Kriminalistik 1999, 2, S. 124.

¹⁹ Vgl. Langer et al., in: Suchtmedizin 2011, 13 (5), S. 211.

²⁰ Drogenbericht 2015, S. 247.

handlungsplätze der Schwerpunktpraxis Stuttgart belegt sind, ist somit im Gesamten von etwa 600 Patienten auszugehen, die derzeit mit Diamorphin substituiert werden.²¹

II. Bewertung

1. Medizinische Wirkung der diamorphingestützten Behandlung

Heroinabhängigkeit kann schwerwiegende gesundheitliche und soziale Folgen haben.²² Die meisten Schädigungen des Heroinkonsums können auf die spezifischen Bedingungen der Einnahme wie etwa giftige Streckmittel oder verschmutztes Spritzbesteck zurückgeführt werden. Organschädigende Effekte des Heroins sind dagegen bisher nicht feststellbar.²³ Dennoch kann die Einnahme nicht als ungefährlich bezeichnet werden. Auch der Konsum reinen Diamorphins macht abhängig und kann insbesondere bei Überdosierung zu Lähmungserscheinungen, Atemdepression und weiteren lebensbedrohlichen Schädigungen führen.²⁴ Die intravenöse Einnahme kann außerdem Abszesse und Venenverhärtungen verursachen.²⁵ Gleichwohl kann auch die Behandlung mit anderen Substituten zu Nebenwirkungen führen. Methadon kann durch seine teils sedierende Wirkung zu Antriebslosigkeit führen. Es löst im Vergleich zu Diamorphin keinen „Kick“ aus, was teils zur Ablehnung der Methadonsubstitution durch Patienten, die jenen nicht missen wollen und teils zu illegalem Beikonsum von Heroin und anderen Rauschmitteln, was zu Infektionen und schweren Nebenwirkungen in Verbindung mit der Methadon-Einnahme führen kann.²⁶ Es erscheint daher sinnvoll, sich vergleichend mit der Wirkung von Methadon und Diamorphin auseinanderzusetzen.

Von besonderem Interesse sind hierbei die Forschungsergebnisse des Modellprojekts über die diamorphingestützte Behandlung aus den Jahren 2002 bis 2007. 1015 schwerst Heroinabhängige wurden in einer kontrollierten randomisierten Studie in sieben Städten entweder mit Diamorphin oder Methadon behandelt. Beide Gruppen wurden in zwei Studienphasen medizinisch betreut und erhielten eine psychosoziale Betreuung.²⁷ Ziel war es, die Überlegenheit der diamorphingestützten Behandlung bei bisher therapieresistenten Patienten gegenüber der Substitution mit Methadon zu belegen. Hauptkriterien stellen die Verbesserung des gesundheitlichen Zustands und der Rückgang des illegalen Drogenkonsums dar. Es sollte vergleichend auch die Entwicklung der Delinquenz und

der sozialen Situation der Studienteilnehmer analysiert werden.²⁸

Bereits 1994 bis 1996 wurde zudem die erste Studie „PROVE“ zur heroingestützten Behandlung (HeGeBe) in der Schweiz durchgeführt.²⁹ Es folgten 2003 Ergebnisse weiterer Studien aus den Niederlanden³⁰, 2006 aus Spanien³¹, desweiteren im Jahr 2009 aus Kanada³² und abschließend die Ergebnisse einer Studie Großbritanniens.³³

Hierzu sei angemerkt, dass die Studien teilweise zeitlich weit auseinandergehen. Zudem führen abweichende Auswahlkriterien als auch unterschiedliche Ausrichtungen ggf. zu Abweichungen. Es lässt sich jedoch ein allgemein bestätigender Trend mit Blick auf die Wirksamkeit der Behandlung erkennen. Dieser Trend wurde durch die EBBD (EU-Drogenbeobachtungsstelle) im Jahr 2012 wie folgt zusammengefasst:

„Patients undergoing SIH treatment³⁴ have experienced significant physical and mental health improvements compared with patients receiving conventional oral substitution prescribing.“³⁵

a) Gesundheitlicher Zustand

Die Entwicklung des gesundheitlichen Zustandes bedarf zunächst eines bestimmten Richtwertes. In der Modellstudie wird der gesundheitliche Zustand anhand der OTI-Gesundheitsskala der WHO ermittelt (Opiate Treatment Index). Der OTI-Wert der Diamorphingruppe verbesserte sich von anfangs 18,7 auf 8,2 nach 12 Monaten. Der OTI-Wert der Methadongruppe zeigte eine Entwicklung von durchschnittlich 19,1 auf schließlich 10,2 nach Ablauf der ersten 12 Behandlungsmonate.³⁶ Nach etwa vier Jahren der Behandlung scheint sich der gesundheitliche Zustand mit einem OTI-Wert von durchschnittlich 6,1 zu stabilisieren.³⁷ Auch nachfolgende Untersuchungen der Qualitätssicherung bestätigen, dass sich der OTI-Wert langfristig auf einem niedrigen Niveau um sechs Punkte einpendelt.³⁸

²¹ Drogenbericht 2015, S. 247; Auskunft von Dr. Zsolnai, Schwerpunktpraxis Stuttgart. Der Verfasser hatte im Rahmen seiner Recherche die Möglichkeit, die Schwerpunktpraxis von Dr. Zsolnai zu besuchen und den Alltag in der Diamorphinvergabe intensiv mitzuerleben.

²² BGHSt 32, 162.

²³ Albrecht, (Fn. 16), S. 350 f.

²⁴ Vgl. Schreiber, in: Kriminalistik 1995, 8 – 9, 535 f.

²⁵ JES Bundesverband, Informationen für Heroinabhängige, S. 31.

²⁶ Vgl. Kreuzer, in: Lösel/Bender/Jehle 2007, S. 122; JES Bundesverband, Informationen für Heroinkonsumenten, S. 32.

²⁷ Körner, BtMG, 7. Aufl. 2010, § 3, Rn. 62; Haasen et al., in: Sucht 2007, 268.

²⁸ Naber/Haasen, Das bundesdeutsche Modellprojekt zur heroingestützten Behandlung Opiatabhängiger, Abschlussbericht der klinischen Vergleichsstudie zur Heroin- und Methadonbehandlung, 2006, S. 2.

²⁹ Steffen et al., in: Suchttherapie 2000, 1, 27 – 33.

³⁰ Dijkgraaf et al., in: BMJ 2005, 330 (7503) 1297.

³¹ March et al. 2006; Oviedo-Joekes et al. 2010 (Zit. nach Vertheim/Kuhn, Qualitätssicherung der Diamorphinbehandlung, 2012, S. 3).

³² Oviedo-Joekes et al. 2009 (Zit. nach Vertheim/Kuhn, (Fn. 31), S. 3).

³³ Strang et al. 2010 (Zit. nach Vertheim/Kuhn, (Fn. 31), S. 3).

³⁴ SIH treatment: supervised injectable heroin treatment (zu Deutsch etwa: überwachte Behandlung mit injizierbarem Heroin).

³⁵ EBBD (Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht), EBBD Insights Nr. 12, 2012, S. 50.

³⁶ Naber/Haasen, 2006, (Fn. 28), S. 85, 89.

³⁷ Naber/Haasen, Das bundesdeutsche Modellprojekt zur heroingestützten Behandlung Opiatabhängiger, Klinischer Abschlussbericht zum Abschluss der Follow-Up Phase, 2008, S. 57.

³⁸ Vertheim/Kuhn, (Fn. 31), S. 35.

Bezogen auf ansonsten therapieresistente Schwerstabhängige ließ sich eine deutliche Überlegenheit der Diamorphinbehandlung gegenüber der mit Methadon feststellen.³⁹ Eine generelle Überlegenheit lässt sich aus den Ergebnissen indes nicht ohne weitere Erforschung ableiten.⁴⁰

b) Mortalitätsrate

Sowohl bei Methadon-, als auch Diamorphinsubstitution zeigten sich Mortalitätsraten (Sterblichkeitsraten) von nur ca. 1 % der Studienteilnehmer. Diese waren ausschließlich auf Ursachen wie Suizid, Unfälle und eigenverursachte Überdosierungen zurückzuführen. In keinem Fall konnte das Versterben in direkten Zusammenhang mit der Substitutionsbehandlung gebracht werden.⁴¹ Somit konnten sich im Ergebnis sowohl Methadon- als auch Diamorphinsubstitution positiv auf die Mortalitätsrate auswirken.

2. Gesellschaftliche (Re-)Integration Opiatabhängiger

Die soziale Integration bzw. Wiedereingliederung Schwerstabhängiger in die Gesellschaft erweist sich als schwierig. Es konnte jedoch festgestellt werden, dass sich die Wohnsituation der Patienten im Verlauf der Behandlung verbessert hat und in Langzeitbehandlung schließlich auf einem hohen Niveau zu stabilisieren scheint.⁴² Auch die Kontakte zur Drogenszene reduzierten sich. Aufgrund jahrelanger Anbindung und fehlenden anderen sozialen Kontakten und Freizeitbeschäftigungen ist ein gänzlicher Rückzug aus der Szene jedoch schwer zu realisieren.⁴³ Schwieriger stellte sich die Lage der Patienten auf dem Arbeitsmarkt dar. Zwar konnte sich der Prozentsatz der Patienten, die einer regulären Beschäftigung nachgingen verdoppeln. Dieser Effekt konnte im weiteren Verlauf der Studie jedoch nicht signifikant verstärkt werden.⁴⁴ Eine Steigerung setzte jedoch im vierten Behandlungsjahr ein. So gaben 39,9 % der Teilnehmer an, einer Beschäftigung nachzugehen, die wenigsten davon als Haupteinnahmequelle (Lediglich 4,6 %). Es muss berücksichtigt werden, dass in der damals allgemein schwierigen Lage am Arbeitsmarkt, Schwerstabhängige durch ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen zusätzlich benachteiligt gewesen sind. Zudem sei es mit steigendem Alter immer schwerer für die Patienten Anschluss zu finden. Auch die bis zu dreimal am Tag erforderlichen Arztbesuche zur Substitution stellen eine erhebliche Einschränkung der eigenständigen Lebensführung dar.⁴⁵

³⁹ Naber/Haasen, 2006, (Fn. 28), S. 2; Vgl. Uchtenhagen, in: Sucht 2008, 54 (1) S. 44.

⁴⁰ Uchtenhagen, in: Sucht 2008, 54 (1) S. 44.

⁴¹ Naber/Haasen, 2006, (Fn. 28), S. 153.

⁴² Naber/Haasen, 2006, (Fn. 28), S. 113 f.; Naber/Haasen, 2008, (Fn. 37), S. 65; Vertheim/Kuhn, (Fn. 31), S. 38.

⁴³ Naber/Haasen, 2006, (Fn. 28), S. 113 f.; vgl. Vertheim/Kuhn, (Fn. 31), S. 38.

⁴⁴ Naber/Haasen, 2006, (Fn. 28), S. 116.

⁴⁵ Naber/Haasen, 2008, (Fn. 37), S. 67 ff.; Vertheim/Kuhn, (Fn. 31), S. 39.

3. Beikonsum

In der Kritik steht nicht zuletzt der anhaltende Beikonsum der Patienten.⁴⁶ Im Verlauf der Behandlung mit Diamorphin konnte durch regelmäßige Urinkontrollen bei 69 % der Teilnehmer eine signifikante Verringerung des illegalen Drogenkonsums festgestellt werden. Vergleichend kam es nur bei 55 % der Methadongruppe zu einer solchen Verringerung.⁴⁷ Im Unterschied zu Methadon zeigt Diamorphin dieselben chemischen Eigenschaften wie illegales Heroin. Der beschriebene „Kick“, bleibt bei der Behandlung mit Methadon weitestgehend aus. Stattdessen entfaltet Methadon eine verstärkt sedierende Wirkung.⁴⁸ Mit Methadon behandelte Patienten neigen daher eher dazu, weiterhin Heroin und andere Drogen zu konsumieren, um dadurch den bekannten „Kick“ herbeizuführen. Auch nachlassende Wirkungen des Substituts aufgrund zu geringer Dosierung können den Beikonsum beeinflussen. So zeigte sich während der PREMOS-Studie zu den Effekten langfristiger Substitution, dass ca. ein Drittel der Studienteilnehmer zu allen Untersuchungszeitpunkten Methadondosierungen unter der minimal empfohlenen Dosis erhalten hatten. Es ist zu vermuten, dass hier Beikonsum in nicht unerheblichem Umfang deshalb betrieben wurde, um die niedrigen Substitutionsdosen zu kompensieren.⁴⁹

Häufig beschränkt sich der Konsum Schwerstabhängiger nicht nur auf Opiate, sondern parallel auch auf andere Rauschmittel. Während der Beikonsum von Heroin und Kokain kontinuierlich auf ein geringes Maß zurückgegangen ist, zeigte sich insofern auch aus Langzeitstudien ein zwar geringeres aber anhaltendes Konsumverhalten bzgl. Benzodiazepinen, Cannabis und anderen Substanzen.⁵⁰ Kritiker der (Diamorphin-) Substitution sehen im anhaltenden Beikonsum einen Beleg für den Misserfolg der Behandlung.⁵¹ Diese Kritik berücksichtigt jedoch die Konzeption der Behandlung nicht hinreichend. Es kann von einer Behandlung der Heroinabhängigkeit nicht die Heilung anderer Abhängigkeiten, und damit: anderen Krankheitsbildern, die einer ganz anderen Medikation oder Therapieform bedürfen, erwartet werden.⁵² Weitere Ursachen können somit auch die Abhängigkeit weiterer Stoffe sowie die ungeeignete Fremd- und Eigenmedikation sein. Gleichwohl kann die Verringerung des Konsums auf den mittelbaren Einfluss der Substitution zurückgeführt werden. Um von der Behandlung profitieren zu können und Wechselwirkungen zwischen Substitutionsmittel und weiteren konsumierten Substanzen zu vermeiden müssen die Patienten nämlich im Eigeninteresse von gefährdendem Beikonsum absehen.

⁴⁶ Vgl. Stoschek, in: Ärzte Zeitung, 16.07.2009;

⁴⁷ Naber/Haasen, 2006, (Fn. 28), S. 3.

⁴⁸ Vgl. JES Bundesverband, Informationen für Heroinkonsumenten, S. 32.

⁴⁹ Wittchen et al., in: Suchtmedizin 13 (5) 2011, S. 284.

⁵⁰ Vertheim/Kuhn, (Fn. 31), S. 69.

⁵¹ Koch, in: Kriminalistik, 1999, 8, 544; Hauptmann, in: Kriminalistik, 1999, 1, 23.

⁵² Vgl. Vertheim/Kuhn, (Fn. 31), S. 69.

4. Missbrauch von Substitutionsmitteln

Es wurde zunächst befürchtet, die Abgabe von Diamorphin könnte dazu führen, dass eine Abzweigung des Stoffes auf den illegalen Markt durch Patienten die Verstärkung des Drogenmissbrauchs bewirken könne.⁵³ Um solch einer Abzweigung entgegenzuwirken, erfolgt die Abgabe ausschließlich kontrolliert und unter ärztlicher Aufsicht.⁵⁴ Es ist insofern weitgehend auszuschließen, dass Diamorphin hierbei illegal in Verkehr gebracht wird.

Entgegengesetzt böte es sich sogar an, die Kontrollen bzgl. der Diamorphinabgabe zu lockern und durch Take-Home Verschreibungen von oral einzunehmendem Diamorphin ähnlich der Methadonabgabe die Patienten und behandelnden Ärzte zu entlasten sowie Kosten zu sparen.⁵⁵ Eine solche Entwicklung würde unstreitig eine restriktive Handhabung und Möglichkeiten zur Überwachung erfordern.⁵⁶ Die Take-Home Verschreibung von Diamorphin kann jedoch nicht allein mit dem Argument, sie berge ein Missbrauchsrisiko, abgelehnt werden, während die Take-Home Verschreibung im Rahmen der Methadonsubstitution trotz Risikos gem. § 5 Abs. 8 S. 4 BtMVV gesetzlich verankert ist.

Die orale Einnahme, wie sie teilweise gefordert wird, ist bereits gängige Praxis der Schweizer heroingestützten Behandlung (HeGeBe). Seit ihrer Einführung konnte die intravenöse Einnahme der Patienten hier deutlich, um ca. 50 % reduziert werden.⁵⁷ Schädliche Folgen der Injektion wie Venenverhärtungen und Abszesse könnten so auch in Deutschland durch Diamorphin in Tablettenform verhindert werden.

5. Entwicklung der Delinquenz während der Diamorphinsubstitution

Von besonderem kriminologischem Interesse ist die Entwicklung der Delinquenz von mit Diamorphin substituierten Patienten im Vergleich zu Patienten anderer Therapiekonzepte. Deshalb wurden parallel zum Modellprojekt der Behandlung quantitative und qualitative kriminologische Begleitstudien durchgeführt.

a) Quantitative kriminologische Begleitforschung

Eine begleitende quantitative Studie befasste sich mit der selbstberichteten Delinquenz der 1015 Studienteilnehmer (Dunkelfeldanalyse). Ergänzend wurden personenbezogene Tatverdächtigenzahlen von 825 Studienteilnehmern einbezogen (Hellfeldanalyse).⁵⁸ Die Kriminalitätsentwicklung wurde anhand fünf Deliktgruppen; Rauschgift-, Gewalt-, Eigentumskriminalität, sowie Sachbeschädigungen und Betrugsdelikten erfasst.

⁵³ Vgl. *Gersemann*, Kontrollierte Heroinabgabe, 1996, S. 93.

⁵⁴ Vgl. Südwestpresse vom 29.09.2015, Diamorphin-Stelle: „Besser gesichert als jede Bank“.

⁵⁵ *Schäffler/Foot*, Akzeptanzorientierte Drogenarbeit, 2014, 11, 142.

⁵⁶ Vgl. *Gersemann*, (Fn. 53), S. 106.

⁵⁷ *Schäffler/Foot*, (Fn. 55), 11, 142; *Schaub/Bolliger/Hiltebrand*, 2013, S. 37, 3.12.

⁵⁸ *Löbmann*, in: *Haller/Jehle* 2009, S. 190.

Zur Dunkelfeldanalyse vorgenommene Befragungen über die 12-Monatsprävalenz zeigten einen deutlichen Rückgang der Delinquenz sowohl bei der Diamorphin- als auch der Methadongruppe. Dieser trat jedoch stärker bei der Diamorphingruppe auf. So gaben in der Diamorphingruppe 78,8 % der Befragten an, im Jahr vor der Behandlung irgendeines der erfassten Delikte begangen zu haben. Dieser Prozentsatz sank während der Behandlung auf 45,5 %. In der Methadongruppe kam es lediglich zu einer Verringerung von 79,1 % auf 62,7 %.⁵⁹ Ebenso sank die Zahl der durchschnittlich begangenen Taten (12-Monatsinzidenz) stärker als in der Methadongruppe. Die Analyse der polizeilich registrierten Delikte zeigte, dass zwar ein deutlicher Rückgang der Delinquenz bei der Diamorphingruppe, nicht jedoch bei der Methadongruppe festzustellen war. Während in der Diamorphingruppe der Prozentsatz der polizeilich registrierten Teilnehmer von 41,3 % zu Beginn auf 30,5 % nach dem ersten Behandlungsjahr sank, kam es in der Methadongruppe zu einem Zuwachs von 36,7 % auf 38,2 %.⁶⁰ Mit Blick auf die Entwicklung der Delinquenzrate wurden die Dunkel- und Hellfeldanalysen bei Patienten der Diamorphingruppe fortgesetzt, welche die Behandlung für ein weiteres Jahr fortsetzten.⁶¹ So fiel im zweiten Behandlungsjahr der Anteil der Teilnehmer, welche weiterhin Delikte begingen auf 25 % (Dunkelfeldbefragung), bzw. auf 11,7 % (Hellfelddaten). Die Abweichung von Hell- und Dunkelfeld dürfte sich Großteils auf die Entdeckungswahrscheinlichkeit zurückführen lassen.⁶²

b) Qualitative kriminologische Begleitforschung

Die ergänzende qualitative Studie stützte die Ergebnisse. Es wurde eine mündliche Befragung einer Gruppe von 91 Probanden der Diamorphingruppe zu Behandlungsbeginn durchgeführt. Ein Jahr später wurden hiervon 77 Probanden erneut erreicht, von denen sich 69 noch in Behandlung befanden. Auch durch diese Befragung konnte ein deutlicher Rückgang der Delinquenz der Befragten im Lauf der Behandlung festgestellt werden.⁶³ Selbst bei einem Teil stark konsumierender und mit hohen Kriminalitätsraten vorbelasteter Teilnehmer, konnte ein Rückgang der Beschaffungsdelinquenz, insbesondere aber auch der Gewaltdelikte festgestellt werden.⁶⁴

c) Ergebnisse des Abschlussberichts zur Qualitätssicherung der Diamorphinbehandlung

Nach Ende des Modellprojekts wurden Langzeitergebnisse der Diamorphinabgabe analysiert. Der „Abschlussbericht zur Qualitätssicherung der Diamorphinbehandlung“ beschäftigte sich u.a. mit der Delinquenz alter und neu aufgenommenen Patienten seit Studienende bis zum Jahr 2011. So konnte festgestellt werden, dass, auch nach vorübergehendem Anstieg der Delinquenzrate nach Stu-

⁵⁹ *Löbmann*, in: *Haller/Jehle* 2009, S. 192.

⁶⁰ *Löbmann*, in: *Haller/Jehle* 2009, S. 192.

⁶¹ Anzahl der weiterhin Befragten N = 278; *Löbmann*, in: *Haller/Jehle* 2009, S. 194.

⁶² *Löbmann*, in: *Haller/Jehle* 2009, S. 192.

⁶³ *Köllisch*, in: *Haller/Jehle* 2009, S. 210; *Köllisch/Löbmann*, in: *MschKrim.*, 2008, S. 38.

⁶⁴ *Köllisch*, in: *Haller/Jehle* 2009, S. 215 f.; *Köllisch/Löbmann*, in: *MschKrim.*, 2008, S. 38.

dienende, ein deutlicher Rückgang zu verzeichnen war. Jene scheint sich langfristig auf einem niedrigen Niveau zu stabilisieren.⁶⁵ Die Delinquenz der nach Studienende neu aufgenommenen Patienten reduzierte sich deutlich innerhalb der ersten zwei Behandlungsjahre. So gingen die in den letzten 6 Monaten begangenen Delikte von 45,3 % zu Anfang der Behandlung auf 17,3 % nach einem Jahr zurück. Nach zwei abgeschlossenen Behandlungsjahren gaben nur noch 9,2 % der Patienten an, in den letzten Monaten Delikte begangen zu haben. Verurteilungen ebenso wie Haftaufenthalte als auch Verwicklungen in illegale Aktivitäten nahmen in den zwei Behandlungsjahren deutlich ab.⁶⁶ Diese Ergebnisse stehen im Einklang mit dem Ergebnis der vorherigen kriminologischen Begleitstudien zum Modellprojekt von 2002 bis 2007. Grundsätzlich ist nach einem zunächst deutlichen Rückgang zu Beginn mit folgender Stabilisierung der Delinquenzrate im weiteren Verlauf einer Behandlung von der kriminalitätsmindernden Wirkung der Behandlung mit Diamorphin auszugehen.⁶⁷ Durch die Ermöglichung eines Lebens in Legalität und der Reintegration in die Gesellschaft könnte zudem der Weg hin zu gänzlichem Verzicht der Droge eröffnet bzw. erleichtert werden.⁶⁸

Eine Schweizer Studie deutete ebenfalls auf einen deutlichen Rückgang der Delinquenz, sowohl selbstberichteter, als auch polizeilich erfasster, im Verlauf der Behandlung hin.⁶⁹ So sei ein Rückgang „bei schweren Delikten (wie Einbruch, Straßenraub, Drogenhandel usw.) teils um mehr als 80 %“⁷⁰ zu verzeichnen gewesen. Dieser Trend wurde durch Langzeitstudien bestätigt. So wiesen zunehmende Anteile der Behandelten keine oder zumindest weniger polizeiliche Kontakte auf als zuvor, wobei diese Entwicklung für sämtliche Deliktgruppen erkennbar war.⁷¹

d) Kriminalitätsreduzierende Wirkung der Diamorphinsubstitution

Die Verringerung der Delinquenzrate durch Substitution wird von verschiedenen Mediatoren beeinflusst. Durch die Versorgung mit Diamorphin sind die Patienten mangels Entzugserscheinungen nicht mehr zum illegalen Konsum genötigt. Verstöße gegen das BtMG verringern sich. Zudem entfällt der Druck, finanzielle Mittel zum Erwerb von Drogen aufbringen zu müssen. Während sich der Rückgang im Bereich der Beschaffungskriminalität aufgrund fehlenden Beschaffungsdrucks erklären lässt, kann sich die Erklärung der Reduzierung von Gewaltdelikten nicht allein auf diese These stützen. Vielmehr sind weitere, aus der Behandlung resultierende Faktoren für den kriminalitätsmindernden Effekt verantwortlich. So

sind in erster Linie die Bemühungen um Stabilisierung und Reintegration in die Gesellschaft sowie die Abkehr aus der Drogenszene kriminalitätsverringende Faktoren. Bei Betrachtung der Deliktsraten sind auch weitere, äußere Einflüsse zu beachten. So könnte der Einfluss von Ängsten der Patienten gegen laufende Bewährungsauflagen zu verstoßen oder durch neue Straftaten und Beikonsum laufende Behandlungsverträge zu gefährden, ebenfalls auf die Kriminalität einwirken. Weiterhin vorhandene Kriminalität könnte grundsätzlich einer Habitualisierung von Bagatelldelinquenz sowie auf finanzielle Engpässe der Abhängigen zurückzuführen sein.

Die Überlegenheit der Diamorphinbehandlung in Hinblick auf die Delinquenzrate der Patienten lässt sich möglicherweise dadurch erklären, dass, aufgrund der Wirkweise von Diamorphin ein wesentlich geringerer Anteil der Patienten weiterhin zum Beikonsum neigt. Desweiteren blieben Teilnehmer der Heroingruppe grundsätzlich länger in Behandlung oder wechselten nach ihrem Ausscheiden häufiger in andere Therapieformen. Dies beeinflusst sowohl Verbesserung des gesundheitlichen Zustandes als auch die Stabilisierung der Lebensverhältnisse, was sich schließlich positiv auf die Delinquenzrate auswirken könnte.

6. Enttabuisierung/Legalisierung von Heroin

Die Abgabe von Diamorphin ist, unbeschadet ihrer wohl als erwiesenen anzusehenden medizinischen Wirksamkeit⁷² ähnlich wie bereits die Methadonsubstitution in vielerlei Hinsicht weiterhin umstritten.⁷³ Bereits die Einführung der Methadonsubstitution sorgte für Unmut hinsichtlich Ausrichtung und Zweck der deutschen Drogenpolitik. So wurde von Anhängern einer rein abstinenzorientierten Behandlung bemängelt, dass sich die Abhängigkeit durch die Substitution nicht effektiv beenden ließe.⁷⁴ Dies sei nach neueren Erkenntnissen jedenfalls nur in etwa 4 % der Fälle dauerhaft erfolgreich.⁷⁵ Eine zu ausgeprägte Abstinenzorientierung der Behandlung sei auf Grundlage der sog. PREMOS-Studie über die Effekte langfristiger Substitutionsbehandlung jedoch mit erhöhten negativen Verlaufsrisiken der Patienten assoziiert und daher nur selten gewinnbringend. In der Praxis ausschlaggebend seien vielmehr Wunsch des Patienten, Krankheitszustand und -verlauf sowie die Abwägung der Risiken und Chancen in jedem Einzelfall.⁷⁶ Auf lange Sicht solle durch die Stabilisierung eine Chance eröffnet werden, die Opiatabhängigkeit effektiver zu therapieren.⁷⁷

Gegen die Abgabe wird weiterhin hervorgebracht, sie führe zur Enttabuisierung von Heroin bzw. sei ein erster Schritt bis hin zur Legalisierung harter Drogen.⁷⁸ Den Kritikern zufolge solle das Hauptaugenmerk auf der Prävention und für Abhängige in erster Linie dem Entzug

⁶⁵ Verthein/Kuhn, (Fn. 31), S. 41 f.

⁶⁶ Verthein/Kuhn, (Fn. 31), S. 62.

⁶⁷ Löbmann, in: Haller/Jehle 2009, S. 194; Kiliás et al. in: Haller/Jehle 2009, S. 175 ff., 182.

⁶⁸ Köllisch/Löbmann, in: MschrKrim, 2008, S. 53.

⁶⁹ Kiliás/Rabasa, in: MschrKrim, 1998, 3.1.1.

⁷⁰ Kiliás/Rabasa, in: MschrKrim, 1998, 3.1.1.; Kiliás et al., Schlussbericht zu den Auswirkungen der Verschreibung von Betäubungsmitteln auf die Delinquenz von Drogenabhängigen, 2002, S. 83, 84.

⁷¹ Gschwend et al. in: TU Band 60, 2003 Heft 6, S. 357.

⁷² Vgl. EBBD Pressemitteilung 19.04.2012, S. 2; Verthein/Kuhn, (Fn. 31), S. 70.

⁷³ Schwind, (Fn. 5), § 27, Rn. 59a.

⁷⁴ Hauptmann, in: Kriminalistik 1999, 1, 21 f.; vgl. Schwind, (Fn. 5), § 27, Rn. 50 f.

⁷⁵ Wittchen et al. in: Suchtmedizin 2011, 13 (5), S. 253.

⁷⁶ Wittchen et al., in: Suchtmedizin 2011, 13 (5), S. 253.

⁷⁷ So auch Weber, (Fn. 2), § 1, Rn. 406.

⁷⁸ Vgl. Hauptmann, in: Kriminalistik 1999, 8, 519.

und der Abstinenz liegen. Dagegen könne das Angebot der diamorphingestützten Behandlung Einrichtungen der abstinentenorientierten Therapie gefährden, sofern hierdurch die Therapiewilligkeit der Abhängigen abnehme.⁷⁹

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Abgabe von Diamorphin als streng regulierte Alternative zu herkömmlichen Behandlungsformen wie der stationären Entgiftung ausgelegt ist. Sie ist Patienten vorbehalten, die aufgrund der negativen Folgen des langjährigen Konsums nicht oder nicht mehr auf andere Behandlungsmethoden ansprechen. Die Konzeption als „Therapie zweiter Wahl“⁸⁰ ist insoweit zu berücksichtigen. Desweiteren fällt bei genauerer Betrachtung auf, dass in Deutschland 6500 verfügbaren Plätzen⁸¹ zur stationären Entgiftung allein 77.500 Substitutionspatienten entgegenstehen. Somit könnte ein rein abstinentenorientiertes Programm zeitweilen lediglich einen Bruchteil aller Abhängigen erreichen, was die Relevanz einer Ausweitung der Behandlungsmöglichkeiten noch verstärkt.⁸²

Zudem muss die Ausrichtung des deutschen Betäubungsmittelrechts auf die Abstinenz hinterfragt werden. Selbst bei zunächst erlangter Abstinenz kann das Verlangen nach Heroin nicht völlig verdrängt werden. Es besteht insofern ein hohes Rückfallrisiko. Ein Rückfall kann zudem ernsthafte gesundheitliche Folgen durch die Entwöhnung des Körpers haben.⁸³

Auch ist zu trennen zwischen Enttabuisierung und Legalisierung von Heroin. Durch die Behandlung der Opiatabhängigkeit mit Diamorphin wird der dazu führende Konsum mit all seinen Folgen nicht legitimiert. Eine enttabuisierende Wirkung, insoweit, als der Desintegration und Stigmatisierung seitens der Gesellschaft entgegengewirkt werden kann, um so ein opiatfreies und eigenständiges Leben zu erleichtern, sollte jedoch befürwortet werden. Zudem lässt sich anführen, dass das Angebot der diamorphingestützten Behandlung das Spektrum von Möglichkeiten, gegen die Abhängigkeit vorzugehen erweitert und Patienten erreicht, die zuvor von keiner Behandlungsform profitierten.

Durch die Verringerung des illegalen Heroinkonsums kann weiterhin auch der illegale Rauschgifthandel ausgetrocknet werden.⁸⁴ Somit könnte die Diamorphinvergabe den Drogenmissbrauch in Deutschland langfristig reduzieren. Außer als Substitutionsmittel bleibt Heroin eine verkehrsunfähige, verschreibungsunfähige Substanz. Der unerlaubte Umgang mit Heroin zieht im Übrigen auch weiterhin repressive Maßnahme nach sich.

Verfechter der abstinentenorientierten Behandlung bemängeln schließlich, dass seitens der akzeptanzorientierten Studien zur Diamorphinsubstitution lediglich die Vorteile der Behandlung im Vordergrund der Forschungen

stünden. Es ermangele den Forschungsergebnissen an einer Auseinandersetzung mit Nachteilen wie einer befürchteten Sogwirkung der Behandlung.⁸⁵ Zieht man jedoch die engen Voraussetzungen für Patienten an die Aufnahme der Behandlung heran und ergänzend die (zumindest im Hellfeld) rückläufigen Zahlen begangener Betäubungsmitteldelikte mit Heroin⁸⁶, erscheint eine Sogwirkung eher unwahrscheinlich.

7. Zu hohe rechtliche Hürden für Substitutionspraxen

Kritik an der diamorphingestützten Substitutionsbehandlung wendet sich andererseits auch gegen deren rechtliche Voraussetzungen. Immer weniger qualifizierte Ärzte sind dazu bereit, selbst in der Substitution tätig zu werden.⁸⁷ Die Altersstatistik der substituierenden Ärzte in Deutschland zeigt, dass in 5 – 10 Jahren ein Großteil der zurzeit tätigen Ärzte in den Ruhestand wechseln wird.⁸⁸ Begründet wird dieser Trend u.a. damit, dass die rechtlichen Hürden zur Durchführung der Substitutionsbehandlung zu hoch seien.⁸⁹ So könnten die Kosten für die Anforderungen an Sicherheit sowie Personal zunächst vor großen Investitionen zur Einrichtung von Diamorphinabgabestellen abschrecken. Anfang Januar 2013 erfolgte daher durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) eine Änderung der Richtlinie „Methoden vertragsärztlicher Versorgung“ (MVBV-RL), die im Hinblick auf personelle und räumliche Anforderungen die Gründung und den Betrieb von Einrichtungen der Diamorphinbehandlung erleichtern sollte.⁹⁰ Erhebliche Erleichterungen sind bisweilen nicht ersichtlich, hohe Kosten für Personal und Sicherheitsvorkehrungen insofern weiterhin ein Problem. Es könnten zudem Ressentiments bzgl. des wenig attraktiven Themas der Heroinabhängigkeit in Betracht kommen.

Es steht auch die Möglichkeit in der Kritik, sich als Arzt bei Verstößen bei der Behandlung strafbar zu machen.⁹¹ In Betracht kommen insbesondere Straftaten nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6, Nr. 6 a BtMG, aber grundsätzlich alle Straftatbestände des § 29 BtMG. Ist eine Substitutionsbehandlung nach § 13 Abs. 1 BtMG unbegründet, kann sich ein dennoch behandelnder Arzt gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 strafbar machen. Bemängelte Rechtsunsicherheit bzgl. der Begründetheit könne laut Rspr. jedoch ausgeschlossen werden. Die Maßgaben einer begründeten Substitutionsbehandlung seien aus den §§ 13, 29 BtMG und § 5 BtMVV ersichtlich. Dem Bestimmtheitsgebot sei Rechnung getragen, da der Adressat der Strafnorm deren Voraussetzungen erkennen könne.⁹²

⁷⁹ Hauptmann, in: Kriminalistik, 1999, 8, 519.

⁸⁰ Pressemitteilung der EBBD vom 19.04.2012, S. 1.

⁸¹ Mortler, Drogenbeauftragte der Bundesregierung, [abgerufen am 26.07.2016 unter: <http://www.drogenbeauftragte.de/drogen-und-sucht/suchstoffuebergreifende-themen/suchthilfe.html>].

⁸² Vgl. Reuband, in: NP, 6/ 1989, S. 457 f.

⁸³ Vgl. Böhmer, in: PZ, 47/ 2015.

⁸⁴ BGH NJW 1991, 2359.

⁸⁵ Hauptmann, in: Kriminalistik, 1999, 1, 23.

⁸⁶ PKS 2015, S. 8.

⁸⁷ Ascheraden/Kunstmann/Scherbaum, in: Deutsches Ärzteblatt, 2013, 110 (25).

⁸⁸ Ascheraden/Kunstmann/Scherbaum, in: Deutsches Ärzteblatt, 2013, 110 (25).

⁸⁹ Langer et al., in: Suchtmedizin, 2011, 13 (5), S. 207.

⁹⁰ Drogenbericht 2015, S. 247.

⁹¹ Vgl. Beneker, im Artikel: „Ärzte stehen mit einem Bein im Knast“, Ärzte Zeitung, 23.10.2009.

⁹² NStZ 2012, 337, 338.

Vielfach muss bei vorliegendem Beikonsum jedoch abgewogen werden, ob dieser den Abbruch der Behandlung erfordert, oder dem Patientenwohl trotz Beikonsums die Weiterführung der Behandlung geschuldet ist, obwohl die Behandlung rechtlich nicht mehr begründet wäre. Dies könne sehr wohl zu Rechtsunsicherheiten führen.⁹³ Auch die Ausrichtung an der Abstinenz der Patienten könnte die Begründetheit der Behandlung in Frage stellen und damit Rechtsunsicherheiten und Zurückhaltung in den Reihen der Ärzte verursachen. Es sei laut *Mortler*, Drogenbeauftragte der Bundesregierung, jedoch zukünftig mit den Verbesserungen der Rahmenbedingungen für die Substitutionsbehandlung zu rechnen: „Ärzte sollen keine Angst mehr haben müssen, mit einem Fuß im Gefängnis zu stehen.“⁹⁴

8. Das Verhältnis von Kosten und Effektivität

Immer wieder werden die hohen Kosten der Diamorphinsubstitution kritisiert. So beliefen sich die Kosten der Diamorphinabgabe im Jahr 2006 pro Kopf und Jahr auf 19020 €. Die Kosten der Behandlung mit Methadon dagegen nur auf 3490 € pro Kopf und Jahr.⁹⁵

Diese auffallend hohe Differenz lässt sich einerseits auf höhere Preise des Heroins zurückführen. Ausschlaggebend dürften jedoch die erhöhten Sicherheitsvorkehrungen und Voraussetzungen für den Betrieb von Einrichtungen zur Diamorphinabgabe sein. Anders als in der Methadonsubstitution ist die Take-Home Vergabe nicht vorgesehen. Patienten müssen somit bis zu dreimal täglich zur überwachten Abgabe erscheinen. Entsprechend hohe Personalkosten aufgrund der täglich notwendigen Betreuung und vorgeschriebenen Öffnungszeiten sind daher ausschlaggebende Faktoren der Kostenentwicklung.

Der Kritik an den hohen Kosten ist entgegenzuhalten, dass die Behandlung auch zu Kosteneinsparungen führen könne.⁹⁶ So führt der bereits erwähnte Rückgang der Delinquenz auch zu Einsparungen, bspw. durch entfallende Kosten für Strafverfahren und Haftstrafen sowie entfallende Schäden durch Straftaten.⁹⁷

Auch die hohen Kosten der Krankenkassen würden kompensiert, da sich der gesundheitliche Zustand der Substituierten verbessert, Krankheiten wie HIV und Hepatitis könnten zudem durch den Rückgang von Infizierungen durch verunreinigtes Spritzbesteck eingedämmt werden.⁹⁸ Hierzu äußerte sich *Collmar*, Leiter von „release direkt“ in Stuttgart: „Wird nur eine HIV-Infektion verhindert, ist es ein volkswirtschaftlicher Gewinn.“⁹⁹ Desweiteren können Patienten, wenn sich ihr Gesundheits-

zustand stabilisiert hat, Ordnung in ihr Leben bringen, sich gesellschaftlich eingliedern, soziale Kontakte knüpfen und bestenfalls aktiv am Berufsleben teilhaben. So kommen in Deutschland durchgeführte Kosten-Effektivitäts-Analysen zu dem Ergebnis, die Behandlung mit Diamorphin führe im Ergebnis zu Einsparungen in Höhe von 6301 € pro Person und Jahr aufgrund verbesserter Gesundheit, sinkender Delinquenz und deren Folgekosten sowie gesteigerter Produktivität durch teilweise wiedererlangte Arbeitsfähigkeit. Bei der vergleichenden Gruppe Methadonsubstituierter komme es dagegen zu zusätzlichen Mehrkosten von 2179 € pro Person und Jahr.¹⁰⁰

Weitere, in der Schweiz und den Niederlanden durchgeführte Kosten-Effektivitäts-Analysen kamen grundsätzlich zu vergleichbaren Ergebnissen;¹⁰¹ der sozioökonomische Nutzen der Diamorphinsubstitution liege hier gar in Einsparungen von ca. 15.000 € (Schweiz)¹⁰² und ca. 12.793 € pro Jahr und Person in den Niederlanden.¹⁰³

Kritik an den Kosten bezog sich weiterhin auch auf die Zahl der zu erwartenden potentiellen Patienten der Diamorphinvergabe. So gingen die Erwartungen an die Nachfrage weit auseinander. Etwa wurde teilweise davon ausgegangen, ca. 80 000 Opiatabhängige hätten unter den Voraussetzungen des Modellversuchs einen Anspruch auf die Behandlung mit Diamorphin.¹⁰⁴ Viele Heroinabhängige seien bereits langjährig abhängig, insoweit könne ein Ausufern der Kosten, auch aufgrund ungenauer Behandlungsdauer zu erwarten sein.

Gegenstimmen zufolge, handele es sich um eine wesentlich überschaubarere Gruppe von etwa 1500;¹⁰⁵ bzw. 1000 – 3000 Opiatabhängigen,¹⁰⁶ die in Frage komme.

Vergleicht man diese Zahlen mit den heute mit Diamorphin Substituierten, so zeigt sich, dass sich deren Anzahl seit Einführung 2009 nur geringfügig vergrößert hat. So ist mit Eröffnung der Schwerpunktpraxis in Stuttgart 2014 künftig mit ca. 600 Patienten bundesweit zu rechnen.¹⁰⁷ Im Verhältnis zu den derzeit ca. 77 500 mit Methadon und anderen Mitteln behandelten Patienten, ist die Behandlung mit Diamorphin somit weiterhin als nachrangige Alternative gegenüber anderen Behandlungsmethoden zu betrachten.¹⁰⁸ Eine „Kostenexplosi-

⁹³ Vgl. VG Regensburg BeckRS 2013, 54731; *Meyer-Thompson*, „Ärzte sollen keine Angst mehr haben müssen, mit einem Fuß im Gefängnis zu stehen“ Anmerkungen zum Stand der Änderungen des Substitutionsrechts, 2014, S. 1.

⁹⁴ Zit. nach *Meyer-Thompson*, (Fn. 93), S. 1.

⁹⁵ EBDD, (Fn. 35), S. 88.

⁹⁶ Vgl. *Fischer et al.*, in: EJPB, 2002, 12, S. 233.

⁹⁷ EBDD, (Fn. 35), S. 88, 89; BT-Drs. 16/11515 S. 3.

⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/11515 S. 3.

⁹⁹ *Collmar*, in: Südwestpresse vom 29.09.2015, Diamorphin-Stelle: „Besser gesichert als jede Bank“.

¹⁰⁰ EBBD, (Fn. 35), S. 90; *Von der Schulenburg/Claes*, Gesundheitsökonomische Begleitforschung, 2006, S. 2 f.

¹⁰¹ Vgl. *Schaub/Bolliger/Hiltebrand*, Heroingestützte Behandlung – Veränderung der Klientel in der Schweiz und Review der Kostenanalysen, 2013, S. 39 ff., 48.

¹⁰² EBBD, (Fn. 35), S. 90; *Schaub/Bolliger/Hiltebrand*, (Fn. 101), S. 39 ff.; vgl. *Steffen et al.*, in: Suchttherapie 2000, 1, S. 32.

¹⁰³ EBBD, (Fn. 35), S. 90; *Dijkgraaf et al.*, in: BMJ 2005, 330 (7503) 1297.

¹⁰⁴ So *Eichhorn*, ehem. Drogenbeauftragte der CDU/CSU, Pressemitteilung vom 15.07.2008.

¹⁰⁵ So *Bätzing* (SPD), ehem. Drogenbeauftragte der Bundesregierung, SPIEGEL, 11.01.2007.

¹⁰⁶ Fraktion DIE LINKE, „Heroinsubstitution – Durchbruch in Sicht“, Nachricht vom 28.05.2009.

¹⁰⁷ Drogenbericht 2015, S. 247; Auskunft von *Dr. Zsolnai*, Schwerpunktpraxis Stuttgart.

¹⁰⁸ Drogenbericht 2015, S. 241, 247.

on¹⁰⁹ aufgrund signifikant steigender Nachfrage ist unter diesen Voraussetzungen mithin nicht zu erwarten.

III. Fazit

Zusammenfassend scheint die diamorphingestützte Behandlung für Schwerstabhängige, bei denen andere Therapieformen keine Wirkung zeigen, eine effektive Behandlungsform zu sein. Alle bisher durchgeführten Erhebungen bzgl. der Wirksamkeit im Vergleich zu Methadon weisen auf die Überlegenheit der Diamorphinbehandlung hin. Die behandelten Patienten können ihre gesundheitliche und soziale Lage verbessern, aber auch ihre Kriminalitätsrate verringern und damit Schaden und Kosten für die Allgemeinheit verhindern. Dieser volkswirtschaftliche Nutzen zahlt sich im Ergebnis trotz der erhöhten Kosten der diamorphingestützten Behandlung aus. Der persönliche Nutzen für die Behandelten darf zudem nicht durch rein ökonomische Aspekte aus den Augen verloren werden.

Die diamorphingestützte Behandlung bleibt, trotz ihrer Erfolge dennoch verbesserungswürdig. Die intravenöse Einnahme bietet gesundheitliche Risiken. Dabei wäre auch die orale Einnahme möglich, wie positive Erfahrungen

aus der Schweiz zeigen. Die Orientierung des BtMG an der Abstinenz der Patienten erscheint desweiteren zu einseitig, um dem Patientenwohl gerecht zu werden. Um bestmögliche Erfolge zu erreichen, erscheint es vielmehr zweckmäßig, über eine Abkehr von der Abstinenz als Hauptziel der Behandlung zu diskutieren und individuell an den Fähigkeiten und Voraussetzungen des Behandelten orientiert, die Ziele der Behandlung festzulegen. Die Stabilisierung eines gesellschaftlich integrierten Substitutionspatienten, der daraufhin wieder am sozialen Leben teilhaben kann, sollte gefördert werden, anstatt lediglich das Ziel der Abstinenz zu verfolgen und durch dessen verfrühte Einleitung das Risiko eines Rückfalls mit gravierenden körperlichen und geistigen Folgen zu riskieren. Es bleibt dabei anzumerken, dass eine Förderung der Diamorphinbehandlung, u.a. auch durch Lockerungen der engen Voraussetzungen, nicht eine Verdrängung anderer Behandlungsmethoden zum Ziel haben darf, sondern die Behandlung als gleichwertige Alternative zu etablieren.

Die zukünftige Entwicklung im Bereich der Suchttherapie bleibt abzuwarten. Es wäre jedoch zu begrüßen, wenn der (Diamorphin-) Substitution und ihren Erfolgen mehr Würdigung und insbesondere mehr Aufmerksamkeit und Verständnis in der Öffentlichkeit zukäme.

¹⁰⁹ Gesundheitsdezernentin *Bredehorst*, Nachricht der Stadt Köln vom 26.03.2010.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

1111. BVerfG 1 BvR 1766/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 30. Oktober 2016 (AG München)

Akteneinsichtsrecht für den Verletzten einer Straftat (Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung; unterlassene Anhörung als nicht heilbarer Verfahrensfehler); materielle Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erfordernis der Erhebung einer erst nach Abschluss des Verfahrens zulässigen Beschwerde).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 GG; § 406e Abs. 1 StPO; § 406e Abs. 4 StPO

1112. BVerfG 2 BvL 1/15 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 21. September 2016 (LG Berlin)

Verfassungswidrigkeit der Blankettstrafvorschrift des Rindfleischetikettierungsgesetzes (konkrete Normenkontrolle; Richtervorlage; verfassungsgerichtliche Kontrolle unionsrechtlich determinierter Vorschriften bei Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten; Bestimmtheitsgebot; Freiheitsgrundrecht; Zulässigkeit gesetzlicher Verweisungen; Blankettstrafgesetze; hinreichende Bestimmtheit der Verweisungsnorm; Verweisung auf Rechtsverordnungen; Verweisung auf Unionsrecht; Erkennbarkeit des strafbewehrten Verhaltens bereits anhand des verweisenden Gesetzes; Bestimmtheit von Verordnungsermächtigungen; Unzulässigkeit pauschaler Blankoermächtigungen).

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 13 Verordnung (EG) Nr. 1760/2000; § 1 RiFIEtikettG; § 10 Abs. 1 RiFIEtikettG; § 10 Abs. 3 RiFIEtikettG; § 1 Abs. 1 RiFIEtikettStrV

1113. BVerfG 2 BvR 517/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Oktober 2016 (OLG Hamm / LG Paderborn)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Grad der Wahrscheinlichkeit; steigende Anforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer; Erörterung besonderer Umstände; Therapiestillstand; Therapieverweigerung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

1114. BVerfG 2 BvR 1275/16 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Oktober 2016 (Brandenburgisches OLG)

Fortdauer der Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Unschuldvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen; keine Rechtfertigung von dem Staat zurechenbaren Verfahrensverzögerungen durch Schwere der Tat oder längerfristige Überlastung des Gerichts; Untersuchungshaft von mehr als einem Jahr bis zum Beginn der Hauptverhandlung allenfalls in besonderen Ausnahmefällen; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; Offenlegung der angewendeten Maßstäbe; widersprüchliche Wertungen; Geltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auch bei Haftverschonung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis nach Außervollzugsetzung des Haftbefehls insbesondere bei freiheitsbeschränkenden Auflagen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 116 StPO

1115. BVerfG 2 BvR 2275/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. November 2016 (LG Traunstein)

Verfassungswidrige Versagung wirksamen Eilrechtsschutzes im Strafvollzug (Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes; Recht auf wirksame Kontrolle auch im Eilverfahren; Eilantrag gegen eine Fesselungsanordnung; willkürliches Absehen von einer Anhörung der Justizvollzugsanstalt).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 Satz 2 StVollzG

1116. BVerfG 2 BvR 2921/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. November 2016 (OLG Zweibrücken / LG Landau in der Pfalz)

Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Freiheitsgrundrecht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; integrative Betrachtung; Begründungstiefe; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte; einzelfallbezogene Gefährlichkeitsprognose; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Grad der Wahrscheinlichkeit; steigende Anforderungen mit zunehmender Unterbringungsdauer; Bezugnahme auf das Anlassdelikt; erörterungsbedürftige Aspekte im Einzelfall; Vollzugsverhalten; Bewährungsversagen; fehlende Behandlungsaussichten;

milderes Mittel; Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht; Entlassung in eine Wohnrichtung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

1117. BGH 3 StR 232/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2016 (LG Verden)

Keine Kostenerstattung für Revision des Nebenklägers bei Zurücknahme der zuungunsten des Angeklagten eingeleiteten Revision durch die Staatsanwaltschaft.

§ 473 StPO

1118. BGH 3 StR 245/16 – Beschluss vom 20. Oktober 2016 (LG Mainz)

Vollstreckungshindernis wegen Nichtbeachtung des auslieferungsrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes.

§ 83h Abs. 1 IRG

1119. BGH 3 StR 245/16 – Beschluss vom 20. Oktober 2016 (LG Mainz)

Unterlassene Bestimmung des Anrechnungsmaßstabs für im Ausland erlittene Untersuchungshaft.

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

1120. BGH 3 StR 268/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2016 (LG Kleve)

Fehlende formgerechte Begründung der Revision (Unterschrift der Revisionsbegründung durch Sozietätskollegin „pro abs.“ für den Pflichtverteidiger); Ende der Wahlvertretung mit Bestellung zum Pflichtverteidiger.

§ 345 Abs. 2 StPO; § 141 StPO; § 143 StPO

1121. BGH 3 StR 289/16 – Beschluss vom 2. November 2016 (LG Aurich)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1122. BGH 3 StR 302/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Lüneburg)

Betrug (konkurrenzrechtliche Beurteilung innerhalb einer Deliktserie; Tateinheit; Tatmehrheit; Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale; individueller Tatbeitrag; Förderung mehrerer Einzeltaten gleichzeitig durch Mitwirkung im Vorfeld; Aufbau und Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1123. BGH 3 StR 49/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Lüneburg)

BGHSt; Beihilfe zum Massenmord im Konzentrationslager „Auschwitz“ (Hilfeleisten; Förderung der Tat; Kausalität; psychische Beihilfe; Organisationsapparat; staatlich organisierte Massenverbrechen; hierarchische Befehlskette; Zusammenwirken über mehrere Ebenen; Völkermord an den europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland).

§ 211 StGB; § 27 StGB

1124. BGH 3 StR 49/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Lüneburg)

Unzulässigkeit der allein mit der in allgemeiner Form erhobenen Sachrüge begründeten Revision des Nebenklägers.

§ 400 Abs. 1 StPO

1125. BGH 3 StR 328/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2016 (LG Lüneburg)

Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs bei Vorfinden des Gegenstands am Tatort.

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB

1126. BGH 3 StR 352/16 – Beschluss vom 13. Oktober 2016 (LG Koblenz)

Fortbestehende Verantwortlichkeit des formellen („Strohmann“-)Geschäftsführers neben einem faktischen Geschäftsführer (öffentlich-rechtliche Pflichten; Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen).

§ 14 StGB

1127. BGH 5 StR 162/16 – Urteil vom 25. Oktober 2016 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Prüfungsumfang im Revisionsverfahren; unvertretbar niedrige Einzel- und Gesamtstrafen; Bemessung der Einzelstrafen mit Blick auf mögliche Bewährung); Verfall (entgegenstehende Ansprüche Dritter; unterlassene Feststellung im Urteil).

§ 46 StGB; § 56 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

1128. BGH 5 StR 234/16 – Beschluss vom 26. Oktober 2016 (LG Kiel)

Änderung des Adhäsionsausspruchs.

§ 404 StPO

1129. BGH 5 StR 255/16 – Urteil vom 25. Oktober 2016 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte tatrichterliche Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit; überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Prüfungsumfang im Revisionsverfahren; Aussage-gegen-Aussage-Konstellation); Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe (wertende Gesamtbetrachtung; Beurteilungsspielraum).

§ 261 StPO; § 25 StGB; § 27 StGB

1130. BGH 5 StR 330/16 – Beschluss vom 8. November 2016 (LG Itzehoe)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1131. BGH 5 StR 396/16 – Beschluss vom 26. Oktober 2016 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhaft unterbliebener Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussanträge (teilweise Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit; Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich; Beruhen, Strafausspruch; niedrige Beweggründe).

§ 171b GVG; § 211 StGB

1132. BGH 5 AR (Vs) 44/16 – Beschluss vom 26. Oktober 2016 (OLG Celle)

Zurückweisung der Erinnerung gegen den Kostenansatz als unbegründet.

§ 81 Abs. 1 GNotKG

1133. BGH 5 StR 408/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2016 (LG Hamburg)

Berücksichtigung von Art und Menge des Rauschgifts für den Unrechtsgehalt der Tat im Betäubungsmittelstrafrecht; Glaubhaftmachung beim Befangenheitsantrag; Beweiswürdigung.

§ 29 BtMG; § 26 StPO; § 261 StPO

1134. BGH 5 StR 437/16 – Beschluss vom 8. November 2016 (LG Berlin)

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

1135. BGH 5 StR 444/16 – Beschluss vom 9. November 2016 (LG Görlitz)

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

1136. BGH 5 StR 487/16 – Beschluss vom 8. November 2016 (LG Berlin)

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

1137. BGH AK 46/16 – Beschluss vom 31. August 2016

Gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtete geheimdienstliche Agententätigkeit (Weiterleitung von Informationen; politische Betätigung; terroristische Vereinigung; Strafverfolgungsmonopol); Beweiswert einer Behördenerklärung (Nachrichtendienst; Bundesamt für Verfassungsschutz; Einzelfallprüfung)
§ 99 StGB; § 261 StPO

1138. BGH AK 53/16 – Beschluss vom 20. Oktober 2016

Prüfungsgegenstand im Haftprüfungsverfahren (vorgelegter Haftbefehl; geschilderter Lebenssachverhalt; rechtliche Würdigung; Verkündung des erweiterten Haftbefehls); dringender Tatverdacht der Beteiligung an einer außereuropäischen terroristischen Vereinigung („Islamischer Staat“); Fortdauer der Untersuchungshaft.
§ 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

1139. BGH AK 55/16 AK 56/16 – Beschluss vom 10. November 2016

Dringender Tatverdacht der Beteiligung an einer außereuropäischen terroristischen Vereinigung; Fortsetzung der Untersuchungshaft (Fluchtgefahr; Schwerekriminalität; Verhältnismäßigkeit).
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

1140. BGH AK 55/16 AK 56/16 – Beschluss vom 10. November 2016

Dringender Tatverdacht der Beteiligung an einer außereuropäischen terroristischen Vereinigung; Fortsetzung der Untersuchungshaft (Fluchtgefahr; Schwerekriminalität; Verhältnismäßigkeit).
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

1141. BGH StB 30/16 – Beschluss vom 29. September 2016

Dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung („Oldschool Society“); Beschwerde gegen Haftfortdauerbeschluss (Prüfungsumfang im Beschwerdeverfahren; Anforderungen an die Darstellung des bisherigen Verfahrensgeschehens; Ergebnis der Beweisaufnahme; Bezugnahme auf frühere

Haftfortdauerentscheidungen); Haftgrund der Schwerekriminalität (Verhältnismäßigkeit; einschränkende Auslegung; Berücksichtigung von Haftgründen; erforderliche Wahrscheinlichkeit); Beschleunigungsgebot (krankheitsbedingte Unterbrechung; berechnete Regenerations- und Erholungsinteressen der Verfahrensbeteiligten).

§ 129a StGB; § 112 StPO; § 121 StPO; § 229 StPO; § 304 StPO; Art. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1142. BGH StB 31/16 – Beschluss vom 13. Oktober 2016

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes unter Androhung von Ordnungshaft für den Fall der Nichtbetreibbarkeit durch den Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs.

§ 304 Abs. 5 StPO; § 70 StPO

1143. BGH StB 32/16 – Beschluss vom 13. Oktober 2016

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes unter Androhung von Ordnungshaft für den Fall der Nichtbetreibbarkeit durch den Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs.

§ 304 Abs. 5 StPO; § 70 StPO

1144. BGH StB 35/16 – Beschluss vom 2. November 2016

Haftgrund der Fluchtgefahr (durch Verurteilung konkretisierte Straferwartung als Fluchtanreiz; Nettostrafverurteilung; Berücksichtigung einer möglichen Reststrafenaussetzung).

§ 112 StPO; § 57 StGB; § 88 JGG

1145. BGH 1 StR 347/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Strafzumessung (Darstellung im Urteil: erforderliche Erörterung der Auswirkungen des Gesamtstrafenübels auf das künftige Leben des Angeklagten).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1146. BGH 1 StR 366/16 – Beschluss vom 13. Oktober 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHR; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung des Grenzwerts der nicht geringen Menge: Pentadron); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Täterschaft und Teilnahme: erforderlicher Einfluss auf den Einfuhrvorgang).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1147. BGH 1 StR 372/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (LG München I)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Begriff der schweren Beleidigung; Begriff des auf der Stelle zur Tat hingerissenen-Werdens).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

1148. BGH 1 StR 470/16 – Beschluss vom 12. Oktober 2016 (LG Landshut)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des symptomatischen Zusammenhangs zwischen Tat und Hang, Rauschmittel im Übermaß zu konsumieren).

§ 64 StGB

1149. BGH ER 1 BGs 107/16 2 BJs 166/16-7 – Beschluss vom 27. Oktober 2016

BGHR; Postbeschlagnahme (Auskunftsanspruch gegenüber dem Postunternehmen als von § 99 StPO erfasste Minusmaßnahme: keine Erstreckung auf Postsendungen, die sich nicht mehr im Gewahrsam des Postunternehmens befinden, Eingriff in das Postgeheimnis nur bei hinreichend normenklarer Ermächtigungsgrundlage, keine analoge Anwendung des § 94 StPO).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 99 StPO; § 94 StPO

1150. BGH ER 1 BGs 125/16 (1 ARs 1/16) – Beschluss vom 11. November 2016

Entscheidung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs über die Erhebung von Beweisen im Rahmen eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses (hier: NSU-Untersuchungsausschuss, Ladung von Edward Snowden als Zeugen; Umfang des Beweiserhebungsrechts; Begriff der Beweiserhebung: Vollzug eines Beweisbeschlusses; Frist für die gerichtliche Geltendmachung des Beweiserhebungsrechts: keine analoge Anwendung von § 64 Abs. 3 BVerfGG).

§ 17 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 PUAG; § 64 Abs. 3 BVerfGG

1151. BGH 2 StR 19/16 – Beschluss vom 1. September 2016 (LG Köln)

Tötungsvorsatz bei Mittätern (erforderliche Gesamtschau für jeden einzelnen Tatbeteiligten).

§ 212 StGB; § 16 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1152. BGH 2 StR 27/16 – Urteil vom 22. September 2016 (LG Aachen)

BGHSt; Anfrageverfahren (Bindungswirkung des Anfragebeschlusses erst durch zustimmenden Antwortbeschluss, keine Bindung einer Sitzgruppe eines Senats an die Rechtsansicht einer anfragenden anderen Sitzgruppe desselben Senats); räuberische Erpressung (Begriff des Vermögensnachteils: rechtswidriger Besitz von Betäubungsmitteln als geschütztes Vermögen); unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit: Bewertungseinheit bei späterer Rückabwicklung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 132 GVG; § 253 StGB; § 255 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB; § 261 StPO

1153. BGH 2 StR 330/16 – Beschluss vom 6. Oktober 2016 (LG Bonn)

BGHSt; nachträgliche Verweisung der Sache an ein höheres Gericht (Zulässigkeit: grundsätzliche Perpetuierung der Zuständigkeitsentscheidung im Eröffnungsbeschluss, grundsätzlich keine Verweisung bei nachträglich veränderter Einschätzung der Sach- oder Rechtslage: Mehraufwand durch gescheiterte Verständigung, Maßstab der vollständigen Sachaufklärung; Korrektur der Zuständigkeitsentscheidung; eingeschränkte Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht: nur Grundrechtsverstöße).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 270 StPO; § 6 StPO § 24 Abs. 1 Satz 1 GVG; § 257c StPO; § 202a StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1154. BGH 2 StR 352/15 – Beschluss vom 7. September 2016 (LG Aachen)

Anordnung des Verfalls (Vermögensmehrung bei einem Unternehmen, für das der Täter tätig geworden ist: Unternehmen als Drittbegünstigter, nur ausnahmsweise Erlangtes beim Täter).

§ 73 Abs. 1, 3 StGB; § 14 StGB; § 442 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 431 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 440 StPO; § 441 StPO

1155. BGH 2 StR 383/15 – Urteil vom 21. Juli 2016 (LG Gera)

Umfang der Aufklärungspflicht (Entscheidung über außerhalb der Hauptverhandlung gegebene Beweisanregungen, Ladung von Auslandszeugen); tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung einer sachverständig durchgeführten molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung im Urteil).

§ 244 Abs. 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1156. BGH 2 StR 43/16 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Frankfurt a. M.)

(Wohnungs-)Einbruchdiebstahl (Versuchsbeginn erst mit unmittelbarem Ansetzen zur Tathandlung des Grunddelikts).

§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

1157. BGH 2 StR 493/15 – Urteil vom 10. August 2016 (LG Erfurt)

Versuch (unmittelbares Ansetzen bei Eigentums- oder Körperverletzungsdelikten in der Wohnung des Opfers); Nichtanzeige geplanter Straftaten (keine Anzeigenpflicht des an der Planung beteiligten, auch wenn es noch nicht zu einer strafbaren Beteiligung gekommen ist); tatrichterliche Beweiswürdigung.

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 242 StGB; § 223 StGB; § 138 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1158. BGH 2 StR 497/15 – Beschluss vom 20. September 2016 (LG Meiningen)

Betrug durch Beantragung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses (Vermögensschaden: keine schadensgleiche Vermögensgefährdung bei zuvor aufgehobenem Vollstreckungsbescheid).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 829 Abs. 1 ZPO; § 717 ZPO

1159. BGH 2 StR 504/15 – Urteil vom 24. August 2016 (LG Köln)

Strafmilderung wegen verringerter Schuldfähigkeit (Ermessensentscheidung des Tatrichters: eingeschränkte revisionsrechtliche Kontrolle; regelmäßig kein geringer Schuldgehalt bei zu verantwortender Trunkenheit, wenn dadurch Risiko der Begehung von Straftaten erhöht); besonders schwere Vergewaltigung (Begriff der sexuellen Handlung: bereits objektiv sexualbezogene Handlung ausreichend; Verhältnis zu vorherigen Körperverletzungshandlungen: Konsumtion); Strafzumessung (keine strafschärfende Berücksichtigung des Fehlens verständlicher Motive); Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzung eines kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 2, Abs. 8 Nr. 2 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 46a Abs. 1 StGB

1160. BGH 2 StR 86/16 – Urteil vom 5. Oktober 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Begriff der prozessualen Tat.
§ 264 StPO

1161. BGH 4 StR 239/16 – Urteil vom 13. Oktober 2016 (LG Waldshut-Tiengen)

BGHR; Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert; Wertgrenze abweichend von Straßenverkehrsdelikten; Verhältnis zum strafbaren Umgang mit explosionsgefährlichen Stoffen); bandenmäßiges unerlaubtes Handeln mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff der Bande: Verkäufer und Erwerber in andauernder Geschäftsbeziehung); Begründung eines freisprechenden Urteils (im Einzelfall erforderliche Feststellungen zur Person des Angeklagten); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 308 Abs. 1 StGB; § 315b StGB; § 315c StGB; § 40 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 27 Abs. 1 SprengG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 46 StGB

1162. BGH 4 StR 293/16 – Beschluss vom 28. September 2016 (LG Essen)

Bankrott (Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung durch die Tathandlung; Kausalität).
§ 283 Abs. 2 StGB

1163. BGH 4 StR 320/16 – Urteil vom 29. September 2016 (LG Waldshut-Tiengen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil: kein Stützen auf rein abstrakt-theoretisch mögliche Geschehensabläufe, Abweichen von der Einschätzung eines Sachverständigen: Darstellung im Urteil, Wiedergabe der Ausführungen des Sachverständigen).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1164. BGH 4 StR 391/16 – Beschluss vom 27. September 2016 (LG Bielefeld)

Aussetzung (Verhältnis zu einem durch die Aussetzungshandlung versuchten Tötungsdelikt: Gesetzeskonkurrenz).
§ 221 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

1165. BGH 4 StR 400/16 – Beschluss vom 15. September 2016 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil: Anschluss an ein Sachverständigengutachten).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1166. BGH 4 StR 78/16 – Beschluss vom 12. Oktober 2016 (LG Krefeld)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1167. BGH GSSt 1/16 – Beschluss vom 15. Juli 2016 (LG Köln)

BGHSt; Verbot der Verwertung einer vor der Hauptverhandlung gemachten Zeugenaussage bei Berufung auf

Zeugnisverweigerungsrecht (kein umfassendes Verwertungsverbot: zulässige Vernehmung der richterlichen Verhörsperson; erforderliche Belehrung des Zeugen bei richterlicher Vernehmung; keine Belehrung über Reichweite des Verwertungsverbots erforderlich; erforderliche Gesamtregelung durch den Gesetzgeber); Vorlageverfahren (erforderliche Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Rechtsfrage).
§ 252 StPO; § 52 StPO; § 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG

1168. BGH StbSt (R) 1/15 – Beschluss vom 11. Dezember 2015 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; Bindungswirkung der tatsächlichen Feststellungen eines Strafurteils für ein berufsgerichtliches Verfahren (keine Bindungswirkung bei offensichtlich unrichtigem oder aus rechtsstaatlichen Gründen unverwertbarem Sachverhalt: rechtswidrige Verständigung über verfahrensfremde Vorwürfe, kein absoluter Lösungsgrund, Darlegungslast des Revisionsführers); Steuerhinterziehung (Begriff des Machens unrichtiger Angaben: keine Täuschung und kein Irrtum erforderlich).
§ 109 Abs. 3 StBerG; § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

1169. BGH 1 StR 204/16 – Beschluss vom 23. August 2016 (LG Lübeck)

Verfall des Wertersatzes (erlangtes „etwas“ der Steuerhinterziehung; Behandlung verbrauchssteuerpflichtiger Waren; ersparte Aufwendungen); Einziehung (verbrauchssteuerpflichtige Erzeugnisse; Charakterisierung als Nebenstrafe).
§ 73 StGB; 74c StGB; 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; 375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO

1170. BGH 1 StR 334/16 – Beschluss vom 9. August 2016 (LG Deggendorf)

Verlesung von Niederschriften über Zeugenaussagen (stillschweigende Zustimmung zur vernehmungsersetzenden Verlesung).
§ 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO

1171. BGH 1 StR 377/16 – Beschluss vom 8. September 2016 (LG Ulm)

Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot (hinreichende Bestimmtheit von Weisungen während der Führungsaufsicht); Anforderungen an einen Führungsaufsichtsbeschluss.
Art. 103 Abs. 2 GG; § 68b Abs. 1, 2 StGB; § 145a Satz 1 StGB

1172. BGH 1 StR 402/16 – Urteil vom 12. Oktober 2016 (LG Nürnberg/Fürth)

Betrug (Abgrenzung zum Trickdiebstahl); Diebstahl (Trickdiebstahl; Gewahrsamsübergang; Mitgewahrsam).
§ 242 Abs. 1 StGB; §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; 263 Abs. 1 StGB

1173. BGH 1 StR 420/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Stuttgart)

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

1174. BGH 1 StR 52/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Mannheim)

Verwerfung der sofortigen Beschwerde als unzulässig.
§ 304 Abs. 4 Satz 1 StPO

1175. BGH 1 StR 99/16 – Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Hildesheim)

Tatzeitprinzip (Anwendbarkeit des Regelbeispiels einer alten Fassung); Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt der Hinterziehung von Veranlagungssteuern.
§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO aF; § 2 Abs. 1, 2 StGB

1176. BGH 2 StR 6/16 – Beschluss vom 24. August 2016 (LG Köln)

Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit; besonders schwerer Fall des Diebstahls und des Betrugs.
§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

1177. BGH 2 StR 197/16 – Beschluss vom 1. September 2016 (LG Aachen)

Bandendiebstahl (Rückschluss auf eine konkludente Bandenabrede).
§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1178. BGH 2 StR 22/16 – Urteil vom 10. August 2016 (LG Schwerin)

Bandenmäßiges und bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (konkludente Bandenabrede; geringfügige Überschreitung des Grenzwertes); Mittäterschaft (Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme beim bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge); Verfall (mittäterschaftliche Zurechnung der Erlangung; Gesamtschuldverhältnis); Waffenbegriff (Elektroimpulsgeräte; Mitsichführen); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfung).
§ 29a Abs. 2 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; 73a Satz 1 StGB; § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe a WaffG; § 73c Abs. 1 StGB

1179. BGH 2 StR 272/16 – Beschluss vom 19. Oktober 2016 (LG Aachen)

Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen.
§ 353 Abs. 1 und 2 StPO

1180. BGH 2 StR 278/16 – Beschluss vom 22. September 2016 (LG Gießen)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Entscheidung über einen Härteausgleich).
§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB

1181. BGH 2 StR 300/16 – Beschluss vom 14. September 2016 (LG Aachen)

Unrecht und Schuld einer Betäubungsmittelstrafat (Bestimmung der Wirkstoffkonzentration); Schätzung unter Anwendung des Zweifelsatzes (Herkunft, Preis, Handelsstufe); Wertverfall (Feststellungen zu erzielten Einnahmen).
§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 73c Abs. 1 StGB

1182. BGH 2 StR 326/16 – Beschluss vom 5. Oktober 2016 (LG Erfurt)

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

1183. BGH 2 StR 376/16 – Beschluss vom 14. September 2016 (LG Frankfurt am Main)

Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe (Eigennützigkeit des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge); Verhältnis von Beihilfe zum Handeltreiben und unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

1184. BGH 2 StR 62/16 – Beschluss vom 29. September 2016 (LG Darmstadt)

Verhältnis des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

1185. BGH 4 StR 145/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Essen)

Absehen von der Auferlegung der Verfahrenskosten (Ermessensentscheidung des Tatrichters); Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde gegen die Kostenentscheidung.
§ 464 Abs. 3 StPO; § 465 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 109 Abs. 2 i.V.m. § 74 JGG

1186. BGH 4 StR 174/16 – Beschluss vom 12. Oktober 2016 (LG Essen)

Mitteilungspflicht über Verständigungsgespräche.
§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO

1187. BGH 4 StR 192/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Münster)

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel bei der Einziehung von Speichermedien).
§ 201a Abs. 4 StGB aF; § 74 StGB; 74a StGB; § 74b Abs. 2 StGB

1188. BGH 4 StR 254/16 – Urteil vom 27. Oktober 2016 (LG Siegen)

Nichtanzeige geplanter Straftaten; Konkurrenzen.
§ 138 StGB

1189. BGH 4 StR 298/16 – Beschluss vom 13. Oktober 2016 (LG Detmold)

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

1190. BGH 4 StR 352/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Essen)

Antrag des Verletzten; Prozesskostenhilfe (ausdrückliche Stellung eines Entschädigungsantrages).
§ 404 Abs. 1 Satz 1 StPO

1191. BGH 4 StR 354/16 – Beschluss vom 26. Oktober 2016 (LG Bad Kreuznach)

Urkundenfälschung (Gebrauchmachen; Mehrfachgebrauch); Konkurrenzen.
§ 267 Abs. 1, 3. Alt. StGB

1192. BGH 4 StR 408/16 – Beschluss vom 26. Oktober 2016 (LG Frankenthal)

Maßregelentscheidung (Begriff des Hangs); Verbot der Schlechterstellung (Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 64 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 3 StPO

1193. BGH 4 StR 430/16 – Beschluss vom 12. Oktober 2016 (LG Münster)

Verhältnis von Besitz kinderpornographischer Schriften und dem erfolgreichen Unternehmen des Sich-Verschaffens solcher Schriften (Konkurrenzen).
§ 184b Abs. 4 StGB, § 52 StGB; § 53 StGB