

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; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,
(Univ. Leipzig); 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

Lucas Tomiak, Bonn – **Direkter Tötungsvorsatz und Straftzumessung** Zugl.
Anm. zu BGH HRRS 2017 Nr. 63 S. 225

Wiss. Mit. Tamara Schneider, LMU München – **Neues zur Vermögensbetreu-
ungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkas-
sen** Anmerkung zu BGH HRRS 2016 Nr. 974 S. 231

OStA Dr. Dagmar Schubert, Verden (Aller) – **Unter Vorbehalt** S. 236

Entscheidungen

EGMR **Formalistische Handhabung der Wiedereinsetzung in den vori-
gen Stand (Brauer v Germany)**

BVerfG **Keine Einstweilige Anordnung gegen das Vorratsdatenspeiche-
rungsgesetz**

BGHSt **Schwere Körperverletzung bei dauerhaftem Verlust der Ge-
brauchsfähigkeit eines Körpergliedes**

BGHSt **Beweiswürdigung bei Führung eines KFZ unter Cannabisein-
fluss**

BGHSt **Keine Auswirkungen der Rückführungsrichtlinie im Strafrecht**

BGH **Beihilfe durch berufstypische Handlungen des Rechtsanwalts**

BGH **Bankrott und Gläubigerbegünstigung nach Wegfall der Rege-
lungen zu eigenkapitalersetzenden Darlehen**

Die Ausgabe umfasst 70 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; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Leipzig); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; 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. (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 Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel).

ISSN 1865-6277

18. Jahrgang, Mai 2017, Ausgabe

5

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

447. EGMR Nr. 24062/13 – Urteil der 5. Kammer vom 1. September 2016 (Brauer v. Deutschland).

Konkretes und wirksames Recht auf Zugang zu einem Gericht (Anwendbarkeit auf Rechtsmittelgerichte; Einschränkung durch Fristen: grundsätzliche Zulässigkeit, Gebot der Verhältnismäßigkeit und der konkreten und wirksamen Auslegung der EMRK, Vereinbarkeit der einwöchigen Revisionseinlegungsfrist nach deutschem Recht mit der EMRK, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 341 Abs. 1 StPO; § 44 StPO

1. Die Festlegung einer gesetzlichen Frist für die Revisionseinlegung ist zur Sicherstellung einer geordneten Rechtspflege und insbesondere zur Wahrung der Rechts-

sicherheit unerlässlich. Wegen der geringen Anforderungen an die Revisionseinlegung und der Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand wirft die sehr kurze Revisionseinlegungsfrist von einer Woche nach § 341 Abs. 1 StPO deshalb keine Fragen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auf.

2. Besondere Umstände können aber – vorliegend das Zusammentreffen der psychischen Erkrankung des Beschwerdeführers, seine rechtlich wie persönlich schwierige Lage, die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und Zustellungsprobleme bei der Revisionseinlegung sowie darüber hinaus die fehlende aktive Unterstützung durch seinen Verteidiger – das Verschulden des Beschwerdeführers bei der Revisionseinlegung bei einem falschen Gericht derart verringern, dass eine

verwehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Hinblick auf den Zweck, der mit einer Revisionseinlegungsfrist verfolgt wird, unverhältnismäßig ist und eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellt.

3. Art. 6 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten nicht, Rechtsmittel- oder Kassationsgerichte vorzusehen. Bestehen solche Gerichte jedoch, so müssen die Garantien des Art. 6 EMRK erfüllt sein.

4. Das „Recht auf ein Gericht“, welches das Recht auf Zugang zu einem Gericht als einen Teilaspekt miteinschließt, ist kein absolutes Recht; es unterliegt implizit zulässigen Einschränkungen. Dies gilt insbesondere, wenn es um die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Rechtsmittels geht. Gleichwohl müssen Einschränkungen des Gerichtszugangs einer Person ein rechtmäßiges Ziel verfolgen, sie müssen verhältnismäßig sein und sie dürfen den Zugang nicht dergestalt oder soweit einschränken, dass das Recht in seinem Kerngehalt beeinträchtigt wird. Dies gilt insbesondere für die gerichtliche Auslegung von Verfahrensvorschriften wie beispielsweise Fristen zur Einreichung von Unterlagen oder zur Einlegung von Rechtsmitteln.

5. Im Interesse der Rechtssicherheit und der geordneten Rechtspflege sind die nach dem innerstaatlichen Recht geltenden Fristen im Allgemeinen einzuhalten und durchzusetzen. Sie müssen allerdings in außergewöhnliche Fällen mit Flexibilität gehandhabt werden, damit gewährleistet ist, dass der Gerichtszugang nicht konventionswidrig eingeschränkt wird. Eine rein formalistische Betrachtung kann insofern dem Grundsatz einer praktikablen und wirksamen Anwendung der Konvention zuwiderlaufen.

409. BVerfG 1 BvQ 42/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2016

Vorratsdatenspeicherungsgesetz (erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; strenge Maßstäbe für die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes; keine besonders schweren Nachteile; konkretisierte Beeinträchtigung durch Datenspeicherung erst bei Abruf der Daten; Trennbarkeit von Verkehrsdaten und Kommunikationsinhalten beim SMS; schwerwiegender Eingriff in das Fernmeldegeheimnis durch Abruf der gespeicherten Telekommunikations-Verkehrsdaten; qualifizierte Voraussetzungen für den Abruf; keine Aussetzung aufgrund Unionsrechts).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 100g StPO; § 101a StPO; § 101b StPO; § 113a TKG; § 113b TKG

1. Die vorläufige Außerkraftsetzung eines Gesetzes im Wege einer einstweiligen Anordnung ist wegen des damit verbundenen erheblichen Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nur aus besonders gewichtigen Gründen zulässig. Insofern ist von entscheidender Bedeutung, ob die Nachteile irreversibel oder nur sehr schwer revidierbar sind.

2. Eine Aussetzung der durch das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten (Vorratsdatenspeicherungsgesetz) neu geschaffenen §§ 113a und 113b TKG scheidet aus. Die

dort angeordnete Datenspeicherung verdichtet und konkretisiert sich erst mit dem Abruf der Daten zu einer möglicherweise irreparablen Beeinträchtigung der Freiheit und Privatheit der Betroffenen. Auch das Gewicht eines denkbaren Einschüchterungseffekts hängt maßgeblich davon ab, unter welchen Voraussetzungen die bevorrateten Daten abgerufen und verwertet werden können.

3. Ein besonders schwerer Nachteil ergibt sich auch nicht daraus, dass beim Short Message Service (SMS) Verkehrsdaten und Kommunikationsinhalte möglicherweise nicht getrennt werden können. Insofern wären zunächst die technischen Bedingungen zu schaffen, um die Speicherpflicht erfüllen zu können; denn der Wortlaut des § 113b Abs. 5 TKG schließt ein technisch bedingtes „Mitloggen“ von Kommunikationsinhalten eindeutig aus.

4. Eine Aussetzung des Vollzugs ist auch nicht hinsichtlich des § 100g StPO geboten. Wengleich der Abruf von Telekommunikations-Verkehrsdaten angesichts seiner möglichen Streubreite und der aus den Daten zu gewinnenden Erkenntnisse schwerwiegend in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG eingreift, erscheint dies bis zur Entscheidung in der Hauptsache hinnehmbar und im Vergleich zu den mit einer Aussetzung verbundenen Nachteilen für das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung weniger gewichtig. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der für den Abruf erforderlichen qualifizierten Voraussetzungen bezüglich der Schwere der Straftat und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.

5. Auch im Hinblick auf §§ 101a, 101b StPO ist eine einstweilige Anordnung nicht geboten. Die Erhebung von Verkehrsdaten steht danach unter Richtervorbehalt, und es gelten spezifische Begründungsanforderungen. Aus der vorläufigen Anwendung dieser Vorschriften ergibt sich jedenfalls kein besonders schwerer Nachteil.

6. Ob und gegebenenfalls in welcher Weise die Europäische Grundrechtecharta oder sonstiges Unionsrecht für die Beurteilung der angegriffenen Vorschriften Bedeutung entfaltet, ist erst im Hauptsacheverfahren zu entscheiden.

411. BVerfG 1 BvR 2973/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. Februar 2017 (OLG Köln / LG Köln / AG Köln)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (grundsätzliches Erfordernis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht; Zulässigkeit polemischer und überspitzter Kritik; Entbehrlichkeit einer Abwägung bei Schmähkritik; enge Auslegung der Schmähkritik; Vergleich eines Bundestagsabgeordneten mit Funktionsträgern des nationalsozialistischen Unrechtsregimes durch den Versammlungsleiter einer Demonstration aus dem rechten Spektrum; fehlerhafte Einordnung als Schmähkritik; auf aktive Verhinderung der Demonstration gerichtetes Vorverhalten des Angesprochenen).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB; § 193 StGB

1. Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit findet seine Schranken in den allgemeinen Gesetzen, zu denen auch die Strafvorschriften der §§ 185, 193 StGB gehören. Bei

deren Auslegung und Anwendung haben die Fachgerichte das eingeschränkte Grundrecht interpretationsleitend zu berücksichtigen. Erforderlich ist grundsätzlich eine auf den Einzelfall bezogene Abwägung zwischen der Schwere der Persönlichkeitsbeeinträchtigung einerseits und der Einschränkung der Meinungsfreiheit andererseits. Zu beachten ist dabei, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur sachlich-differenzierte Äußerungen schützt, sondern dass gerade Kritik auch pointiert, polemisch und überspitzt geäußert werden darf.

2. Eine Abwägung ist allerdings regelmäßig entbehrlich, soweit es um herabsetzende Äußerungen geht, die sich als Formalbeleidigung oder Schmähkritik darstellen. Hiervon darf wegen der für die Meinungsfreiheit einschneidenden Folgen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen ausgegangen werden. Auch eine überzogene oder sogar ausfällige Kritik macht eine Äußerung erst dann zur Schmähung, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.

3. Äußert der Versammlungsleiter einer Demonstration aus dem rechten Spektrum mit Blick auf einen Bundestagsabgeordneten, dieser geriere sich als „Obergauleiter der SA Horden“, nachdem der Abgeordnete sich an einer Gegendemonstration beteiligte, der es um eine aktive Blockade des Aufzuges ging und aus der heraus dessen Teilnehmer als „braune Truppe“ und „rechtsextreme Idioten“ beschimpft wurden, so ist die Einordnung der Äußerung des Versammlungsleiters als Schmähkritik verfassungsrechtlich nicht haltbar.

4. Vor einer Verurteilung des Versammlungsleiters wegen Beleidigung ist vielmehr eine Abwägung zwischen dessen Grundrecht auf Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht des Abgeordneten vorzunehmen, bei der einerseits dessen auf aktive Verhinderung einer Demonstration gerichtetes Vorverhalten und andererseits das schwere Gewicht der Ehrverletzung zu berücksichtigen ist, das sich aus dem individuell adressierten Vergleich mit Funktionsträgern des nationalsozialistischen Unrechtsregimes ergibt.

412. BVerfG 2 BvR 162/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. März 2017 (OLG Hamm)

Beschwer eines Strafgefangenen durch eine strafvollzugsrechtliche Entscheidung (bloße Anordnung einer Neubescheidung auf einen Verpflichtungsantrag; Willkürverbot; Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz; Verletzung bei Verneinung der Beschwer durch das Rechtebeschwerdegericht); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Verfassungsbeschwerdefrist; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; rechtzeitige Absendung des Schriftstücks; Verzögerungen nach Übergabe an die Maßregelvollzugseinrichtung).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 93 Abs. 2 BVerfGG; § 109 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 116 StVollzG; § 7 MRVG NRW

1. Einem Beschwerdeführer ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn er sein Beschwerdeschreiben ordnungsgemäß und so rechtzeitig zur Post zu

geben hat, dass es nach deren organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen bei normalem Verlauf der Dinge den Empfänger fristgerecht erreichen kann. Diese Voraussetzungen sind bei einem im Maßregelvollzug untergebrachten Beschwerdeführer erfüllt, wenn seine Verfassungsbeschwerde von der Vollzugseinrichtung erst mit zwei Tagen Verzögerung zur Post gegeben worden und sie erst am sechsten Tag nach ihrer Übergabe an die Anstalt beim Bundesverfassungsgericht eingegangen ist.

2. Ordnet die Strafvollstreckungskammer auf den vollzugsrechtlichen Verpflichtungsantrag eines Strafgefangenen – gerichtet auf Herausgabe einer Festplatte – lediglich eine Neubescheidung an und bleibt ihre Entscheidung damit hinter dem Antragsbegehren zurück, so verletzt das Rechtsbeschwerdegericht das Willkürverbot und das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, wenn es eine Beschwer des Gefangenen verneint und seine Rechtsbeschwerde deshalb als unzulässig verwirft.

413. BVerfG 2 BvR 2459/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. März 2017 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Verfassungsrechtliche Zweifel an einer Fesselungsanordnung im Vollzug der Sicherungsverwahrung (Resozialisierungsgebot im Maßregelvollzug; Begründung einer Entweichungsgefahr; mangelnde prognostische Kraft älterer Sachverständigengutachten); Glaubhaftmachung eines Zugangszeitpunkts im Gehörsrügeverfahren (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Recht auf rechtliches Gehör; schlichte Erklärung des Betroffenen als Mittel der Glaubhaftmachung ausnahmsweise ausreichend bei Fehlen anderer Mittel); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Substantiierungserfordernis; Vorlage entscheidungsrelevanter Unterlagen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 356a Satz 3 StPO; § 50 Abs. 4 Hess. StVollzG

1. Die eine gegenüber einem Sicherungsverwahrten ergangene Fesselungsanordnung bestätigende Entscheidung einer Strafvollstreckungskammer begegnet Bedenken im Hinblick auf das Resozialisierungsgebot, wenn die Kammer eine Entweichungsgefahr unter Heranziehung über acht und bis zu 18 Jahre alter externer Sachverständigengutachten begründet, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit diesen gegenwärtig noch eine prognostische Kraft zukommen kann.

2. Die schlichte Erklärung des Betroffenen kann vor dem Hintergrund des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör als Mittel der Glaubhaftmachung ausnahmsweise zuzulassen sein, wenn in der konkreten Fallgestaltung andere Mittel nicht zur Verfügung stehen. Dies liegt etwa nahe, wenn ein Sicherungsverwahrter im Gehörsrügeverfahren den Zeitpunkt des Zugangs des angegriffenen Beschlusses glaubhaft zu machen hat, der zugehörige Briefumschlag jedoch nicht mit einem Poststempel versehen war.

3. Eine Verfassungsbeschwerde wegen einer strafvollzugsrechtlichen Fesselungsanordnung ist nicht hinreichend substantiiert und damit unzulässig, wenn sie we-

der die einschlägigen Gefährlichkeitsgutachten noch den zuletzt ergangenen Beschluss über die Fortdauer der Unterbringung des Beschwerdeführers in der Sicherungsverwahrung oder den aktuellen Vollzugs- und Behand-

lungsplan vorlegt, aus denen die der angegriffenen Anordnung zugrunde gelegte Entweichungsgefahr hergeleitet worden ist.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

433. BGH 1 StR 636/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Stuttgart)

Beihilfe durch berufstypische Handlungen (Rechtsanwalt) beim Betrug.

§ 27 Abs. 1 StGB; § 263 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind für die Beihilfesträufbarkeit bei berufstypischen „neutralen“ Handlungen die folgenden Grundsätze zu beachten: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen.

2. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (vgl. BGHSt 46, 107, 112 ff.).

450. BGH 1 StR 486/16 – Urteil vom 21. März 2017 (LG Ellwangen)

Urteilsgründe (Anforderungen an die Darlegung im Falle eines Freispruchs; Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe bei unüblichem Aufbau); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Einlassungen ohne objektive Anhaltspunkte; Lückenhaftigkeit); Notwehr (gegenwärtiger Angriff; Anwendung des Zweifelsatzes zugunsten des Angeklagten; sozial-ethisch zu missbilligendes Vorverhalten; Verteidigungswille).

§ 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 32 StGB

1. Gegenwärtig im Sinne des Tatbestandes der Notwehr kann auch ein Verhalten sein, das zwar noch kein Recht verletzt, aber unmittelbar in eine Verletzung umschlagen kann und deshalb ein Hinausschieben der Abwehrhandlung unter den gegebenen Umständen entweder deren

Erfolg gefährden oder den Verteidiger zusätzlicher nicht mehr hinnehmbarer Risiken aussetzen würde. Hat der Angreifer bereits eine Verletzungshandlung begangen, dauert der Angriff so lange an, wie eine Wiederholung und damit ein erneuter Umschlag in eine Verletzung unmittelbar zu befürchten ist. Dabei kommt es auf die objektive Sachlage an. Entscheidend sind daher nicht die Befürchtungen des Angegriffenen, sondern die Absichten des Angreifers und die von ihm ausgehende Gefahr einer (neuerlichen oder unverändert fortdauernden) Rechtsgutverletzung.

2. Ist nicht zu klären, ob tatsächlich ein Angriff bevorstand, ist unter Anwendung des Zweifelsgrundsatzes von der für den Angeklagten günstigsten Möglichkeit auszugehen. Danach kann der rechtlichen Wertung eine objektiv bestehende Notwehrlage zugrunde zu legen sein. Das unterscheidet den Sachverhalt von Fallgestaltungen, die sich auf die Voraussetzungen eines Erlaubnistatbestandsirrtums bzw. eines Erlaubnis-(Verbots)irrtums beziehen.

3. Eine Einschränkung des Notwehrrechts wegen eines sozialethisch zu missbilligenden vorwerfbaren Vorverhaltens des Angeklagten ergibt sich jedenfalls dann nicht, wenn in der konkreten Situation zumutbare Möglichkeiten, dem Angriff auszuweichen oder sich zurückhalten-der zu verteidigen, nicht erkennbar sind.

4. Handelt der Täter mit Verteidigungswillen, kommt es nicht darauf an, ob er einen weiteren Angriff nur „für möglich gehalten“ hat.

5. Das Tatgericht ist gemäß § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO aus sachlich-rechtlichen Gründen verpflichtet, all das festzustellen und darzulegen, was für die Beurteilung des Tatvorwurfs relevant und zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler notwendig ist. Dazu gehört bei einem Freispruch aus Notwehr auch, dass deren Voraussetzungen in revisionsrechtlich nachprüfbarer Weise dargelegt werden.

6. Die Begründung muss im Hinblick auf den der rechtlichen Würdigung zugrunde gelegten Sachverhalt so abgefasst sein, dass das Revisionsgericht prüfen kann, ob dem Tatgericht bei der Ermittlung dieses Sachverhalts Rechts-

fehler unterlaufen sind, das heißt, ob die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, ob sie gegen Denkgesetze verstößt oder ob das Tatgericht an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt hat.

7. Lässt sich den Feststellungen für sich genommen der Geschehensablauf wie er der rechtlichen Würdigung zugrunde gelegt worden ist, nicht in der erforderlichen Bestimmtheit entnehmen, kann das Urteil diesen Anforderungen dennoch genügen, da die schriftlichen Urteilsgründe eine Einheit bilden, deren tatsächliche Angaben auch dann berücksichtigt werden müssen, wenn sie sich in verschiedenen und dabei auch in solchen Zusammenhängen befinden, in denen sie nach dem üblichen Urteilsaufbau nicht erwartet werden.

423. BGH 5 StR 6/17 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Berlin)

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Annahme eines beendeten Versuchs (Rücktrittshorizont; Korrekturzeitraum bei dynamischem, ohne wesentliche Zwischenakte ablaufendem Geschehen).

§ 24 Abs. 1 S. 1 StGB

Für die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch ist nach ständiger Rechtsprechung das Vorstellungsbild des Täters nach Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung maßgeblich (sog. Rücktrittshorizont). Bei einem dynamischen, ohne wesentliche Zwischenakte ablaufenden Geschehen kann überdies ein Korrekturzeitraum zu berücksichtigen sein, innerhalb dessen eine – hier nicht vorliegende – veränderte Vorstellung noch maßgeblich werden kann.

446. BGH 4 StR 82/17 – Beschluss vom 28. März 2017 (LG Essen)

Tateinheit (Konkurrenzen bei Handlungen im Planungsstadium)

§ 52 Abs. 1 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags.

2. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben (st. Rspr.).

432. BGH 1 StR 627/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Mosbach)

Versuchte Anstiftung (Einordnung der beabsichtigten Tat als Verbrechen: entscheidende Strafbarkeit des Haupttäters); sexueller Missbrauch von Kindern (Begriff der sexuellen Handlung an einem Kind: Erheblichkeit der sexualbezogenen Handlung; hier: Ausziehen des Kindes); Schuldunfähigkeit (zweistufige Prüfung; Darstellung im Urteil).

§ 30 StGB; § 12 StGB; § 176 Abs. 1 StGB; § 184h Nr. 1 StGB; § 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Für die rechtliche Einordnung der beabsichtigten Tat als Vergehen oder Verbrechen kommt es nicht nur für die vollendete, sondern auch für die im Sinne des § 30 StGB in Aussicht genommene Anstiftung nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf diejenige des Anzustiftenden an (vgl. BGHSt 53, 174). Maßgeblich ist damit, ob die Tat – würde sie verwirklicht – nach Maßgabe des § 28 Abs. 2 StGB für die Person des präsumtiven Haupttäters ein Verbrechen wäre.

2. Das Ausziehen eines Kindes stellt sich regelmäßig nicht als sexuelle Handlung „an“ dessen Körper im Sinne des § 176 Abs. 1 StGB dar, wenn nicht das Entblößen seinerseits mit einer sexuellen Handlung am Körper verbunden ist. Denn das bloße Entfernen der Kleidung führt nicht zu dem körperlichen Kontakt, der für eine sexuelle Handlung im Sinne des § 176 Abs. 1 StGB erforderlich ist (vgl. BGH StV 2017, 39).

3. Ob insoweit etwas anderes gilt, wenn der Täter sich schon mit dem Ausziehen selbst sexuell erregen will, kann hier dahinstehen. Nicht sämtliche sexualbezogenen Handlungen, die auf Sinneslust beruhen oder ihr dienen sollen, sind tatbestandsmäßig im Sinne des § 176 Abs. 1 StGB. Auszuscheiden sind vielmehr kurze oder aus anderen Gründen unbedeutende Berührungen (vgl. BGH NStZ 1983, 553 mwN).

442. BGH 4 StR 463/16 – Urteil vom 30. März 2017 (LG Bielefeld)

Schuldunfähigkeit (Voraussetzungen: Beurteilung nur auf konkrete Tat, kein Offenlassen der Tatumstände möglich, zweistufige Prüfung; Darstellung im Urteil: Anschluss an ein Sachverständigengutachten).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

Die Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Angeklagten kann – von offenkundigen Ausnahmefällen abgesehen (vgl. BGH NStZ 1997, 485, 486) – nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf eine bestimmte Tat erfolgen (vgl. BGHSt 49, 45, 54). Beurteilungsgrundlage ist das konkrete Tatgeschehen, wobei neben der Art und Weise der Tatausführung auch die Vorgeschichte, der Anlass zur Tat, die Motivlage des Angeklagten und sein Verhalten nach der Tat von Bedeutung sein können (vgl. BGHSt 37, 397, 402). Ohne entsprechende Feststellungen zum Tatgeschehen und damit auch zur Täterschaft des Angeklagten ist eine sachgerechte Prüfung der Schuldunfähigkeit des Angeklagten nicht möglich. Die Frage der Täterschaft darf damit nicht offengelassen werden.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

422. BGH 5 StR 483/16 – Urteil vom 7. Februar 2017 (LG Chemnitz)

BGHSt; schwere Körperverletzung (Dauerhaftigkeit des Verlusts der Gebrauchsfähigkeit eines Körpergliedes; Nichtwahrnehmung medizinischer Behandlung durch das Opfer; keine Zumutbarkeitsprüfung); minder schwerer Fall des Totschlags (Ursächlichkeit einer Provokation für die Tatbegehung; keine erneute Berücksichtigung des die Strafrahmensmilderung bewirkenden Grundes bei der Bemessung der Strafhöhe).

§ 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Für die Dauerhaftigkeit des Verlustes der Gebrauchsfähigkeit eines Körperglieds kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das Opfer eine ihm mögliche medizinische Behandlung nicht wahrgenommen hat. (BGHSt)
2. Das im Anwendungsbereich des § 226 StGB ohnehin stets außerordentlich schwer getroffene Opfer wird – von extrem gelagerten Konstellationen etwa der Böswilligkeit abgesehen – in aller Regel aus Tätersicht nicht zu hinterfragende Gründe haben, weitere Behandlungen nicht auf sich zu nehmen, selbst wenn diese nach ärztlicher Beurteilung sinnvoll wären. Es würde insofern jeglichem Gerechtigkeitsempfinden widersprechen, über den Gedanken der Zurechnung eine Art Obliegenheit des Opfers zu konstruieren, sich ungeachtet dessen aus übergeordneter Sicht „zumutbaren“ (Folge-)Operationen und anderen beschwerlichen Heilmaßnahmen zu unterziehen. (Bearbeiter)
3. Es ist kein überzeugender rechtlicher Maßstab vorhanden, anhand dessen Risiken und Qualen sowie sonstige Beschwerlichkeiten gewichtet und dem Opfer dann „zugemutet“ werden könnten. Das Abstellen hierauf wäre daher geeignet, die Bestimmtheit der Strafnorm durchgreifend in Frage zu stellen. (Bearbeiter)
4. Zwar können und müssen die nach Art und Maß unterschiedlichen konkreten Umstände, die zu einer Milderung des Strafrahmens (hier nach § 213 StGB) geführt haben, mit ihrem verbleibenden Gewicht bei der Strafhöhenbemessung berücksichtigt werden. Der die Milderung des Strafrahmens bewirkende Grund als solcher scheidet allerdings insoweit aus. (Bearbeiter)

425. BGH 1 StR 223/16 – Urteil vom 21. Februar 2017 (LG München II)

Erpressung (Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung; von der Rechtsordnung anerkannter und im Zivilprozess durchsetzbarer Anspruch, Nichtigkeit der zugrundeliegenden Abrede wegen Gesetzesverstoß, hier: Rückforderung von Zahlungen zum Zwecke der Steuerhinterziehung; Vorsatz bezüglich der Rechtswid-

rigkeit der Bereicherung); Beihilfe (Vorsatz); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 253 StGB; § 134 BGB; § 817 Satz 2 BGB; § 370 Abs. 1 AO; § 16 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB

1. Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung liegt bei § 253 StGB nicht schon dann vor, wenn sich der Nötigende nach den Anschauungen der einschlägig kriminellen Kreise als berechtigter Inhaber eines Anspruchs gegen das Opfer fühlt. Entscheidend ist, ob er sich vorstellt, dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte (vgl. BGHSt 48, 322, 329).
2. An einem berechtigten Anspruch fehlt es, wenn die Rückerlangung einer Zahlung angestrebt wird, der eine auf eine Steuerhinterziehung gerichtete und damit nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gemäß § 134 BGB insgesamt nichtige (vgl. BGHZ 14, 25, 30 f) Abrede zugrunde lag, so dass gemäß § 817 Satz 2 BGB auch jegliche Kondiktionsansprüche ausgeschlossen waren, da beide Vertragspartner gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen haben (vgl. BGH NJW 2013, 401 Rn. 26).
3. In subjektiver Hinsicht erstrebt der Täter eine unrechtmäßige Bereicherung im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB schon dann, wenn er es für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass seine Forderung nicht oder nicht im Umfang des Nötigungsziels besteht oder aber von der Rechtsordnung nicht geschützt wird. Dies ist – wegen der normativen Natur dieses Tatbestandsmerkmals – nicht bereits dann der Fall, wenn der Täter die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich ergibt, dass ihm zivilrechtlich ein Anspruch nicht zusteht. Maßgeblich ist vielmehr, ob er sich als Ergebnis laienhafter Bewertung dieser Umstände einen Anspruch auf die erstrebte Leistung nicht zumisst oder für zweifelhaft hält (vgl. BGHSt 48, 322, 328 f.). Stellt sich der Täter für die erstrebte Bereicherung eine Anspruchsgrundlage vor, die in Wirklichkeit nicht besteht, so handelt er in einem Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB (st. Rspr.)
4. Ein Gehilfenvorsatz im Sinne von § 27 StGB liegt vor, wenn der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und in dem Bewusstsein handelt, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern; Einzelheiten der Haupttat braucht er nicht zu kennen (st. Rspr.). Entscheidend ist, dass der Gehilfe die Dimension der Tat erfassen kann (vgl. BGH NSTZ-RR 2015, 75). Ob der Gehilfe den Erfolg der Haupttat wünscht oder ihn lieber vermeiden würde, ist dagegen nicht entscheidend. Es reicht, dass die Hilfe an sich ge-

eignet ist, die fremde Haupttat zu fördern oder zu erleichtern, und der Hilfeleistende dies weiß.

472. BGH 4 StR 53/17 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Görlitz)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkreter Gefährdungserfolg: „Beinaheunfall“; bedingter Schädigungsvorsatz; Konkurrenzen).

§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3 StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1b StGB; § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB

1. Die Tathandlung bei einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr muss über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus zu einer kritischen Situation geführt haben, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache im Sinne eines „Beinaheunfalls“ so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht.

2. Bei Vorgängen im fließenden Verkehr muss zu einem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsförderlicher Absicht ferner hinzukommen, dass das Fahrzeug mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz missbraucht wurde; nicht ausreichend ist die Feststellung eines bloßen Gefährdungsvorsatz.

3. Ist ein auch nur bedingter Schädigungsvorsatz des Angeklagten nicht nachzuweisen, ist eine Strafbarkeit wegen Gefährdung des Straßenverkehrs zu erwägen.

418. BGH 3 StR 479/16 – Urteil vom 26. Januar 2017 (LG Mönchengladbach)

Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen gegenüber einem Säugling (Zusammenhang zwischen Unterlassen und tödlicher Folge); Misshandlung von Schutzbefohlenen (Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung; Quälen; ständige Wiederholung von Körperverletzungshandlungen; Unterlassen); allgemeine Kognitionspflicht.

§ 225 StGB; § 227 StGB; § 264 StPO

1. Die Begehung des § 227 StGB ist jedenfalls dann aufgrund einer Körperverletzung durch Unterlassen möglich, wenn der Zusammenhang zwischen dem Unterlassen und der tödlichen Folge dergestalt gegeben ist, dass dem unterlassenden Garanten anzulasten ist, die zum Tode führenden Gewalthandlungen des aktiv Handelnden nicht verhindert zu haben.

2. Für die Verwirklichung des Qualifikationstatbestands des § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB ist entscheidend, dass eine der in § 225 Abs. 1 StGB umschriebenen tatbestandlichen Handlungen die naheliegende Möglichkeit begründet, sie werde zu den in den Alternativen des § 225 Abs. 3 StGB genannten Weiterungen führen. Handelt es sich um eine Unterlassungstat, so begründet der Täter die tatbestandlich vorausgesetzte konkrete Gefahr, wenn er deren Entstehen durch sein Eingreifen hätte abwenden können.

3. Quälen im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender

(erheblicher) Schmerzen oder Leiden körperlicher oder seelischer Art. Es wird im Allgemeinen durch mehrere Tathandlungen bewirkt, wobei oft erst die ständige Wiederholung mehrerer Körperverletzungshandlungen, die für sich genommen noch nicht den Tatbestand des § 225 Abs. 1 StGB erfüllen – hier: mehrfache, innerhalb weniger Stunden vorgenommene gravierende Verletzungshandlungen gegen einen Säugling –, den besonderen Unrechtsgehalt des Quälens verwirklichen. Gehen die zugefügten Schmerzen oder Leiden über die typischen Auswirkungen einzelner Körperverletzungshandlungen hinaus, kann Quälen auch durch Unterlassen begangen werden.

434. BGH 1 StR 663/16 – Urteil vom 21. März 2017 (LG Ansbach)

Minderschwerer Fall des Totschlags (Begriff der schweren Beleidigung; Begriff der eigenen Schuld des Täters; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 213 StGB

1. Ob eine „schwere Beleidigung“ vorliegt, beurteilt sich nach einem objektiven Maßstab. Die Handlung muss auf der Grundlage aller maßgeblichen Umstände unter objektiver Betrachtung und nicht nur aus der subjektiven Sicht des Täters als schwer beleidigend zu beurteilen sein (vgl. BGH NStZ 1981, 300), wobei die Anforderungen nicht zu niedrig anzusetzen sind (vgl. BGH NStZ 2015, 218). Maßgebend ist dafür der konkrete Geschehensablauf unter Berücksichtigung von Persönlichkeit und Lebenskreis der Beteiligten, der konkreten Beziehung zwischen Täter und Opfer sowie der tausalösenden Situation (vgl. BGH NStZ 1985, 216).

2. Die Schwere kann sich auch erst aus fortlaufenden, für sich allein noch nicht schweren Kränkungen ergeben, wenn die Beleidigung nach einer Reihe von Kränkungen gleichsam „der Tropfen war, der das Fass zum Überlaufen brachte“ (st. Rspr.). Deswegen ist es geboten, in die erforderliche Gesamtwürdigung auch in der Vergangenheit liegende Vorgänge als mitwirkende Ursachen mit einzubeziehen (vgl. BGH NStZ-RR 2017, 11).

3. Eigene Schuld des Täters schließt die Annahme einer strafmildernden Provokation nur aus, wenn sie sich gerade auf die ihm vom Opfer zugefügte tausalösende Kränkung bezieht. Ohne eigene Schuld handelt also der Täter, der die beleidigende Äußerung des Opfers im gegebenen Augenblick entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht vorwerfbar veranlasst hat (vgl. BGH NStZ 1983, 554).

414. BGH 3 StR 278/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Stade)

Keine gemeinschaftlich begangene gefährliche Körperverletzung bei bloß passivem Danebenstehen (fehlende Erhöhung der tatbestandsspezifischen Gefahr; Demonstration von Eingriffsbereitschaft); Erfordernis mittäterschaftlichen Zusammenwirkens bei von mehreren gemeinschaftlich begangener sexueller Nötigung. § 25 Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a.F.; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

1. Wer Körperverletzungshandlungen vornimmt, während eine andere Person passiv danebensteht, verwirk-

licht regelmäßig nicht den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, sofern er von dem anderen „Beteiligten“ nicht zumindest aktiv physisch oder psychisch in einer Weise unterstützt wird, die sich als Demonstration von Eingriffsbereitschaft und damit als Erhöhung der tatbestandsspezifischen Gefahr darstellt.

2. Nach § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a.F. ist das Regelbeispiel eines besonders schweren Falles der sexuellen Nötigung erfüllt, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. Der Wortlaut der Vorschrift und dabei insbesondere der Ausdruck „gemeinschaftlich“ nimmt Bezug auf die Regelung zur Mittäterschaft in § 25 Abs. 2 StGB. Deshalb ist bei § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a.F. jeweils ein täterschaftliches Verhalten erforderlich. Insbesondere kann schon wegen des abweichenden Wortlauts nicht an die Auslegung zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB angeknüpft werden, der auch andere Beteiligungsformen umfasst.

430. BGH 1 StR 506/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Landshut)

Sexuelle Nötigung (Darstellung der Tatbestandsvoraussetzungen im Urteil bei Serientaten); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 177 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 64 StGB

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 StGB müssen auch bei einer länger dauernden Serie von Tathandlungen grundsätzlich für jede Tat konkret und individualisiert festgestellt werden (vgl. BGHSt 42, 107, 111).

451. BGH 1 StR 52/17 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Landshut)

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (Nachfolgeregelung; milderes Gesetz).

§ 2 Abs. 3 StGB; § 177 StGB; § 179 StGB a.F.

§ 177 StGB n.F. (sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) stellt im Sinne notwendiger Unrechtskontinuität eine Nachfolgeregelung zu § 179 StGB (sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) dar; denn sowohl das Schutzgut als auch die inkriminierte Angriffsrichtung sind unverändert geblieben.

Rechtsprechung

III. Strafzumessung – und Maßregelrecht

431. BGH 1 StR 618/16 – Urteil vom 21. Februar 2017 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Voraussetzungen, Darstellung im Urteil auch bei Ablehnung der Anordnung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 261 StPO

1. Die erforderliche Gefährlichkeitsprognose im Sinne des § 63 StGB ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu entwickeln (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 141) und hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche Taten von dem Beschuldigten infolge seines Zustands drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 306). Dabei hat der Tatrichter die für die Entscheidung über die Unterbringung maßgeblichen Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzulegen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen (vgl. BGH NStZ 2015, 394, 395).

2. Diese Anforderungen gelten nicht lediglich für tatrichterliche Entscheidungen, die eine Unterbringung des Angeklagten oder Beschuldigten in einem psychiatri-

schen Krankenhaus gemäß § 63 StGB anordnen, sondern auch für die Anordnung ablehnende Erkenntnisse.

420. BGH 3 StR 535/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Koblenz)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (keine ausreichende Gefährlichkeitsprognose hinsichtlich der Begehung erheblicher Taten durch paranoid-schizophrenen Angeklagten).

§ 63 StGB

Begeht ein an einer paranoiden Schizophrenie leidender Angeklagter im Zustand der krankheitsbedingten Schuldunfähigkeit mehrere geringfügige Straftaten – hier: erkennbar nicht ernstzunehmende „Bombendrohungen“; Versuch des Erwerbs minimaler Mengen vermeintlicher Betäubungsmittel; eher geringfügige Warenkreditbetrügereien –, sind ohne das Hinzukommen besonderer Umstände mangels ausreichender Gefahrprognose regelmäßig nicht die Voraussetzungen des § 63 StGB erfüllt.

437. BGH 2 StR 291/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Schwerin)

Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten (Verhältnis von minderschwerem Fall und Strafmilderungen wegen Aufklärungshilfe); Mittäter (Tateinheit bei

einer Tathandlung in Vorbereitung mehrerer Einzeltaten eines Mittäters).

§ 46 StGB; § 30a Abs. 3 BtMG; § 31 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

Einem Angeklagten, der im Ermittlungsverfahren zunächst nur Nebenbeteiligte benennt und Informationen zu dem Haupttäter bewusst bis zur Hauptverhandlung zurückhält, kann nicht eine doppelte Strafmilderung nach § 30a Abs. 3 BtMG und nach § 31 BtMG zuteil werden.

476. BGH 4 StR 526/16 – Beschluss vom 29. März 2017 (LG Baden-Baden)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).
§ 46 Abs. 3 StGB

Wird die Verwirklichung einer Qualifikation strafscharfend verwertet, zieht dies eine Verletzung des in § 46 Abs. 3 StGB normierten Doppelverwertungsverbot nach sich.

452. BGH 1 StR 555/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Augsburg)

Gesamtstrafe und Strafaussetzung (Widerruf der Strafaussetzung).
§ 58 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB

Entfällt die ursprünglich gewährte Strafaussetzung zur Bewährung ist ein gebotener Ausgleich für die Nichter-

stattung erfüllter Auflagen durch eine die Strafvollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe verkürzende Anrechnung zu bewirken. Die Berücksichtigung bei der Bemessung der Gesamtfreiheitsstrafe genügt dazu regelmäßig nicht.

464. BGH 2 StR 567/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Frankfurt am Main)

Besondere gesetzliche Milderungsgründe (Strafbarkeit des Gehilfen); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.
§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

Sieht das Gesetz einen minder schweren Fall vor und ist auch ein gesetzlich vertyppter Milderungsgrund gegeben, muss bei der Strafrahmenwahl im Rahmen einer Gesamtwürdigung zunächst geprüft werden, ob die allgemeinen Milderungsgründe die Annahme eines minder schweren Falles tragen. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falles abzulehnen, sind in einem nächsten Schritt die den gesetzlich vertyppten Strafmilderungsgrund verwirklichenden Umstände einzubeziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertyppten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

474. BGH 4 StR 422/15 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (OLG Oldenburg)

BGHSt; Führen eines Kraftfahrzeuges nach Cannabiskonsum (0,5 Promille-Grenze; Fahrlässigkeit: Maßstab); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Rückschluss auf sorgfaltswidriges Verhalten bei Fehlen gegenläufiger Beweisanzeichen).
§ 24a Abs. 2 und 3 StVG; § 261 StPO

1. Der Tatrichter ist in Fällen, in denen die Fahrt mit dem Kraftfahrzeug nicht im zeitlichen Zusammenhang mit einem vorangegangenen Cannabiskonsum erfolgt, aus Rechtsgründen nicht gehindert, beim Fehlen gegenläufiger Beweisanzeichen aus der Feststellung einer den analytischen Grenzwert erreichenden THC-Konzentration im Blut auf ein objektiv und subjektiv sorgfaltswidriges Verhalten im Sinne des § 24a Abs. 2 und 3 StVG zu schließen. (BGHSt)

2. Ein Kraftfahrer ist nach vorangegangenen bewussten Konsum von Cannabis verpflichtet, vor Antritt der Fahrt durch gehörige Selbstprüfung – soweit erforderlich – nach Einholung fachkundigen Rats und notfalls, sofern eine

eindeutige Beurteilungsgrundlage nicht zu erlangen ist, durch Abstandnahme von der Fahrt sicherzustellen, dass er nicht unter der Wirkung einer den analytischen Grenzwert zumindest erreichenden THC-Konzentration im Blut ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr führt. (Bearbeiter)

3. Der Fahrlässigkeitsvorwurf des § 24a Abs. 3 StVG bezieht sich auf die Wirkung des Cannabis im Zeitpunkt der Fahrt. Hierfür ist nicht erforderlich, dass der Betroffene spürbare Auswirkungen des konsumierten Cannabis wahrnehmen kann oder zu einer näheren physiologischen oder biochemischen Einordnung der Wirkungen von Cannabis in der Lage ist. Es reicht vielmehr aus, dass der Betroffene bei der ihm möglichen Beachtung der gebotenen Sorgfalt zu der Erkenntnis gelangen kann, unter der Wirkung einer zumindest den analytischen Grenzwert erreichenden THC-Konzentration im Blut zu stehen. (Bearbeiter)

415. BGH 3 StR 335/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Lüneburg)

Eröffnung des Hauptverfahrens vor einem benachbarten Gericht durch Entscheidung des Beschwerdege-

richts (besondere Gründe; Grenze der objektiven Willkür; Sicherstellung der Unvoreingenommenheit der Hauptverhandlung; jahrelange dienstliche Tätigkeit des Angeklagten an dem ursprünglich zuständigen Gericht; Ermessenentscheidung; gesetzlicher Richter; Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses).

§ 210 Abs. 3 StPO; § 24 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

1. Die Vorschrift des § 210 Abs. 3 StPO ist im Hinblick auf das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) dahin verfassungskonform auszulegen, dass das Beschwerdegericht das Strafverfahren in der Regel bei dem zuvor mit der Sache befassten Spruchkörper belassen muss, außer wenn besondere Gründe dafür vorliegen, dass die Hauptverhandlung vor einem anderen Gericht stattzufinden hat. Die besonderen Gründe sind indes nicht abschließend festgelegt. Es steht im Ermessen des Beschwerdegerichts, welche Gründe es heranzieht und wie es sie bewertet und gewichtet. Seine Entscheidung ist bis zur Grenze objektiver Willkür hinzunehmen.

2. Solche besonderen Gründe können grundsätzlich darin gesehen werden, dass der Angeklagte lange Zeit (hier: als Staatsanwalt) an dem ursprünglich befassten Gericht tätig war und dass infolgedessen eine Beeinträchtigung der Unvoreingenommenheit der Hauptverhandlung droht. Diese Erwägungen können bei der Ermessenentscheidung des Beschwerdegerichts nach § 210 Abs. 3 S. 1 Var. 2 StPO ohne Rechtsfehler berücksichtigt werden, ohne dass bei den betreffenden Richtern eine Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 24 StPO bestehen muss.

3. Eröffnet das Beschwerdegericht das Verfahren vor einem benachbarten Gericht, so hat dieses auf den vom Angeklagten rechtzeitig erhobenen Einwand gemäß § 16 S. 2, 3 StPO gleichwohl seine örtliche Zuständigkeit zu prüfen. Auf Grund der Beschwerdeentscheidung geht dem Angeklagten der Unzuständigkeitseinwand nicht verloren. Da die Zuständigkeit des benachbarten Gerichts – regelmäßig – nur durch die nach § 210 Abs. 3 S. 1 Var. 2 StPO getroffene Wahl begründet sein kann, hat sich die Prüfung auf dessen Anwendung zu beziehen, ohne dass das Gericht an die Zuständigkeitsbestimmung des Beschwerdegerichts gebunden wäre. Eine über die Eröffnung des Hauptverfahrens hinausgehende Bindungswirkung hat dessen Eröffnungsbeschluss nicht.

419. BGH 3 StR 482/16 – Urteil vom 26. Januar 2017 (LG Verden)

Einheitliche prozessuale Tat zwischen Anschlussdelikt und Vortat (enger sachlicher Zusammenhang; Einzelfallbetrachtung; kein Erfordernis eines zeitlichen Zusammentreffens); Verstoß gegen Kognitionspflicht.

§ 264 StPO; § 242 StGB; § 244 StGB; § 257 StGB; § 259 StGB

1. Die Tat als Gegenstand der Urteilsfindung (§ 264 Abs. 1 StPO) ist der historische Vorgang, auf den Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Bei der Beurteilung des Tatumfangs ist entscheidend, ob zwischen mehreren in Betracht kommenden Verhaltensweisen – unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen

Bedeutung – ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein zeitliches Zusammentreffen der einzelnen Handlungen ist weder erforderlich noch ausreichend.

2. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang, der eine einheitliche prozessuale Tat begründet, besteht nicht nur zwischen verschiedenen Formen der Beteiligung an einer materiellrechtlichen Tat, sondern grundsätzlich auch zwischen Hehlerei oder Begünstigung und dem Vordelikt. Ob von diesem Grundsatz – bei Zugrundelegung einer natürlichen Betrachtungsweise – eine Ausnahme zu machen ist, wenn ein längerer zeitlicher Abstand zwischen den jeweiligen Handlungen gegeben ist, kann der Senat hier offenlassen.

424. BGH AK 14/17 – Beschluss vom 6. April 2017

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (Reservehaltung von Tatvorwürfen; Begriff „derselben Tat“; im Laufe der Ermittlungen bekanntwerdende neue Vorwürfe; Beginn einer neuen Sechsmonatsfrist; Zeitpunkt des Fristbeginns; keine Berücksichtigung der bisherigen Haftdauer); dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Begehung von Kriegsverbrechen (Tötung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person; nichtinternationaler bewaffneter Konflikt); Beweiswert der Aussage eines Zeugen mit dem Gericht unbekannter Identität; niedrige Beweggründe beim Tötung aufgrund der politischen Überzeugung des Opfers.

§ 68 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 112 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB; § 8 VStGB

1. Der Begriff „derselben Tat“ im Sinne des § 121 Abs. 1 StPO ist mit Rücksicht auf den Schutzzweck der Norm – Sicherung der Verfahrensbeschleunigung und Wahrung der Verhältnismäßigkeit – weit auszulegen und erfasst deshalb alle Taten des Beschuldigten von dem Zeitpunkt an, in dem sie – im Sinne eines dringenden Tatverdachts – bekannt geworden sind und in den bestehenden Haftbefehl hätten aufgenommen werden können. Das gilt unabhängig davon, ob die Taten Gegenstand desselben Verfahrens oder getrennter Verfahren sind. Dadurch wird vermieden, dass von Anfang an bekannte oder im Laufe der Ermittlungen bekanntwerdende Taten des Beschuldigten zunächst zurückgehalten und erst kurz vor Ablauf der Sechsmonatsfrist zum Gegenstand eines neuen oder erweiterten Haftbefehls gemacht werden mit dem Ziel, eine neue Sechsmonatsfrist zu eröffnen (sog. Reservehaltung von Tatvorwürfen).

2. Danach beginnt keine neue Sechsmonatsfrist zu laufen, falls ein neuer Haftbefehl lediglich auf Tatvorwürfe gestützt bzw. durch sie erweitert wird, die schon bei Erlass des ersten Haftbefehls – im Sinne eines dringenden Tatverdachts – bekannt waren. Gleiches hat zu gelten, falls der Haftbefehl um Tatvorwürfe erweitert wird, die erst während der Ermittlungen im vorgenannten Sinne bekannt geworden sind, für sich allein den Erlass eines Haftbefehls jedoch nicht rechtfertigen.

3. Tragen dagegen die erst im Laufe der Ermittlungen bekannt gewordenen Tatvorwürfe für sich genommen

den Erlass eines Haftbefehls und ergeht deswegen ein neuer oder erweiterter Haftbefehl, so wird dadurch ohne Anrechnung der bisherigen Haftdauer eine neue Sechsmonatsfrist in Gang gesetzt; für den Fristbeginn ist dann der Zeitpunkt maßgeblich, in dem sich der Verdacht hinsichtlich der neuen Tatvorwürfe zu einem dringenden verdichtet hat. Entscheidend ist insoweit mithin, wann der neue bzw. erweiterte Haftbefehl hätte erlassen werden können, nicht hingegen, wann die Staatsanwaltschaft ihn erwirkt hat. Regelmäßig ist davon auszugehen, dass der Haftbefehl spätestens an dem auf die Beweisgewinnung folgenden Tag der veränderten Sachlage anzupassen ist.

4. Nicht geboten ist allerdings, bei im Laufe der Ermittlungen bekannt gewordenen, für sich genommen den Erlass eines Haftbefehls tragenden Tatvorwürfen die bisherige Haftdauer mit zu berücksichtigen. Vielmehr setzt die nachträglich im Sinne eines dringenden Tatverdachts bekannt gewordene Straftat eine neue Sechsmonatsfrist in Gang, um den Strafverfolgungsbehörden Gelegenheit zur Durchführung weiterer Ermittlungen zu geben.

5. Niedrige Beweggründe im Sinne des Mordtatbestandes liegen in der Regel vor, wenn sich der Täter in Verfolgung seiner selbst gesetzten Ziele mit der Tötung über gesellschaftliche Wertentscheidungen bewusst hinwegsetzt, deren Beachtung für das Funktionieren eines demokratisch und rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens schlechthin konstitutiv ist, insbesondere indem er einen Gegner allein aufgrund von dessen politischer Betätigung oder Überzeugung tötet (hier: Ansehen der Opfer als „Ungläubige“).

457. BGH 2 StR 342/15 – Urteil vom 14. Dezember 2016 (LG Darmstadt)

Absolute Revisionsgründe (vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts; Recht auf den gesetzlichen Richter); Entbindung eines Schöffen (Entscheidung über Hinderungsgrund; revisionsrichterliche Überprüfung; Willkürprüfung; Nachweis der Entscheidung).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 54 Abs. 1 GVG; § 77 Abs. 1 GVG; 338 Nr. 1 StPO

1. Die Entbindung des Hauptschöffen auf der Grundlage eines unzureichend ermittelten Sachverhalts deutet auf eine grundsätzliche Verkennung des grundrechtsgleichen Rechts des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter hin und erweist sich deshalb als unvertretbar.

2. Die Entscheidung über die Entbindung des Hauptschöffen erfolgt unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Schöffen, des Verfahrensstands und der voraussichtlichen Dauer des Verfahrens nach pflichtgemäßem Ermessen des zur Entscheidung berufenen Richters. Die Entscheidung ist nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur darauf hin zu überprüfen, ob sie sich als unvertretbar und damit als objektiv willkürlich erweist.

3. Willkür in diesem Sinne liegt nicht erst bei einer bewussten Fehlentscheidung, sondern bereits dann vor, wenn die mit der Entbindung des Schöffen verbundene

Bestimmung des gesetzlichen Richters grob fehlerhaft ist und sich so weit vom Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt, dass sie nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

4. Zur Wahrung des Rechts des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter ist ein strenger Maßstab anzulegen. Bedeutung und Gewicht des Schöffenamts verlangen, dass der Schöffe berufliche und private Interessen zurückstellt, wenn und soweit ihm dies möglich und zumutbar ist. Berufliche Gründe rechtfertigen nur ausnahmsweise die Annahme, dass dem Schöffen die Dienstleistung nicht zumutbar ist, während ein Urlaub in der Regel die Unzumutbarkeit der Schöffendienstleistung begründet.

5. Die vom Vorsitzenden zu treffende Ermessensentscheidung ist aktenkundig zu machen. Dabei sind – zumindest in gedrängter Form – diejenigen Umstände zu dokumentieren, welche die Annahme der Unzumutbarkeit der Schöffendienstleistung tragen.

429. BGH 1 StR 493/16 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (LG München I)

Gebot des gesetzlichen Richters (Erforderlichkeit einer abstrakt-generellen Vorausregelung des zuständigen Richters: kammerinterne Geschäftsverteilung; relevanter Zeitpunkt für einen Verstoß).
§ 101 Abs. 1 GG; § 21g Abs. 1, Abs. 2 GVG

1. Das Gebot des gesetzlichen Richters wird nicht erst durch eine willkürliche Heranziehung im Einzelfall verletzt. Unzulässig ist vielmehr auch schon das Fehlen einer abstrakt-generellen und hinreichend klaren Regelung, aus der sich der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Richter möglichst eindeutig ablesen lässt (vgl. BVerfGE 95, 322 Rz. 30). Entsprechend ist deshalb in § 21g Abs. 1 und 2 GVG geregelt, dass innerhalb eines mit mehreren Richtern besetzten Spruchkörpers vor Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer die Geschäfte durch Beschluss aller dem Spruchkörper angehörenden Berufsrichter zu verteilen sind. Wie für die allgemeine gerichtsinterne Geschäftsverteilung gilt auch für die kammerinterne Geschäftsverteilung damit das Jährlichkeitsprinzip, nach dem die Regelung der Geschäftsverteilung mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, das mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, ohne weiteres außer Kraft tritt (vgl. BGHSt 49, 130).

2. Da die Garantie des gesetzlichen Richters eine generell-abstrakte Regelung über die Geschäftsverteilung innerhalb des Spruchkörpers entsprechend dem Vorausprinzip erfordert, kann maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen einer solchen Regelung nur der Zeitpunkt der Anhängigkeit eines Verfahrens beim jeweiligen Spruchkörper sein, zu dem die zuständige Spruchgruppe innerhalb der Strafkammer nach den Mitwirkungsgrundsätzen für den weiteren Verfahrensgang festgelegt wird.

444. BGH 4 StR 545/16 – Urteil vom 16. März 2017 (LG Detmold)

Begrenzung der Kognitionspflicht durch die Anklageschrift (unwesentliche Abweichung zwischen Tatvorwurf in der Anklage und nach dem Ergebnis der

Hauptverhandlung; weiterhin mögliche Individualisierbarkeit der Tat, Veränderung des Tatzeitraums); Verletzung des Dienstgeheimnisses (Begriff des Dienstgeheimnisses: Zeitpunkt der Aufhebung der Geheimniseigenschaft bei Bekanntwerden der Tatsache).

§ 200 Abs. 1 StPO; § 264 Abs. 1 StPO; § 353b Abs. 1 StGB

1. Eine Veränderung oder Erweiterung des Tatzeitraums führt nicht zur Aufhebung der Identität zwischen Anklage und abgeurteilter Tat, wenn die in der Anklage beschriebene Tat unabhängig von der Tatzeit nach anderen Merkmalen hinreichend individualisiert ist (st. Rspr.).

2. Gemäß § 264 Abs. 1 StPO ist Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Zur Tat im Sinne dieser Vorschrift gehört das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Lebensauffassung einen einheitlichen Vorgang bildet. In diesem Rahmen muss das Tatgericht seine Untersuchung auch auf Teile der Tat erstrecken (Kognitionspflicht), die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden (st. Rspr.). Verändert sich im Laufe eines Verfahrens das Bild des Geschehens, auf das die Anklage hinweist, so ist entscheidend, ob die „Nämlichkeit der Tat“ trotz dieser Abweichung noch gewahrt ist. Dies ist der Fall, wenn – ungeachtet gewisser Differenzen – bestimmte Merkmale die Tat weiterhin als einmaliges, unverwechselbares Geschehen kennzeichnen und keine wesentliche Änderung des Tatbildes eingetreten ist (st. Rspr.).

3. Dienstgeheimnisse im Sinne des § 353b Abs. 1 StGB sind tatsächliche Gegebenheiten, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und die der Geheimhaltung bedürfen. Sie müssen dem betreffenden Amtsträger im inneren Zusammenhang mit seiner Diensttätigkeit bekannt geworden sein (vgl. BGHSt 48, 126, 129). Werden Tatsachen, deren Kenntnis nur einem bestimmten geschlossenen Personenkreis vorbehalten ist, weiteren Personen bekannt, so geht deren Geheimnischarakter dadurch noch nicht verloren (vgl. BGHSt 20, 342, 383). Auch kommt es nicht darauf an, ob die Zahl der Mitwisser bestimmbar ist. Selbst ein noch ungesichertes und daher der Bestätigung bedürftiges „Bekanntsein“ einer Tatsache hebt deren Geheimnischarakter noch nicht auf (vgl. RGSt 74, 110, 111).

4. Erst wenn eine geheimhaltungsbedürftige Tatsache einer ungewissen Vielzahl von Personen bekannt geworden ist und sich dadurch so verbreitet hat oder auf andere Weise so zugänglich geworden ist, dass ein verständiger und erfahrener Mensch ohne weiteres zuverlässig von ihr Kenntnis haben oder sich von ihr aus allgemein zugänglichen Quellen unschwer überzeugen kann, hat sie ihren Geheimnischarakter verloren (vgl. BGHSt 48, 126, 129 f.).

435. BGH 2 StR 235/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Erfurt)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung im Urteil in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

In Fällen, in denen „Aussage gegen Aussage“ steht, bestehen besondere Anforderungen an die Darlegung einer zur Verurteilung führenden Beweiswürdigung. Die Urteilsgründe müssen in einem solchen Fall erkennen lassen, dass das Tatgericht alle Umstände, welche die Entscheidung zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten zu beeinflussen geeignet sind, erkannt, in seine Überlegungen einbezogen und auch in einer Gesamtschau gewürdigt hat (st. Rspr.). Dabei sind gerade bei Sexualdelikten die Entstehung und die Entwicklung der belastenden Aussage aufzuklären (vgl. BGH NStZ 2002, 656, 657).

439. BGH 2 StR 78/16 – Urteil vom 1. Februar 2017 (LG Hanau)

Tatrichterlicher Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil: Gesamtwürdigung aller Indizien, Berücksichtigung eines während der Hauptverhandlung geänderten Aussageverhaltens des Angeklagten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

Da an die Bewertung der Einlassung eines Angeklagten die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie an die Beurteilung von Beweismitteln, hat der Tatrichter sich seine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einlassung des Angeklagten aufgrund einer Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu bilden (st. Rspr.). Dabei kann ein Wechsel der Einlassung im Laufe des Verfahrens ein Indiz für die Unrichtigkeit der Einlassung in der Hauptverhandlung sein und ihre Bedeutung für die Beweiswürdigung verringern oder unter Umständen ganz entfallen lassen. Im Hinblick auf die Möglichkeit einer Anpassung der Einlassung an die Ergebnisse der Beweisaufnahme kann auch der Zeitpunkt, zu dem sich ein Angeklagter zur Sache einlässt, ein Umstand sein, der im Rahmen der Gesamtwürdigung gegen die Glaubhaftigkeit der Einlassung spricht.

449. BGH 1 StR 399/16 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG München I)

Unbegründete Anhörsrüge.

§ 356a StPO

Die Anhörsrüge dient, wenn rechtliches Gehör im Rahmen einer Revisionshauptverhandlung gewährt worden ist, nicht dazu, das Revisionsgericht zu veranlassen, das Revisionsvorbringen nochmals zu überprüfen. Mit dem Vorwurf, der Senat habe in der Sache fehlerhaft entschieden, kann der Beschwerdeführer im Rahmen der Anhörsrüge nicht gehört werden.

465. BGH 2 ARs 385/16 (2 AR 221/16, 2 ARs 387/16, 2 AR 220/16, 2 ARs 388/16, 2 AR 223/16) – Beschluss vom 11. Januar 2017

Zuständigkeitsbestimmung; nachträgliche Entscheidung über Strafaussetzung zur Bewährung oder Verwarnung mit Strafvorbehalt (Ende der Befasstheit).

§ 14 StPO; § 453 Abs. 2 StPO; § 453b StPO; § 462a Abs. 1 StPO

1. Das Befasstsein der Strafvollstreckungskammer eines Landgerichts endet mit der Beschlussfassung über die Verlängerung der Bewährungszeit, wenn die Freiheitsstrafe in einer Vollzugsanstalt, welche im Zuständig-

keitsbereich eines anderen Landgerichts liegt, vollstreckt wird.

2. Dass gegen diese Beschlüsse weiterhin die Beschwerde möglich ist, ist unerheblich. Auch der Eintritt der Rechtskraft ist insoweit unerheblich. Anderenfalls könn-

ten diejenigen Sachen, die durch einen Beschluss beschieden werden, der mit der einfachen Beschwerde angreifbar ist, nur nach Durchlaufen des Beschwerdeverfahrens abschließend entschieden werden, was dem Sinn der Konzentrationsregeln zuwiderliefe.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

421. BGH 5 StR 333/16 – Urteil vom 8. März 2017 (LG Hamburg)

BGHSt; keine Auswirkungen der unionsrechtlichen „Rückführungsrichtlinie“ auf die Strafbarkeit von „Schleusern“ (Zweck der Rückführungsrichtlinie; Abschluss praktischer Beeinträchtigungen des Rückführungsverfahrens; kein Wegfall des Unrechts; Ausreichen einer vorsätzlichen rechtswidrigen „Haupttat“; fehlender Zusammenhang mit Unrecht der Tat des „Schleusers“).

§ 96 AufenthG; Art. 1, 2 RL 2008/115/EG

1. Die sogenannte Rückführungsrichtlinie steht der Strafbarkeit des „Schleusers“ nach § 96 AufenthG nicht entgegen.

2. Die Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG) will ein harmonisiertes und effizientes Verfahren zur Rückführung sich illegal in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union aufhaltender „Drittstaatsangehöriger“ gewährleisten und eine mögliche Beeinträchtigung ihrer praktischen Wirksamkeit ausschließen. Weil eine Straftat wegen unerlaubten Aufenthalts grundsätzlich geeignet sein kann, das Rückkehrverfahren scheitern zu lassen bzw. zu verzögern, soll eine Freiheitsstrafe nicht allein deshalb verhängt werden, weil sich ein „Drittstaatsangehöriger“ illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhält, nachdem ihm eine Anordnung zum Verlassen des Staatsgebiets bekannt gegeben worden und die darin gesetzte Frist abgelaufen ist. (Bearbeiter)

3. Die Rückführungsrichtlinie und das auf ihrer Grundlage durchgeführte Rückführungsverfahren machen indes das mit einem unerlaubten Aufenthalt verbundene Unrecht nicht ungeschehen. Den zuständigen Behörden wird lediglich ein Verfahren vorgegeben, um den unerlaubten Aufenthalt bei Vorliegen der dort geregelten Maßgaben schnellstmöglich zu beenden. Dafür, dass es unionsrechtlich geboten sein könnte, Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Tat des illegal Einreisenden entfallen zu lassen, gibt es keine Anhaltspunkte. (Bearbeiter)

4. Rückführungsrichtlinie und -verfahren stehen in keinerlei Zusammenhang mit dem Unrecht des „Schleusers“ oder sonstigen Hintermanns des unerlaubten Aufenthalts. Es besteht insoweit sogar die in mehreren europa-

rechtlichen Instrumenten verankerte gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, Anstiftung und Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt wirksam zu sanktionieren. Sie könnte nicht erfüllt werden, wenn die hier betroffenen „Schleusungstatbestände“ aufgrund des Fehlens einer rechtswidrigen Haupttat in einem beträchtlichen Umfang leerlaufen würden.

417. BGH 3 StR 424/16 – Urteil vom 9. März 2017 (LG Verden)

Bankrott (Gläubigerstellung des Gesellschafters bei Darlehensrückgewähr an sich selbst oder eine beherrschte Gesellschaft; Abgrenzung zur Gläubigerbegünstigung; Eigenkapitalersatz; neue Rechtslage; milderes Recht); Inbegriffsrüge bei fehlender Feststellung zum Selbstleseverfahren (vom Revisionsführer vorzubringende Verfahrenstatsachen).

§ 283 StGB; § 283c StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 249 StPO; § 261 StPO; § 344 StPO

1. Auch nach dem Wegfall der gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu sog. eigenkapitalersetzenden Darlehen (vgl. §§ 32a, 32b GmbHG a.F.) erfüllt nach Ansicht des Senats die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens durch den Täter an sich selbst oder eine von ihm kontrollierte andere Gesellschaft – bei Vorliegen aller übrigen Tatbestandsvoraussetzungen – regelmäßig den Tatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, nicht aber den der Gläubigerbegünstigung im Sinne von § 283c Abs. 1 StGB.

2. Es kommt für die Gläubigerstellung im Sinne von § 283c Abs. 1 StGB nicht entscheidend darauf an, ob einem Gesellschafter wegen eines der Gesellschaft gewährten Darlehens eine zivilrechtlich wirksame Rückzahlungsforderung zusteht. Maßgeblich ist vielmehr, dass es sich bei der Vorschrift des § 283c Abs. 1 StGB um eine Privilegierung gegenüber § 283 StGB handelt, die eingreift, weil ein Schuldner milder bestraft werden soll, wenn er sich bloß davon leiten ließ, einen bestimmten Gläubiger durch Befriedigung oder Sicherung von dessen Forderung besonders zu bevorzugen. Wenn der Schuldner hingegen sich selbst oder einem von ihm kontrollierten Unternehmen auf Kosten der Masse einen Vorteil verschaffen will, besteht kein Anlass für eine solche Privilegierung.

3. Der Feststellung nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO bedarf es zur Kenntlichmachung und zum Hinweis an die Ver-

fahrendbeteiligten, dass der Beweisstoff in Form des Urkundsbeweises, der beim Selbstleseverfahren außerhalb der Hauptverhandlung erhoben wird, dennoch als Inbegriff der Hauptverhandlung im Sinne von § 261 StPO der Überzeugungsbildung des Gerichts zu Grunde gelegt werden kann. Dies wird durch die Feststellung und Protokollierung nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO beweiskräftig vollzogen. Fehlt der entsprechende Vermerk, so ist die Inbegriffsrüge nach § 261 StPO eröffnet, dass die dem Selbstleseverfahren zugeführten Urkunden als verwertbarer Beweisstoff nicht zur Verfügung standen.

453. BGH 1 StR 575/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Stuttgart)

Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung (Berechnung der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer).

§ 7 Abs. 1 Satz 1 GewStG; § 8 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 KStG, § 4 Abs. 4 EStG; § 370 AO

Bei der Berechnung der Höhe der hinterzogenen Gewerbesteuer ist zu beachten, dass die in Bezug auf die verdeckten Gewinnausschüttungen zusätzlich anfallende Gewerbesteuerschuld als weitere Betriebsausgabe abzuziehen ist. Die Gewerbesteuer mindert ihre eigene Bemessungsgrundlage.

436. BGH 2 StR 291/16 – Urteil vom 22. Februar 2017 (LG Schwerin)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung: strafmildernde Berücksichtigung von verspätet geleisteter Aufklärungshilfe, minderschwerer Fall).

§ 30a Abs. 1, Abs. 3 BtMG; § 46 BtMG; § 31 BtMG; § 46b Abs. 3 BtMG

1. Es unterläuft nicht den gesetzgeberischen Zweck des § 31 BtMG, das dessen Voraussetzungen noch nicht genügende Aussageverhalten des Angeklagten bei der Strafzumessung – neben anderen Kriterien – zu dessen Gunsten zu berücksichtigen.

2. Zwar kann eine verspätet geleistete Aufklärungshilfe für sich genommen – ohne Hinzutreten weiterer gewichtiger Strafmilderungsgründe – keine Strafraumenverschiebung gemäß § 30a Abs. 3 BtMG begründen. In der Tat würde es den gesetzlichen Wertungen widersprechen, einem Angeklagten eine Strafraumenverschiebung nach § 31 Satz 1 BtMG i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB wegen Überschreitens der Zeitgrenze des § 31 Satz 3 BtMG i.V.m. § 46b Abs. 3 StGB zu verwehren, ihm dann allerdings allein wegen der verspätet geleisteten Aufklärungshilfe eine (für ihn noch günstigere) Strafraumenverschiebung gemäß § 30a Abs. 3 BtMG zuzubilligen. Dies hindert jedoch nicht, eine erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens erbrachte Aufklärungshilfe im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen (vgl. BGHSt 56, 191, 193). Bei Hinzutreten weiterer gewichtiger Strafmilderungsgründe kann eine solche verspätete Aufklärungshilfe im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung durchaus die Annahme eines minder schweren Falles rechtfertigen, ohne dass darin eine Umgehung von § 31 Satz 3 BtMG i.V.m. § 46b Abs. 3 StGB zu sehen wäre.

Aufsätze und Anmerkungen

Direkter Tötungsvorsatz und Strafzumessung

zugleich Anmerkung zu BGH 2 StR 150/15, HRRS 2017 Nr. 63

Von Lucas Tomiak, Bonn*

Der Anfragebeschluss des 2. Senats des BGH behandelt mehrere Probleme. Neben der Frage nach der Existenz eines „Regeltatbilds“ (und damit zusammenhängend der Reichweite des Doppelverwertungsverbots des § 46 Abs. 3 StGB) geht es um das Problem, ob den von der h.M. anerkannten verschiedenen Vorsatzformen ein unterschiedlicher Unrechts- oder Schuldgehalt, der auch in der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, zukommt. Zuletzt interessiert, ob es sich bei diesen Problemen um Tat- oder Rechtsfragen handelt. Alledem soll im Folgen-

den nachgegangen werden. Vorweg: wenn der Anfrage auch nicht in allen Punkten vorbehaltlos zuzustimmen ist, ist sie in ihrer Stoßrichtung dennoch zu begrüßen. Auch der 5. Senat hat dem Anfragebeschluss inzwischen mit Beschluss vom 23.02.2017, Az. 5 ARs 57/16, vorbehaltlos zugestimmt.

I. Entscheidung und Problemstellung

Der traurige Sachverhalt ist schnell erzählt: der Angeklagte brachte seine Ehefrau um, indem er sie mittels eines Schlagens eine Treppe hinunterstürzte, ihr danach

* Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ingeborg Puppe sowie bei Dr. Scarlett Jansen.

mehrere Schläge mit einem Feuerlöscher gegen den Kopf versetzte sowie weitere Gewalt gegen den Oberkörper anwandte. Das LG Köln stellte dabei – laut BGH rechtsfehlerfrei – Tötungsabsicht fest. Diese Tötungsabsicht brachte das LG sowohl in der Ablehnung eines sonstigen minder schweren Falls des Totschlags gem. § 213 StGB als auch im Rahmen der Strafzumessung erschwerend in Stellung.

Diese strafscharfende Berücksichtigung ist nach der überwiegenden Rechtsprechung des BGH nicht zulässig. Das wird vor allem auf einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 gestützt: das Vorliegen direkten Tötungsvorsatzes sei „Regelfall“ der Tötung.¹ Nach einigen Entscheidungen kann die Berücksichtigung im Zusammenhang mit anderen Strafzumessungsgründen allerdings möglich sein, so etwa mit der Art der Ausführung, wenn der Täter die Tötung mittels einer besonders gefährlichen Handlung begehe, da er die Tötung gerade beabsichtige.² Die ablehnenden Stimmen in der Literatur verneinen hingegen zumeist eine Unrechts- und Schuldifferenz der verschiedenen von der h.M. anerkannten Vorsatzformen. Diese seien lediglich im Rahmen der Motive des Täters von Bedeutung, ließen aber generell keine Aussage über die Strafwürdigkeit zu;³ eine „schematische Betrachtungsweise“⁴ verbiete sich.

Beiden Argumenten tritt der 2. Senat in seiner Anfrage entgegen. Das Gesetz unterscheide in verschiedenen BT-Tatbeständen zwischen Vorsatz, Wissentlichkeit und Absichtlichkeit und knüpfe an die beiden letzteren höhere Strafen, so etwa in § 226 Abs. 1 und 2. Teilweise begründe auch einzig absichtliches Handeln die Strafbarkeit. Zudem sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, zwischen den Vorsatzformen herrsche ein Stufenverhältnis, die Nicht-Unterscheidung der verschiedenen Vorsatzformen sei allein redaktionellen Bedürfnissen geschuldet. Die Differenzierung sei auch normativ sinnvoll: im Gegensatz zu dem mit *dolus eventualis* handelnden Täter sei das Handlungsunrecht bei Handeln trotz siche-

rer Voraussicht des Erfolgseintritt erhöht. Dies sei bei der Absicht noch einmal ausgeprägter: das Anstreben der Tötung einer anderen Person sei „im besonderen Maße mit einem sozialen Unwerturteil belegt“. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass das Vorliegen einer stärkeren Vorsatzform nicht notwendig mit einer insgesamt erhöhten Tatschuld einhergehe, was jedoch nichts an deren grundsätzlicher Tauglichkeit als Strafzumessungsfaktor ändere.

Auch ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot liege nicht vor. Bei steigerungsfähigen Tatbestandsmerkmalen sei die Berücksichtigung der konkreten Ausprägung des Merkmals zulässig. „Jedenfalls bei Tötungsabsicht“ sei eine Schuldsteigerung gegenüber der Tötung mit bedingtem Vorsatz anzunehmen. Dagegen spreche auch nicht das in der Rechtsprechung verbreitete Argument, die Tötung mit direktem Vorsatz sei der Regelfall: statistisch werde der Totschlag in der größten Zahl der Fälle mit bedingtem Vorsatz begangen. Normativ seien die „ganz unterschiedlichen Motivationslagen“ bei Absicht und Wissentlichkeit zu berücksichtigen, die eine Differenzierung zwischen diesen Vorsatzformen fordere. Jedenfalls die absichtliche Tötung sei nach alledem ein zulässiger Strafschärfungsgrund.

II. Die Vorsatzformen innerhalb der Strafzumessung

Zunächst soll die Frage behandelt werden, ob innerhalb des Vorsatzes Differenzierungen im Hinblick auf den Unrechts- und Schuldgehalt anzuerkennen sind.

Die herrschende Ansicht in der Literatur⁵ wie auch die Rechtsprechung⁶ unterscheiden bekanntermaßen die Vorsatzformen Absicht, Wissentlichkeit und bedingter Vorsatz. *Bruns* schreibt über die Bedeutung dieser Vorsatzformen für die Strafzumessung: „Die Vorsatzvarianten als solche sagen in der Tat über die Strafwürdigkeit des Täters unmittelbar nichts aus, gewinnen nur insofern Bedeutung, als sie auf seine Motive verweisen, die sich aber mit den Vorsatzarten nicht decken. Deshalb lässt sich generell weder die mit direktem Vorsatz begangene Tötung schärfer, noch die mit (bloßem) Eventualdolus ausgeführte milder beurteilen.“⁷ Die Unrechtsgehalte sollen sich nicht bedeutend unterscheiden: zwar wolle der absichtlich handelnde Täter den Erfolg unmittelbar erreichen, aber könne nicht in manchen Fällen die Rücksichtslosigkeit, die dem mit *dolus eventualis* handelnden Täter eigen sei, ein noch größeres Unrecht darstellen?⁸

Hier zeigt sich eine Gefahr des „Gesamtschau“-Topos, der gerade innerhalb der Strafzumessung häufig zum Zuge

¹ Aus jüngerer Zeit nur BGH NStZ-RR 2016, 8 = HRRS 2016 Nr. 20; BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 7 = HRRS 2015 Nr. 781; BGH NStZ-RR 2015, 171 = HRRS 2015 Nr. 457; zust. *Miebach/Maier*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Aufl. (2016), § 46 Rn. 194; *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 46 Rn. 45a; *Kett-Straub* NStZ 2017, 279, 280; anders jedenfalls für Absicht aber schon BGH NStZ 2012, 689 = HRRS 2012 Nr. 681.

² BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 5.

³ *Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. (1985), S. 214; *Schneider*, in: MüKo, Band 4, 2. Aufl. (2012), Rn. 79; *Jähnke*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 5, 11. Aufl. (2005), § 212 Rn. 45; *Theune*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, LK, Band 2, 12. Aufl. (2006), § 46 Rn. 77; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. (2014), § 46 Rn. 33; zweifelnd auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), § 83 II. 2., vgl. aber auch § 29 III. 2., 3.a).

⁴ *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 618; *Miebach/Maier*, in: MüKo (Fn. 1), § 46 Rn. 194; ähnlich *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 3. Aufl. (2016), § 212 Rn. 27.

⁵ Für einen Überblick nur *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 15 Rn. 64 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. (2006), 12/7 ff.

⁶ So etwa der Senat in Rz. 17 des besprochenen Beschlusses.

⁷ *Bruns*, Strafzumessung (Fn. 3), S. 214.

⁸ *Bruns*, Strafzumessung (Fn. 3), S. 214; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991), 8/8; *Saliger* ZStW 109 (1997), 302, 322 f.; ähnlich wie diese unter Verweis auf eine mögliche höhere Erfolgschance bei einer bedingt vorsätzlichen Tötung *Sancinetti*, Festschrift für Roxin zum 70. Geburtstag (2001), S. 349, 356 f.

kommt.⁹ Die Vorsatzart kann nicht allein bestimmend für den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat, sondern nur *ein* Indikator für die Tatbewertung und damit die Strafhöhe sein.¹⁰ Dies gilt nicht nur gegenüber äußerlichen Strafzumessungsgründen wie den verschuldeten Auswirkungen der Tat, sondern auch gegenüber weiteren inneren Gründen wie der Gesinnung des Täters. Das zeigt sich im positiven Recht schon daran, dass der mit *dolus eventualis* begangene Mord aus niedrigen Beweggründen (oder anderen Merkmalen der 1. Gruppe des § 211 Abs. 2) mit der lebenslangen Freiheitsstrafe zwingend schärfer zu bestrafen ist als der absichtlich begangene Totschlag, sofern kein Fall des § 212 Abs. 2 vorliegt. Das ist aber kein Grund, der Vorsatzform jegliche Relevanz abzuspochen. Dass nicht ein Gesichtspunkt allein Bedeutung hat, ist der Normalfall einer Abwägung.¹¹ Die Frage ist, ob einer stärkeren Ausprägung des Vorsatzes *ceteris paribus* ein höherer Unrechtsgehalt zukommt; das kann nicht mit einem Verweis auf Fälle, in denen zur niedrigeren Vorsatzform ein besonders rücksichtsloses Motiv hinzukommt, beantwortet werden, sondern ist bei im Übrigen gleichen Bedingungen zu entscheiden.

Dazu ist zunächst festzustellen, dass sowohl das Wissenselement als auch – soweit man es verlangt – das Wollenselement des Vorsatzes steigerungsfähige Merkmale sind. Im Rahmen des *dolus eventualis* begnügt sich die h.M. bezüglich des Wissenselements damit, dass der Täter den Erfolgseintritt für „möglich und nicht ganz fernliegend“ hält.¹²

Problematischer ist schon die Definition der Wissentlichkeit. Einigkeit besteht insoweit, dass Wissentlichkeit erfüllt ist, wenn der Täter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit weiß, dass der Erfolg eintreten wird, wenn er die tatbestandsmäßige Handlung vornimmt.¹³ Die h.M. nimmt diese Vorsatzform zudem an, wenn der Täter im Bewusstsein handelt, der Erfolg werde mit höchster Wahrscheinlichkeit eintreten, sofern er eines seiner Handlungsziele erreicht, auch wenn die Erreichung dieses Zieles selbst unsicher ist.¹⁴ Demonstriert

am klassischen Fall Thomas¹⁵: der Täter muss sich nicht sicher sein, ob die Bombe detoniert, mit der er ein Schiff sprengen will, um die Versicherungssumme zu kassieren, solange er davon ausgeht, dass die Besatzungsmitglieder einen (nahezu) sicheren Tod finden, falls sie explodiert. In der ersten Variante geht es also um eine besonders hohe Ausprägung des Wissenselements des Vorsatzes (im Folgenden: *Wissentlichkeit* im engeren Sinn), in der zweiten um die nahezu sichere Verknüpfung des tatbestandsmäßigen Erfolgs mit einem der Handlungsziele des Täters. Nachfolgend wird gezeigt werden, dass für beide Definitionen eine im Vergleich zum *dolus eventualis* höhere Unrechtsqualität anzunehmen ist.

Zunächst zur besonders starken Ausprägung des Wissenselements: es ist kaum vorstellbar, dass der Täter, der davon ausgeht, der Erfolg werde bei Vornahme der Handlung sicher eintreten, diesen Erfolg nicht wenigstens „im Rechtssinne billigt“, was nach der Rspr. das für die Annahme von bedingtem Vorsatz nötige voluntative Element ist¹⁶. Spricht man dem stärkeren Wissen um den Erfolgseintritt einen höheren Unrechtsgehalt zu, ließe sich für das Gros der Fälle die Regel¹⁷ aufstellen, dass *Wissentlichkeit* im Vergleich zum *dolus eventualis* ein *ceteris paribus* strafmaßerhöhender Faktor ist.

Der Senat nimmt eine solche Regel an. Er verweist zunächst auf Tatbestände, in denen *Wissentlichkeit* oder Absicht strafbegründend wirken oder einen Strafrahmensprung nach sich ziehen.¹⁸ Der bloße Verweis auf diese Tatbestände genügt aber nicht: um die Differenzierung nach Vorsatzformen in der Strafzumessung bei Tötungsdelikten zu erklären, müsste das Prinzip, das hinter der Strafbegründung oder -verschärfung bei den vom Senat aufgezählten Delikten steht, gerade auch bei den Tötungsdelikten gelten. Bei der materiellen Begründung einer Strafschärfung bei *Wissentlichkeit* fasst sich der Senat aber sehr kurz: „der wissentlich handelnde Täter [sieht] den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als sicher voraus. Er handelt ‘trotz besseren Wissens’ und kalkuliert die Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolges und die hierin liegende Verletzung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts überlegt ein. Das Handeln trotz sicherer Voraussicht des Erfolgseintritts erhöht das Handlungsunrecht gegenüber dem bedingt vorsätzlich handelnden Täter“.¹⁹ Der einzige vom Senat genannte Grund für die Strafschärfung ist demnach die Erhöhung des Handlungsunrechts durch das „überlegte“ Vorgehen. Der wissentlich handelnde Täter muss allerdings nicht

⁹ So schon *Frisch* GA 1989, 338, 342 f.; *Fahl*, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe (1996), S. 152; vgl. besonders deutlich BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 5: der Richter solle sich bei der Strafzumessung nicht von „formaler, schematischer Betrachtungsweise leiten lassen“, vielmehr seien die „Umstände des Einzelfalls zu würdigen“.

¹⁰ Dies sieht auch der 2. Senat so, Rz. 27 des besprochenen Beschlusses; auch schon *Foth* JR 1985, 397, 398; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 157.

¹¹ *Foth* JR 1985, 397, 398; vgl. auch *Grosse-Wilde*, in: Effer-Uhe, Hoven, Kemny, Rösinger (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft? (2016), S. 141, 146 ff.

¹² *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl. (2013), § 15 Rn. 88 mwN aus der Rspr.

¹³ Insoweit zutreffend wiedergegeben vom Senat, Rz. 17 des besprochenen Beschlusses.

¹⁴ So *Roxin*, AT/1 (Fn. 5), 12/18; *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl. 2016, 9/3,5; *Vogel*, in: LK, Band 1, 12. Aufl. (2007), § 15 Rn. 95; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2011), 8/108; dagegen *Joecks*, in: MüKo, Band 1, 3. Aufl. (2017), § 16 Rn. 30; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch (2013), § 15 Rn. 12.

¹⁵ Schilderung und Besprechung bei *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2 Hälfte 2, 2. Aufl. (1916), S. 851 ff.

¹⁶ Eingehend dazu *Puppe*, in: NK (Fn. 12), § 15 Rn. 31 ff.

¹⁷ Zur Möglichkeit der Bildung von prima-facie Regeln *Grosse-Wilde*, in: Einheit (Fn. 11), S. 141, 146 ff, sowie ausführlich *ders.*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung (2017), S. 184 ff.

¹⁸ Rz. 18, 20 des Beschlusses.

¹⁹ Rz. 23.

überlegt vorgehen;²⁰ ebenso kann eine mit *dolus eventualis* begangene Tat wohlüberlegt sein²¹.

Dennoch trifft das Ergebnis des Senates zu. Der Vorsatz ist im Vergleich zur Fahrlässigkeit ein *plus*.²² Seine höhere Strafwürdigkeit lässt sich durch einen höheren Grad an Zurechnung erklären:²³ ein stärker ausgeprägtes Wissen um die Deliktsverwirklichung lässt diese in einem höheren Maß als Werk des Täters erscheinen.²⁴ Diese Zurechnung kann aber feingestuft behandelt werden als nach einem dreistufigen Schema vorsätzliche Zurechnung – fahrlässige Zurechnung – keine Zurechnung. Für die Ebene der Strafbegründung genügt dieses Schema grundsätzlich, innerhalb der Strafzumessung aber wird aus einem zweidimensionalen ein dreidimensionales Modell.²⁵ Hier ist kein Grund mehr ersichtlich, an einem bestimmten Grad an Zurechnung (dem der Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit) abzubrechen.²⁶ Der Täter, der den Erfolgseintritt stärker voraussieht, verwirklicht in diesem Punkt höheres Unrecht. Zwar kann auch das Nichtwissen um den Erfolgseintritt wegen Gefahrverdrängung rücksichtslos sein und gegebenenfalls *dolus eventualis* begründen.²⁷ Dies ist jedoch vor allem relevant für die Frage, ob ein solches Handeln den Vorwurf des Vorsatzes verdient.²⁸ Sicherer Wissen um den Erfolgseintritt ist aber gravierender als das bloße Erkennen der Möglichkeit: das Handeln trotz Kenntnis der die Gefahr begründenden Tatsachen kann das Urteil der Gleichgültigkeit verdienen, noch gleichgültiger handelt

aber der, der sicher davon ausgeht, das Delikt zu verwirklichen.²⁹

Ähnlich lässt sich auch für die Absicht und die oben erläuterte zweite Form der Wissentlichkeit argumentieren. Dem Täter, der sich die Tatbestandsverwirklichung als Ziel setzt oder sie doch für den Fall seiner Zielerreichung als sicher geschehend einkalkuliert, lässt sich der Erfolg ebenso stark zurechnen wie demjenigen, der um die Tatbestandsverwirklichung sicher weiß. In all diesen Fällen will der Täter gerade einen Kausalverlauf herbeiführen, dessen fester Bestandteil die Deliktsverwirklichung ist. Er plant die Rechtsverletzung als Handlungskonsequenz ein, bei ihm ist der „Erfolg untrennbar mit dem Handlungsziel (...) verknüpft“³⁰ und gerade deshalb die Erfolgzurechnung am stärksten. Dies führt zu einem höheren Handlungsunrecht, das im Rahmen der Strafzumessung schon deshalb zu berücksichtigen ist, weil § 46 Abs. 1 S. 1 die Schuld als Grundlage der Strafe nennt.³¹ Eine weitere Differenzierung in Form einer Regel für die deutliche Mehrzahl der Fälle innerhalb des *dolus directus* ist insoweit aber nicht möglich: zwischen dem absichtlich und wissentlich *ieS* handelnden Täter besteht, auf die Zurechnung des Erfolges bezogen, grundsätzlich kein Unterschied, versteht man wie hier gerade die sichere Verknüpfung der Handlung mit dem Erfolg als entscheidenden Faktor.³² Zu beachten ist freilich, dass die Zurechnung des Erfolges bei (sehr) schwach ausgeprägtem Wissensmoment des absichtlich handelnden Täters hinter der des wissentlich *ieS* handelnden Täters zurückbleiben kann, was sich dann auch in der Strafzumessung niederschlagen kann.³³ Die Gegenposition, nach der auch zwischen Absicht und Wissentlichkeit differenziert werden kann und die sich auch der Senat zu eigen macht³⁴, findet sich am deutlichsten

²⁰ So betonte der BGH in einer früheren Entscheidung auch, dass selbst „der die Steuerungsfähigkeit beeinträchtigende Affekt (...) sich nicht auf den Vorsatz und dessen Form auswirken [musste]“, BGH NStZ-RR 2003, 8, 9.

²¹ Vgl. etwa die Fallkonstellation in BGH StV 1998, 130.

²² Näher dazu *Puppe*, in: NK (Fn. 12), § 15 Rn. 4 f.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 373 mwN in Fn. 671; aus jüngster Zeit *Rostalski* GA 2016, 73, 82 ff.; *Grosse-Wilde*, Erfolgzurechnung (Fn. 17), S. 554 ff.

²³ *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht (2007), S. 428 f. sowie ausführlich rechtsvergleichend S. 408 ff.; *Blomsma*, in: Klip (Hrsg.), Substantive Criminal Law of the European Union (2011), S. 135, 139 ff.; *Feinberg* Synthese 72 (1987), 249, 253 f.; gegen eine aus präventiven Strafzwecken begründete Trennung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit *Vogel*, in: LK (Fn. 14), § 15 Rn. 10.

²⁴ *Pérez-Barberá* GA 2013, 454, 466; angedeutet bei *Walter* GA 1985, 197, 203.

²⁵ Das treffende Bild stammt von *Grosse-Wilde* ARSP-B 128 (2012), 45, 55.

²⁶ Anders sieht das *Jakobs* ZStW 123 (2011), 313, 316: entscheidend sei, dass der Täter deliktischen Sinn setze, sobald ihm überhaupt bewusst sei, dass er mit seinem Verhalten das erlaubte Risiko überschreite; „der Täter soll sich am Recht orientieren, – das ist nicht steigerbar“. Zum einen aber erscheint schon fraglich, warum der „deliktische Sinn“ nicht auch von der Stärke der subjektiven Beziehung des Täters zum Erfolg abhängt. Zum anderen kann sich eine jedenfalls auch retributiv begründete Strafe nicht damit zufriedengeben, bei den Minimalanforderungen der Tatbestandsverwirklichung stehen zu bleiben und dem Täter nur die bloße Nichtorientierung am Recht vorzuwerfen: geht es darum, das Maß des Verdienten zu bestimmen, müssen das Ausmaß der Tatbestandsmerkmale und damit die Schwere des Rechtsverstoßes näher konkretisiert werden.

²⁷ *Puppe* ZStW 103 (1991), 1, 12 f.

²⁸ Vgl. *Pérez-Barberá* GA 2013, 454, 465 f.

²⁹ Auf dem Boden der positiven Generalprävention *Stahl*, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht (2015), S. 128 ff; tendenziell anders *Weigend*, in: Substantive Criminal Law of the European Union (Fn. 23), S. 161, 168 mit Fn. 14.

³⁰ So für die Wissentlichkeit *Puppe* GA 2006, 65, 70; ähnlich wird der (nach herkömmlicher Terminologie Absicht und Wissentlichkeit umfassende) Begriff des direkten Vorsatzes bei *Stratenwerth/Kuhlen*, AT (Fn. 14), 8/109 charakterisiert.

³¹ Näher *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 213 f.; *Eschelbach*, in: S/S/W (Fn. 4), § 46 Rn. 75 ff.

³² Im Ergebnis auch BGH JR 1981, 512 mit zust. Anm. *Bruns*; *Frisch*, Vorsatz und Risiko (1983), S. 500 Fn. 93a; *ders.*, ZStW 99 (1987), 751, 768 f.; *Hörnle*, Strafzumessung (Fn. 31), S. 263; *Vogel*, in: LK (Fn. 23), § 15 Rn. 77; *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 14), § 15 Rn. 62; wohl auch *Horn/Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, 9. Aufl. (2016), § 46 Rn. 125; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 46 Rn. 33; Zur Diskussion im englischsprachigen Raum, ob die Wissentlichkeit nur ein Unterfall der Absicht oder sogar mit ihr identisch ist vgl. etwa *Williams* Cambridge Law Journal 46 (1987), 417; *Kavenly* Law Quarterly Review 120 (2004), 81, 83 ff.

³³ Vgl. *Schmitz* ZStW 112 (2000), 301, 329 f.

³⁴ Rz. 25 mit der Begründung, die erstrebte Tötung sei im Vergleich zur wissentlich ausgeführten „in besonderem Maße mit einem sozialen Unwerturteil belegt“. Entscheidend ist jedoch, ob dieses Unwerturteil näher begründet werden kann; dazu im Text.

ausgearbeitet bei *Grünwald*.³⁵ Der entscheidende Unterschied im Handlungsunrecht der Vorsatzformen liege in der Missachtung des Rechts, die sich in der erstrebten Rechtsverletzung ausdrücke. Der Unterschied im Wissen zwischen *dolus eventualis* und *dolus directus* 2. Grades hingegen könne „denkbar subtil“³⁶ sein. Es erscheint aber nicht sinnvoll, die innere Einstellung des Täters derart in den Vordergrund zu rücken. Auch wenn der wissentlich handelnde Täter den Normwiderspruch nicht als eigentliches Handlungsziel erstrebt, trifft er doch die Entscheidung gegen die Rechtsnorm und für das darin liegende Unrecht. Gegenüber der voll zurechenbaren Unrechtsverwirklichung ist von untergeordneter Bedeutung, wie erwünscht dem Täter dieses ist. Insbesondere im Falle der Absicht kann aber die Motivlage des Täters zusätzlich zu einer Strafschärfung führen, wie § 46 Abs. 2 mit der Nennung der Ziele des Täters sowie der Gesinnung, die aus der Tat spricht, zum Ausdruck bringt.³⁷ Aufgrund der Unterschiedlichkeit der vorstellbaren Motivationen wird man aber keine Regel dahingehend aufstellen können, dass ein genereller Unterschied zwischen *dolus directus* 1. und 2. Grades besteht. Es leuchtet nicht ein, dass der Täter im Fall Thomas eine Strafmilderung dafür verdienen soll, dass er die Besatzungsmitglieder zur Erlangung einer Versicherungssumme (vgl. auch das Mordmerkmal der Habgier in § 211 Abs. 2) getötet hat, statt die Tötung als Endziel der Handlung zu begreifen.

III. Der normative Normalfall oder das Regeltatbild

Wie bereits ausgeführt wird gegen die strafschärfende Berücksichtigung direkten Vorsatzes auch mit dem Doppelverwertungsverbot bzw. damit argumentiert, dass direkter Vorsatz Regelfall vorsätzlicher Tötung sei.³⁸

Das Doppelverwertungsverbot aus § 46 Abs. 3 StGB besagt, dass Umstände, die schon Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes sind, bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden dürfen. Dies schreibt ein logisches Prinzip fest: auf alle Täter, die aus vollendeter Deliktsverwirklichung bestraft werden, trifft zu, dass sie die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes erfüllen. Zwischen ihnen kann diesbezüglich nicht differenziert werden.³⁹ Das gilt allerdings nur für das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, und bei steigerungsfähigen Merkmalen auch hier nur für das Minimum, das

für die Tatbestandsverwirklichung nötig ist; darüber hinaus kann das Ausmaß der Tatbestandsverwirklichung in die Strafzumessung einfließen und ist nicht vom Doppelverwertungsverbot umfasst.⁴⁰ Da der Vorsatz ein steigerbares Merkmal ist, spricht § 46 Abs. 3 nicht gegen die strafschärfende Berücksichtigung von dessen stärkerer Ausprägung.

Eine andere Frage ist indes, ob direkter Vorsatz zu dem „normativen Normalfall“ oder „Regeltatbild“ des Totschlags gehöre. Bei diesen Figuren geht es nicht mehr nur um das logische Problem der Mehrfachverwertung von Tatbestandsmerkmalen, sondern um die richtige Methode der Entscheidungsfindung. Das etwas diffuse Meinungsbild⁴¹ lässt sich dahingehend vergrößern, dass dem Richter mittels der Figuren ein Bezugspunkt geliefert werden soll, an dem er den ihm vorliegenden Fall messen kann.⁴² Dieser Bezugspunkt wird entweder über die statistisch „normale“ Merkmalsausprägung oder per normativer Festlegung bestimmt.⁴³ Ohne ihn könne nicht sinnvoll von der gleichzeitigen Existenz strafmildernder wie -schärfender Gesichtspunkte geredet werden: mildern und schärfen sind Relationsbegriffe, die auf einen gedachten Regelfall bezogen sein müssten, sollen sie über die triviale Aussage hinausgehen, dass das, was die Strafe nicht mildere, sie schärfe.⁴⁴ Eben diesen Regelfall soll der normative Normalfall oder das Regeltatbild darstellen. Er sei die neutrale Ausprägung eines Merkmals, und nur die Abweichung von ihm könne strafmildernd oder -schärfend wirken. Dass es strafschärfende wie strafmildernde Strafzumessungsfaktoren gebe, sei schon durch § 46 Abs. 2 S. 1 vorgegeben, wo von Umständen die Rede ist, die „für und gegen den Täter sprechen“.⁴⁵

Der Senat fasst sich hierzu wiederum kurz. Es sei „nicht naheliegend“, die Formen des direkten Vorsatzes zu einem einzigen normativen Normalfall zusammenzufassen, und der statistische Regelfall sei eher die Tötung mit bedingtem Vorsatz.⁴⁶ Untersucht werden müsste aber zunächst, ob diese Figuren im Bereich des Vorsatzes bei Tötungsdelikten überhaupt Anwendung finden; denn auch unabhängig von der grundsätzlichen Frage nach ihrer Existenz⁴⁷ kann man an ihrer Tauglichkeit für die Behandlung der Vorsatzformen zweifeln. Bei der Rede von einem Normal- oder Regelfall kann es jedenfalls nicht um die Ermittlung eines real existierenden Falls gehen, sondern um die Standardisierung von strafzumes-

³⁵ Tötungsdelikt (Fn. 10), S. 148 ff. Zum gleichen Ergebnis kommen *Fahl*, Regeltatbild (Fn. 9), S. 153 f.; *Eschelbach*, in: S/S/W (Fn. 4), § 46 Rn. 93, 208; tendenziell auch *Stahl*, Strafzumessungstatsachen (Fn. 29), S. 129; Nach *Zaibert*, *Five Ways Patricia Can Kill Her Husband* (2005), liegt die Besonderheit von Absichten darin, dass sie den Akteur besonders stark auf sein Ziel festlegen (S. 209 und passim). Aber neben dem Beabsichtigen eines Ereignisses ist auch das sichere Wissen um dessen Eintritt eine Festlegung auf das Ereignis.

³⁶ *Grünwald*, Tötungsdelikt (Fn. 10), S. 159; ohne nähere Begründung ähnlich *Zaibert*, *Five Ways* (Fn. 35), S. 175 f.

³⁷ Vgl. auch *Frisch* ZStW 99 (1987), 751, 768 f.; *Puppe*, in: NK (Fn. 12), § 15 Rn. 106.

³⁸ Vgl. die Nachweise o. Fn. 1.

³⁹ *Fahl*, Regeltatbild (Fn. 9), S. 27 ff. mwN; *Neumann* StV 1991, 256, 257.

⁴⁰ Insoweit richtig ausgeführt vom 2. Senat, Rz. 29 ff; aus der Literatur insbesondere *Hettinger* JZ 1982, 849, 850 f.; *Fahl*, Regeltatbild (Fn. 9), S. 92 ff.; *Eschelbach*, in: S/S/W (Fn. 4), § 46 Rn. 207 f.

⁴¹ Vgl. *Niemöller* GA 2012, 337, 351, der von einer „fast baby-lonischen Sprachverwirrung“ spricht.

⁴² *Neumann* StV 1991, 256, 259.

⁴³ Einen Überblick über Terminologie und Meinungsbild gibt *Fahl*, Regeltatbild (Fn. 9), S. 121 ff.

⁴⁴ *Frisch* GA 1989, 338, 345 f.; *Neumann* StV 1991, 256, 259; gerade dafür aber *Foth* JR 1985, 397, 398.

⁴⁵ *Eschelbach*, in: S/S/W (Fn. 4), § 46 Rn. 196, 199; *Niemöller* GA 2012, 337, 343, 351; vgl. auch *Weßlau* StV 1991, 259, 260.

⁴⁶ Rz. 32.

⁴⁷ Ablehnend *Foth* JR 1985, 397.

sungsrelevanten Merkmalen.⁴⁸ Wie eine solche Standardisierung ausfällt müsste aber für jedes Merkmal normativ⁴⁹ festgelegt werden. Man kann sich das anhand des Beispiels der Schuldfähigkeit deutlich machen.⁵⁰ Diese wird auf der Ebene der Strafbegründung vermutet,⁵¹ das Strafgesetz geht also vom Regelfall eines voll schuldfähigen Täters aus. Nun wäre es zwar logisch möglich, die gerade noch nicht erreichte Grenze zur Schuldunfähigkeit als Minimum der Tatbestandsverwirklichung anzusehen, jedes darüber hinaus gehende Quantum an Schuldfähigkeit also strafscharfend zu verwerten. Dass das Gesetz dem Täter bei Nichtvorliegen der besonderen Merkmale etwa der §§ 20, 21 StGB die volle Schuldfähigkeit zuschreibt, spricht allerdings gegen eine solche Deutung;⁵² es wäre erklärungsbedürftig, wieso diese Wertung nur für die Strafbegründung, nicht aber für die Strafzumessung Geltung beanspruchen soll. Die „Normalausprägung“ des Strafzumessungsmerkmals Schuldfähigkeit ist also deren Maximalwert.

Parallel dazu könnte man im Regelfall von einer vollen Zurechnung des Erfolgs ausgehen, also dem direkten Vorsatz, von wo aus lediglich Abstriche nach unten zu machen wären. Die Schuldfähigkeit wie die subjektive Erfolgzurechnung im Rahmen des Vorsatzes sind schließlich nach oben „gedeckt“. Allerdings ist der Grund für die Vermutung voller Schuldfähigkeit nicht auf den Vorsatz übertragbar: es geht hier nicht darum, dass der durchschnittliche Bürger als zur Befolgung der strafrechtlichen Normen fähig angesehen wird, sondern um die Quantifizierung des Unrechts. Das Gesetz gibt, wenn es „vorsätzliches“ Handeln verlangt, aber gerade keinen Hinweis darauf, dass es von einer bestimmten Vorsatzform ausgeht.⁵³ Es ist zudem auch nicht nötig, auf einen „normalen“ Fall zu rekurren, da – anders als etwa bei der Vermögenslage des Täters bei Eigentumsdelikten – der Gesetzgeber die nötige Schwelle zur Relevanz als Strafschärfungsgrund schon dadurch gekennzeichnet hat, dass er vorsätzliches Handeln verlangt, während vergleichbare Aussagen zu dem im Vergleich größtenteils undeutlichen Katalog des § 46 Abs. 2 StGB fehlen. Dort ist mangels klarer Aussagen zur relevanten Ausprägung eines Merkmals einleuchtender, wieso der die Strafe zumessende Richter sich an einem Normalfall orientieren sollte. Im Bereich der (tatbestandlich verankerten) Unrechtsmerkmale ist der Minimum-Ansatz hingegen praktikabel, um eine „Einstiegsstelle“ in die Strafzumessung zu finden.⁵⁴

Zudem lässt sich aus der nur fakultativen Strafrahmengmilderung des Versuchs (§ 23 Abs. 2) die hohe Bedeutung des Handlungsunrechts ablesen.⁵⁵ Wäre der Normalfall der Tatbegehung die direkt vorsätzliche, müsste der Einstieg daher hoch im Strafrahmen angesiedelt werden.⁵⁶ Das wäre logisch zwar ohne weiteres möglich, würde aber wahrscheinlich zu einer, normativ nicht zu wünschenden, deutlich höheren Punitivität führen und der strafgerichtlichen Praxis widersprechen, nach der der statistische Durchschnittsfall eher am unteren Ende des Strafrahmens auszumachen ist.⁵⁷

IV. Regel- und Tatfrage in der Strafzumessung

Bedeutung erlangt der Anfragebeschluss zuletzt dadurch, dass die aufgeworfenen Probleme implizit als Rechtsfragen behandelt werden; dies zeigt sich schon daran, dass § 132 Abs. 3 GVG, der das Anfrageverfahren vor einer Vorlage an den Großen Senat regelt, ausdrücklich von einer „Rechtsauffassung“ spricht, von der abgewichen werden soll.

Dieser Einordnung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Ob die Tötung mit direktem Vorsatz strafscharfend berücksichtigt werden darf, ist eine von den im Einzelfall vorliegenden Umständen unabhängige Frage, mit deren Entscheidung eine prinzipiell universalisierbare Regel aufgestellt wird,⁵⁸ denn in ihr spiegeln sich zwei generalisierbare Fragen wider: ist die wissentlich oder absichtlich begangene Tötung *ceteris paribus* im Unrechtsgehalt höher als die nur bedingt vorsätzlich begangene Tötung, und gehört sie zu einem normativen Normalfall? Beides kann – und damit: sollte – abstrakt-generell beantwortet werden, um eine vorhersehbare und vor allem gleichmäßige Rechtsprechung zu gewährleisten.⁵⁹ Wird dagegen

Maßstab ‘normativer Normalfall’ nicht zu erfassen sind“; vgl. auch *Eschelbach*, in: S/S/W (Fn. 4), § 46 Rn. 77; *Theune*, in: LK (Fn. 3), § 46 Rn. 66. Es erscheint demnach insgesamt sinnvoll, die Figur des Normalfalles für sekundäre Strafzumessungsfaktoren anzuwenden: hat man per Betrachtung der wichtigsten Unrechtsmerkmale eine Einstiegsstelle in den Strafrahmen gefunden, kann etwa die Armut des Täters im Rahmen dessen wirtschaftlicher Verhältnisse (§ 46 Abs. 2) strafmildernd berücksichtigt werden. Entgegen BGH NStZ 2017, 277, 278 m. zust. Anm. *Kett-Straub* kommt es im Rahmen des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht darauf an, ob die „konkrete Tatsituation infolge einer Beteiligung von mehr als zwei Personen“ gefährlicher wurde: der gesetzliche Qualifikationstatbestand begnügt sich für den schärferen Strafrahmen mit der abstrakten Erhöhung der Gefährlichkeit durch eine gemeinschaftliche Tatbegehung. Diese ist aber bei drei Beteiligten noch einmal höher als bei zweien.

⁵⁵ Die hohe Bedeutung des Handlungsunrechts betont auch *Eschelbach*, in: S/S/W (Fn. 4), § 46 Rn. 76

⁵⁶ Ähnlich *Hörnle*, Strafzumessung (Fn. 31), S. 384.

⁵⁷ BGHSt 27, 2, 4; *Eschelbach*, in: S/S/W (Fn. 4), § 46 Rn. 195.

⁵⁸ Zu diesem Kriterium *Rüßmann*, in: Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* (1976), S. 242, 255 ff.; *Neumann*, in: *Festschrift für Hamm* (2008), S. 525, 534 ff.; *Grosse-Wilde* HRRS 2009, 363, 364 ff.; *Schroth* JR 1990, 93, 95 ff.

⁵⁹ *Grosse-Wilde*, in: *Einheit* (Fn. 11), S. 141, 145; kritisch zur gegenwärtigen Praxis *Eschelbach*, in: S/S/W (Fn. 4), § 46 Rn. 3; aus Kapazitätsgründen skeptisch zu einer weiterge-

⁴⁸ *Neumann*, in: *Festschrift für Spindel* (1992), S. 435, 447 f.; *Theune*, in: LK (Fn. 3), § 46 Rn. 64; so verstand aber der Große Senat des BGH den Begriff, BGHSt 34, 345, 351.

⁴⁹ Gegen eine statistische Festlegung überzeugend *Neumann*, in: *Festschrift für Spindel* (1992), S. 435, 445 ff.; jüngst *Hettinger*, *Festschrift für Frisch* (2013), S. 1153, 1165 f.; differenzierend *Frisch* GA 1989, 338, 355 ff.

⁵⁰ Mit diesem Beispiel auch schon *Frisch* GA 1989, 338, 356; *Weßlau* StV 1991, 259, 260; *Hörnle*, Strafzumessung (Fn. 31), S. 382 f.

⁵¹ Allg. Meinung, vgl. nur *Roxin*, AT/1 (Fn. 5), 20/1; *Frisch* GA 1989, 338, 356.

⁵² *Hörnle*, Strafzumessung (Fn. 31), S. 382 f.; *Frisch* GA 1989, 338, 348 f.; *Weßlau* StV 1991, 259, 260.

⁵³ *Hörnle*, Strafzumessung (Fn. 31), S. 384.

⁵⁴ Im Ergebnis ähnlich *Frisch* GA 1989, 338, 372 ff.; *Hörnle* HRRS 2006, 75, 77 f., nach der „für den Kern der Unrechtsbewertung Umstände wichtig sind, die mit dem

auf die Maßgeblichkeit des Einzelfalles abgestellt,⁶⁰ so ist damit wenig gewonnen. Der Richter kann ohne Rechtsregeln nicht einmal wissen, welche Umstände des Falles überhaupt Relevanz gewinnen, geschweige denn, wie er sie bewerten soll.⁶¹ Auch dass in der Strafzumessung ein „gerütteltes Maß an noch nicht ausreichend erforschten volitiven Elementen“ stecke und es daher genügen müsse, wenn die Entscheidung des Richters immerhin vertretbar sei,⁶² taugt nicht als Argument gegen ihre revisionsrechtliche Überprüfbarkeit: die Revision schützt nicht

henden revisionsrechtlichen Kontrolle der Strafzumessung Hörnle, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat (2010), S. 105, 122. Im Rahmen der Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und Fahrlässigkeit wird die Aufstellung von Rechtsregeln dringlich eingefordert von Puppe ZIS 2014, 66, 70; zust. Leitmeier HRRS 2016, 244, 246 ff.; dagegen Fischer ZIS 2014, 97, 100 f.

⁶⁰ So v.a. die Rechtsprechung, vgl. nur das Zitat o. Fn. 9; in der Tendenz auch Foth JR 1985, 397 f.

⁶¹ Dazu Frisch GA 1989, 338, 344: „Aber wie dieser Einzelfall mit seinen spezifischen Umständen zu bewerten ist, lässt sich nicht durch ein noch so langes Versenken in die Details und Wechselwirkungen des Einzelfalles beantworten, sondern nur dadurch, daß man diesen Einzelfall – mit all seinen Besonderheiten – an den je relevanten Bewertungsmaßstäben mißt“ (Betonung Original); zust. Niemöller GA 2012, 337, 341: „nicht nur unbestimmt, sondern nichtssagend“.

⁶² Schmid ZStW 85 (1973), 360, 396.

den Richter vor Aufhebung eines vertretbaren Urteils, sondern soll zugunsten des Bürgers für Rechtsklarheit wie Rechtseinheit sorgen. Klare Vorgaben des Revisionsgerichts sind daher auch bei Entscheidungen mit einem ausgeprägten dezisionistischen Moment sinnvoll.⁶³

V. Fazit

Dem Anfragebeschluss des 2. Senats ist grundsätzlich zuzustimmen. Entgegen seiner Äußerungen fällt zwar weniger die Absicht als vielmehr das Vorliegen direkten Vorsatzes bei Tötungsdelikten strafscharfend ins Gewicht. Dies ändert aber nichts am richtigen Ergebnis, auch die Absicht gegenüber dem *dolus eventualis* strafscharfend berücksichtigen zu können und zu müssen. Erfreulich ist auch die Behandlung der Frage als Rechtsstatt als Tatfrage. Alle Rationalitätsgewinne in der Theorie der Strafzumessung, also im legitimationsbedürftigsten Element des Strafrechts, blieben letztlich fruchtlos, wenn ihr Einsatz nicht sicher ist und die Verfahrensbeteiligten kein Mittel in der Hand haben, um sie durchzusetzen.

⁶³ Grosse-Wilde HRRS 2009, 363, 371 f.; Puppe, in: Festschrift für Paeffgen (2015), S. 655, 658; vgl. auch dies., Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. (2014), S. 109 f.

Aufsätze und Anmerkungen

Neues zur Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen

Urteilsanmerkung zu BGH Beschluss v. 16.08.2016 – 4 StR 163/16 (HRRS 2016 Nr. 974)

Von Wiss. Mit. Tamara Schneider, LMU München

I. Einleitung

Der Beschluss des 4. Senats vom 16.8.2016 stellt das erste Urteil zur Fallgruppe der Vertragsarztuntreue seit dem Beschluss des Großen Senats vom 29.3.2012 dar, und markiert insoweit ein Grundsatzurteil.

Die Fallgruppe der Vertragsarztuntreue wurde mit der Entscheidung des 3. Senates im Jahre 2003 höchststrichterlich etabliert und vom 1. Senat sowie in zahlreichen

untergerichtlichen Entscheidungen fortgeführt.¹ Damals überraschte zum einen, dass die seit 2003 unter Vertragsarztuntreue behandelnden Fallkonstellationen oftmals für den jeweiligen Angeklagten („nur“) eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Betrug zur Folge hatten. Zum anderen verwunderte die damals noch recht dürftige Begründung der Vermögensbetreuungspflicht, weil die neue Rechtsprechung zugleich die Abkehr von einer jahrelang gefestigten Judikatur hin zu einer neuen Täter-

¹ Vgl. neben zahlreichen nicht veröffentlichten Entscheidungen die des ersten Strafsenates, BGH NStZ 2004, 568 ff. = HRRS 2004 Nr. 821, außerdem OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13.

strafbarkeit zur Folge hatte. Nicht zuletzt deswegen fiel die Kritik in der Wissenschaft² zu dieser als unnötig empfundenen Kehrtwende äußerst kritisch oder gar vernichtend aus. Doch trotz einiger stets strittiger Aspekte³ wurde die neue Fallgruppe im Ergebnis beinahe zehn Jahre ganz überwiegend anerkannt. Daran änderte die Aufgabe der sog. „Vertretertheorie“ durch das Bundessozialgericht⁴ nichts, die zuvor als maßgebliche Stütze der Vermögensbetreuungspflicht fungierte und so zur Begründung des Missbrauchstatbestandes der Untreue führte. Erst der durch Anfragen des 3. und 5. Strafsenats⁵ des BGH ins Rollen gebrachte Beschluss des Großen Senates (dem sog. „Vertragsarztbeschluss“)⁶ entfachte insbesondere durch die explizite Aufgabe der Vertreterthese erneut die Diskussion, obwohl die besagte Entscheidung gar nicht die Konstellation der Vertragsarztuntreue nach § 266 StGB zum Gegenstand hatte, sondern sich vielmehr mit den Fragen auseinandersetzen hatte, ob der Vertragsarzt als Amtsträger nach § 331 StGB oder Beauftragter im Sinne von § 299 StGB einzustufen sei. Beide Fragen verneinte der Große Senat, was in der Folgezeit zur Pönalisierung der Korruption im Gesundheitswesen durch zwei neue Straftatbestände (§ 299a und § 299b StGB) führte.⁷ Im Hinblick auf die Untreuestrafbarkeit wurden mögliche Konsequenzen zwar in der Wissenschaft in den Blick genommen⁸ und in zwei obiter dicta des OLG Stuttgart aufgegriffen⁹; die klärende höchstrichterliche Entscheidung ließ jedoch auf sich warten, die nunmehr der 4. Strafsenat vorlegt.

II. Die Gründe im Einzelnen

Der Angeklagte, ein zugelassener Vertragsarzt, stellte Heilmittelverordnungen für physiotherapeutische Leistungen für „Patienten“ aus ohne vorherige Untersuchung oder anderweitige Konsultation: eine medizinische Indikation war nicht gegeben. Diese Verordnungen erstellte er auf Grundlage von Versichertenkarten, die er von den Eheleuten T erhielt. Die Eheleute waren Leiter diverser Gesundheitszentren, in denen unter anderem entsprechende Leistungen angeboten wurden. Im Anschluss leitete der Angeklagte die Verordnung wiederum den

Eheleuten T zu, die diese dann bei den entsprechenden Krankenkassen einreichten. Die so erlangte Vergütung behielten die Eheleute vollständig für sich; der Angeklagte hatte daran kein eigenes Interesse.

Der Senat bestätigt die Verurteilung wegen Untreue gem. § 266 I Var. 2 StGB durch das LG und befasst sich in der Begründung im größten Teil mit der Frage nach der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes. Deren Vorliegen gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen wird bejaht und im Wesentlichen mit Hilfe der gängigen Kriterien herausgearbeitet: Dies geschieht zum einen mit der Charakterisierung der Vertragsarztstätigkeit als (eine) Hauptpflicht, zum anderen mit der Notwendigkeit einer gewissen Selbstständigkeit und Kontrollfreiheit, wobei sich die weitere Argumentation in der Begründung der Hauptpflicht und dem Ausräumen von Zweifeln an dieser Einschätzung erschöpft. Zum Eigenständigkeitskriterium wird lediglich festgestellt, dass dessen Vorliegen „für den Senat außer Frage“¹⁰ stehe.

Im Einzelnen: Im Hinblick auf das Vorliegen einer die Vermögensbetreuungspflicht begründenden Hauptpflicht wird zunächst unter kurzer Skizzierung der Funktionsweise des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung die Stellung des Vertragsarztes in diesem Gefüge dargestellt. Tragend sei dabei die Verordnungstätigkeit als einzigartige Rechtsmacht des Vertragsarztes, derer er sich in eigener Verantwortung bediene. Im Anschluss widmet sich das Gericht der (abstrakten) Darstellung des Wirtschaftlichkeitsgebots, um aus dem Zusammenspiel beider Aspekte das Vorliegen einer Hauptpflicht zu begründen: Der Senat begreift die Verordnungstätigkeit als bipolar wirkende Rechtsmacht. Der Vertragsarzt konkretisiere nach der Behandlung auf der einen Seite durch Verordnung gegenüber dem Patienten als gesetzlich Versicherten dessen Anspruch auf Krankenversorgung; auf der anderen Seite stellt die Verordnung gegenüber der Krankenkasse *verbindlich* fest, dass ein Krankheitsfall vorliegt und die aufgeschriebene Maßnahme notwendig und wirtschaftlich sei (§§ 12 I, 70 I i.V.m. 2 II SGB V).¹¹ Letzterer Aspekt sei tragend für die Annahme des vermögensbetreuenden Charakters der Verordnungstätigkeit und unterstütze, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot in Bezug auf die Verordnungstätigkeit „vorrangig“ als Verpflichtung gegenüber der letztlich die Zahlung bewirkenden Krankenkasse zu verstehen sei. Allein daraus ergebe sich bereits eine Stellung des Vertragsarztes, „die durch eine besondere Verantwortung für deren Vermögen gekennzeichnet“ sei.¹²

Im Weiteren weist der Senat die (typischerweise vorgebrachten) Bedenken zurück: Unschädlich sei sowohl, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot den Vertragsarzt nicht unmittelbar im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen treffen soll, als auch die Tatsache, dass der Vertragsarzt vor allem die Interessen seiner Patienten vertrete.¹³ Auch die Prüfungsmöglichkeiten der Heilmittelbringer und die der Krankenkassen würden zu keiner anderen Einschätzung führen, da sie insoweit der Ver-

² Allein und exemplarisch die Reaktionen auf BGHSt 49, 17 ff. und Folgeentscheidung BGH NStZ 2004, 568 ff. = HRRS 2004 Nr. 821; Weidhaas ZMGR 2005, 52-55; Ulsenheimer MedR 2005, 622 – 628: „besorgniserregender Trend“; Taschke StV 2005, 406 – 411; Herffs wistra 2006, 63 – 65, zudem sehr krit. Geis wistra 2007, 361.

³ Recht anschauliche Gesamtdarstellung dieser Punkte bei Leimenstoll, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes? (2012).

⁴ BSGE 105, 157 ff.

⁵ Vorlagebeschluss des 3. Senats v. 5.5.2011 (3 StR 458/10) = HRRS 2011 Nr. 800 und der des 5. Senats v. 20.07.2011 (5 StR 115/11) = HRRS 2011 Nr. 801.

⁶ BGHSt 57, 202 ff. = HRRS 2012 Nr. 612.

⁷ Vorschriften eingefügt durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.05.2016 (BGBl. I S. 1254), in Kraft getreten am 04.06.2016.

⁸ Z.B. von Brand/Hotz PharmR 2012, 317, 321 f., ausführlich von Ransiek medstra 2015, 92 ff.

⁹ Das erste erfolgte bereits 2012; dort äußerte das Gericht im Hinblick auf die Zukunft der Vertragsarztuntreue „erhebliche Zweifel“ (NStZ-RR 2013, 174 [175]). Das zweite – bestätigende – erfolgte nur eine Woche vor der hier zu besprechenden Entscheidung, StraFo 2016, 393.

¹⁰ BGH NJW 2016, 3253, 3256 [29] = HRRS 2016 Nr. 974.

¹¹ BGH NJW 2016, 3253, 3254 [16] = HRRS 2016 Nr. 974.

¹² BGH NJW 2016, 3253, 3254 [16] = HRRS 2016 Nr. 974.

¹³ BGH NJW 2016, 3253, 3255 [24] = HRRS 2016 Nr. 974.

ordnungstätigkeit, die sich am Wirtschaftlichkeitsgebot messen lassen müssen, erst nachgeschaltet seien.¹⁴

III. Bewertung

Vorweg sind zwei Leistungen der Entscheidung hervorzuheben: Zum einen gebührt dem Senat das Verdienst, die erste, grundsätzliche und sehr ausführliche Begründung der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes vorgelegt zu haben. In diesem Zusammenhang überzeugt auch die teilweise explizite Auseinandersetzung mit dem Vertragsarztbeschluss. Zum anderen schafft er Rechtssicherheit dahingehend, dass die Aufgabe der Vertreterrechtsprechung auch die Vertragsarztuntreue tangiert und daher die Notwendigkeit erzeugt hat, eine etwaige Vermögensbetreuungspflicht auf ein neues Fundament zu stellen.

Ogleich daher die Bejahung einer Strafbarkeit wegen Untreue auch nach dem Vertragsarztbeschluss nach wie vor denkbar und die erwähnte Auseinandersetzung mit der Problematik und dem Vertragsarztbeschluss begründenswert ist, erscheint die Begründung des 4. Senates andererseits teilweise nicht ausreichend bzw. schwer nachvollziehbar.

Störend ist insgesamt, dass der BGH sich zwar zunächst an den klassischen Kriterien der Vermögensbetreuungspflicht abarbeitet, dieses selbst zu Beginn auferlegte Prüfungsprogramm inhaltlich jedoch nicht durchhält. So verschwimmen die zu trennenden Kriterien „Hauptpflicht“ und „Eigenverantwortlichkeit“¹⁵ in der Begründung. Daneben zeigt sich ein weiteres, noch schwerwiegenderes analytisches Problem: Um das Vorliegen einer Hauptpflicht zu begründen, wird unter anderem auf die gravierende Pflichtverletzung rekuriert (dazu sogleich). Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

1. Hauptpflicht: Wirtschaftlichkeitsgebot?

Zwar geht der 3. Senat auf die Frage des Näheverhältnisses zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse – wenigstens zum Teil auch unter explizitem Verweis auf die Bedenken des Großen Senats – ein, wenn er das Vorliegen einer Hauptpflicht untersucht und dabei die Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebots bei der Verordnungstätigkeit entfaltet. Andere Aspekte hingegen werden ausgeblendet, darunter insbesondere der ernstzunehmende Hinweis des Großen Senats, dass die medizinische Entscheidung des Vertragsarztes – und zwar unabhängig von seinem Verhältnis zum einzelnen Patienten – als dessen Hauptaufgabe einzustufen sei und daneben die durch die Verordnung ausgelöste Konsequenz der Kostenübernahme keine wesentliche Pflicht, sondern mit der Wirkung

eines Reflexes (!) vergleichbar sei.¹⁶ Die Frage, weshalb dieser Umstand im Ergebnis zu einer Verneinung der Beauftragtenstellung mangels Näheverhältnisses führt, eine Vermögensbetreuungspflicht aber gleichwohl vorliegen kann, wird nicht erörtert. Der bloße Hinweis des Senats, dass eine Person auch mehrere Hauptpflichten treffen können, entkräftet dies nicht. Vielmehr wäre an dieser Stelle eine dezidierte Klärung des Verhältnisses der Beauftragtenstellung und der Vermögensbetreuungspflicht wünschenswert gewesen. Die diesbezüglich vorgelegte Feststellung, der Beauftragtenbegriff sei weiter, das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht dagegen eher restriktiver auszulegen¹⁷, erscheint doch unterkomplex. Diese Feststellung lässt nämlich außer Acht, dass sich der Grund dafür aus der Funktion der Tatbestandsmerkmale innerhalb von § 299 StGB und § 266 StGB ergibt. Daher sind die Verneinung einer Beauftragtenstellung einerseits und die Bejahung einer Vermögensbetreuungspflicht andererseits jedenfalls nicht aus diesem Grund inkonsequent. Zwar bestimmen beide Merkmale jeweils die Täterstellung, dies geschieht indes in gänzlich unterschiedlichem Umfeld: Die Beauftragtenstellung in § 299 ist eine Variante und Auffangtatbestand zum „Angestellten“; daraus ergibt sich bereits die Tendenz einer großzügigen Auslegung. Genau gegenläufig verhält es sich bei der Vermögensbetreuungspflicht gerade bei der Treubruchsvariante des § 266 StGB: Dort ist sie alleiniges und konstituierendes Merkmal der Untreuetäterschaft.¹⁸ Gleichzeitig ist die Vermögensbetreuungspflicht begrifflich äußerst konturenlos, so dass eine restriktive Auslegung angebracht ist.

Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Täterqualitäten ergeben sich demnach nicht aus den jeweiligen Auslegungstendenzen. Der oben herausgearbeitete Hintergrund dient als Grundlage. Auf dieser muss weiter herausgearbeitet werden, in welchem Verhältnis die beiden Tatbestandsmerkmale zueinander stehen und ob eine Übertragung der Grundsätze des Beschlusses des Großen Senats auf die Vertragsarztuntreue möglich ist.¹⁹ Wie gesehen geht der Senat freilich insgesamt kaum bzw. nur oberflächlich auf diese Frage ein.

2. Beschränkter Anwendungsbereich der Entscheidung

Weitere Aspekte werden durch vom Senat vorgenommene Einschränkungen des eigenen Beschlusses ausgeblendet, welche durch eine sehr enge, fallbezogene Formulierung bereits im Leitsatz zum Ausdruck kommt. Dort heißt es, dass „den Vertragsarzt einer Krankenkasse [...] dieser gegenüber eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinn des § 266 Abs. 1 StGB [trifft], die ihm *zumindest* gebietet, Heilmittel nicht ohne jegliche medizinische Indikation in der Kenntnis zu verordnen, dass *die verord-*

¹⁴ BGH NJW 2016, 3253, 3255 f. [26, 27] = HRRS 2016 Nr. 974.

¹⁵ Bejahung einer Hauptpflicht, weil dem Vertragsarzt eine Stellung mit selbstverantwortlichem Entscheidungsbereich zukomme (BGH NJW 2016, 3253, 3254 [16] = HRRS 2016 Nr. 974), oder auch die Feststellung, dass es für die Annahme einer Hauptpflicht unschädlich sei, dass den Heilmittelerbringern, den gesetzlichen Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen Kontrollpflichten zukommen (BGH NJW 2016, 3253, 3255 [25] = HRRS 2016 Nr. 974).

¹⁶ BGHSt 57, 202 [37] = HRRS 2012 Nr. 612; krit. dazu *Bülte* NZWiSt 2013, 346 (350).

¹⁷ So *Hinderer* StraFo 2016, 481 (482 f.).

¹⁸ Vgl. Saliger Parteiengesetz und Strafrecht (2005), S. 30 Fn. 57.

¹⁹ Auswirkungen für wahrscheinlich hielten z.B. *Hotz/Brand* PharmR 2012, 317 (321 f.) und *Ransiek* medstra 2015, 92 (97)

neten Leistungen nicht erbracht, aber gegenüber den Krankenkassen abgerechnet werden sollen.“²⁰

Aus dieser Formulierung lässt sich schließen, dass jedenfalls („zumindest“) in denjenigen Fällen, in denen Vertragsarzt und ein (bösgläubiger) nichtärztlicher Leistungserbringer kollusiv zusammenwirken (wenn nämlich die verordneten Leistungen nicht erbracht, aber abgerechnet werden sollen), einer Vermögensbetreuungspflicht für das Handeln des Vertragsarztes begrenzende Wirkung zukommt.

Wegen der Einschränkung im Leitsatz auf Heilmittel bleibt weiterhin unklar, wie die Konstellation des kollusiven Zusammenwirkens mit einem Apotheker zu behandeln ist, bei dem der Apotheker Verordnungen über (Luftverkäufe von) Medikamenten einreicht. Ungeklärt sind darüber hinaus aufgrund der Einschränkung im Leitsatz, dass die Verordnung ohne medizinische Indikation erfolgen müsse, die Konstellationen medizinisch indizierter – aber unwirtschaftliche – *Arznei-* und *Heilmittelverordnungen*.

Aber auch an anderer Stelle bemüht sich der Senat hervorzuheben, dass sich das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht „jedenfalls in den hier zu entscheidenden Fällen“²¹ begründen ließe, was zu weiteren denkbaren Einschränkungen führt. Das lässt sich einerseits so verstehen, dass sich die Entscheidung lediglich auf den (als evident dargestellten) Fall der Verordnung medizinisch nicht indizierter *Heilmittel* bezieht (also eine Wiederholung der im Leitsatz bereits genannten Beschränkung auf *Heilmittel*). Dies hätte mit dem Vertragsarztbeschluss im Hintergrund zur Folge, dass der Senat im Hinblick auf andere, vormalig anerkannte Fallkonstellationen der Vertragsarztuntreue, die bisher vor allem die Verordnung von medizinisch nicht indizierte *Arznei*²²- oder *Hilfsmitteln* betraf, eine Neubewertung der Strafbarkeit offenlässt.

Andererseits ist auch eine Deutung dahingehend möglich, dass eine Bewertung weniger evidenter, „minderer“ Fälle explizit nicht vorgenommen worden sei.²³ Nicht erfasst wären somit Fälle, bei denen *überhaupt nicht* kollusiv zusammengewirkt wird oder dies mit einem nicht ärztlichen Leistungserbringer geschieht (beispielsweise mit einem Patienten oder Dritten). Letztere Konstellation ist auch nur bei *Arznei-* oder *Hilfsmittel* denkbar, da *Heilmittel* persönlich zu erbringende Leistungen nicht ärztlicher Leistungserbringer sind (§ 32 SGBV i.V.m. § 2 I 1 der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Heilmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung [sog. Heilmittel-Richtlinie]). Die Einschränkung auf *Heilmittelverordnungen* ist somit ohnehin nur unter kollusiven Zusammenwirken mit dem Leistungserbringer denkbar und tangiert alle weiteren Kons-

tellationen nicht. Ein letztes Indiz für diese Sichtweise ist die fehlende Auseinandersetzung mit Aspekten, die nach dem Großen Senat die Rechtsmacht des Vertragsarztes zur Konkretisierung des Sachleistungsanspruchs einschränken, wie beispielsweise die aut-idem-Befugnis des Apothekers bei der Verordnung von *Arzneimitteln*, die bei *Heilmittelerbringern* so nicht vorgesehen ist.

Sofern man beide Lesarten in Betracht zieht, ist die strafrechtliche Bewertung nur für die Verordnung medizinisch *nicht indizierter Heilmittel* unter *kollusiven Zusammenwirkens* von Vertragsarzt und nichtärztlichem Leistungserbringer erfasst. Nicht erfasst sind die Verordnung nur *unwirtschaftlicher* *Arznei-*, *Hilfs-* oder *Heilmittel* und die medizinisch nicht indizierter Verordnung von *Arznei-* und *Hilfsmitteln* bei wahlweise gut- (dann in Zusammenwirken mit einem Dritten) oder bösgläubigen Leistungserbringern.

Aufgrund der dargelegten mehrfachen und expliziten Beschränkung im Leitsatz und der Begründung erscheinen die oben skizzierten Bedenken plausibel. Insofern beschränkt sich der Senat somit auf die Feststellung von Minimalvoraussetzungen bei einem „auf den ersten Blick klar strafwürdig[en] Sachverhalt“²⁴, und präsentiert die zu entscheidende Konstellation beinahe als den evidenten Fall der Vertragsarztuntreue, womit er Raum für eine (Neu-)Bewertung anderer Konstellationen gelassen hat.²⁵

Unabhängig von der intendierten Leseart und der damit einhergehenden Unsicherheiten erscheinen die relativierenden Einschränkungen unnötig und sind im Hinblick auf die erhoffte Wirkung der ersten Entscheidung nach dem Vertragsarztbeschluss ernüchternd.

3. Verschleifung von Täterqualität und Tathandlung

Bedenklich ist die Begründung einer Hauptpflicht, weil „es sich bei – wie vorliegend – grober Missachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots um eine gravierende Pflichtverletzung des Arztes handelt, [...]“. Denn die gravierende Pflichtverletzung ist ein qualitatives Kriterium der *Tathandlung*. Die Wirkung des Wirtschaftlichkeitsgebots bei der Verordnungstätigkeit damit zu begründen, dass dessen Verletzung seinerseits gravierend sei, erschließt sich nicht. Vielmehr muss diese Begründung daraufhin untersucht werden, ob es sich um eine *verfassungswidrige Verschleifung der beiden Tatbestandsmerkmale* der Täterqualität und Tathandlung handelt (dazu sogleich).²⁶ Der zweite

²⁴ *Hinderer* StraFo 2016, 481.

²⁵ Einzig der Hinweis auf *Taschke* StV 2005, 406 (408) in BGH NJW 2016, 3254, 3256 [31] = HRRS 2016 Nr. 974 und auf die von ihm besprochenen „eindeutigen Fälle missbräuchlicher Verschreibung von Medikamenten“ deuten darauf hin, dass die eigene Einschränkung jedenfalls nicht alle Fälle der bisherigen Vertragsarztuntreue durch Verordnung von *Arzneimitteln* ausgeschlossen werden sollen. Freilich bezieht sich der Hinweis nicht auf die Vermögensbetreuungspflicht, sondern bereits auf die Tathandlung (Pflichtverletzung).

²⁶ Dazu *Saliger* in: SSW-StGB, 3. Aufl. (2016), § 266 Rn. 8; *ders.* in: ERST: Wirtschaftsstrafrecht, § 266 Rn. 16 Fn. 18; vgl. auch OLG Celle BeckRS 2013, 15199.

²⁰ BGH NJW 2016, 3253 Leitsatz und 3256 [31] = HRRS 2016 Nr. 974, Hervorhebungen der Verfasserin.

²¹ BGH NJW 2016, 3253, 3254 [14] HRRS 2016 Nr. 974.

²² Die erste Entscheidung (BGHSt 49,17): Arzneimittelverordnung – kalorienreiche Nahrung. Die Folgeentscheidung: BGH NStZ 2004, 568 = HRRS 2004 Nr. 821: Arzneimittelverordnung – „Medikamente“.

²³ Ebenfalls in diese Richtung *Hinderer* StraFo 2016, 481 f.

Senat des Bundesverfassungsgerichts hat ein allgemeines Verschleifungsverbot von Tatbestandsmerkmalen in der Grundsatzentscheidung zur Untreue vom 23. 6. 2010 etabliert.²⁷ Der Senat gibt dort vor, dass einzelne Tatbestandsmerkmale „auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden [dürfen], dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden.“²⁸

Für die Untreue ergibt sich aus diesem allgemeinen Verschleifungsverbot, dass *alle* Tatbestandsmerkmale ein klar voneinander abgrenzbares Prüfungsprogramm haben müssen.²⁹ Dabei ist nicht nur die Verschleifung von Tathandlung (Pflichtverletzung) und Taterfolg (Vermögensnachteil) unzulässig; auch die seltener vorkommende Variante der Verschleifung von Täterschaft und Tathandlung ist verfassungswidrig. Diese Art der Verschleifung ist bei der Treubruchvariante denkbar, weil der Vermögensbetreuungspflicht hier täterschaftskonstituierende Wirkung zukommt.³⁰

Mit der oben skizzierten Begründung schließt der Senat von (der Schwere) der Pflichtverletzung bei einer Missachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots darauf, dass es sich um eine wichtige, nicht nur beiläufige (Neben-)Pflicht handelt und belegt so die Täterstellung des Vertragsarztes. Ein Begründungsstrang für das Vorliegen der Hauptpflicht greift also erst mit dem Umstand, den es zu vermeiden gilt:³¹ Der Vertragsarzt darf keine Verordnung in der Kenntnis ausstellen, dass die verordneten Leistungen nicht erbracht, aber gegenüber den Krankenkassen abgerechnet werden sollen. Tut er dies gleichwohl, spricht die Schwere der durch dieses Verhalten begangenen Pflichtverletzung dafür, dass es sich bei der Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots bei der Verordnungstätigkeit um eine Hauptpflicht handelt, die wiederum zur Bejahung einer Vermögensbetreuungspflicht führt. Dieser skizzierte Eindruck setzt sich fort: Auf den Einwand, die Pflicht zur Wirtschaftlichkeit träfe den Vertragsarzt „nicht unmittelbar im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen“³², was in den Kategorien der Untreue als ein Indiz gegen die Annahme einer Hauptpflicht sprechen könnte, entgegnet der Senat, dass eine „Norm- oder Obliegenheitsverletzung“ auch dann pflichtwidrig (!) sein könne, „wenn eine unmittelbare vertragliche Beziehung nicht besteht, die verletzende Rechtsnorm oder Obliegenheit aber wenigstens auch und sei es mittelbar, vermögensschützenden Charakter hat“³³. Dieser Aspekt betrifft die Intensität des durch § 266 gewährten Vermögensschutzes und letztlich die Einordnung der Missachtung einer Pflicht als untreuerelevante *Tathandlung* in Form der *Pflichtverletzung*. Insofern erscheint die Positionierung des Senates nicht korrekt. Denn vielmehr ist es so, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht unstrittig unmittelbar aus dem Verhältnis zwischen Treunehmer und -Geber ergibt; erst im zweiten Schritt, nämlich bei der Frage, ob es sich um eine un-

treuerelevante Verletzung handelt, kann es ausreichen, dass die Norm nur mittelbar vermögensschützenden und mithin noch andere (Schutz-) Facetten aufweist. Beide Kriterien sind demnach nicht geeignet, das Vorliegen einer Hauptpflicht und damit eine Vermögensbetreuungspflicht zu begründen; vielmehr scheinen die Merkmale der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtverletzung durch den BGH miteinander kurzgeschlossen. Diese bereits oben angedeuteten analytischen Schwächen in der Begründung bedeuten demnach nicht nur eine störende strukturelle Ungenauigkeit sondern begründen sogar insoweit ein verfassungswidriger Verstoß gegen das Verschleifungsverbot. Im Übrigen hat der Große Senat im Hinblick auf die fehlende Unmittelbarkeit explizit angeführt, dass die Kontrollinstrumentarien nicht alleine den Krankenkassen, sondern auch „gleichermaßen“ den kassenärztlichen Vereinigungen obliegen.³⁴ Daraus ergebe sich, dass dem Vertragsarzt nicht alleine gegenüber den Krankenkassen die Einhaltung zukomme, was wiederum ein Indiz gegen eine Hauptpflicht darstelle. Interessanterweise dient dieser Umstand dem 4. Senat dazu, das gefundene Ergebnis (Vorliegen einer Hauptpflicht) noch zu untermauern: Denn gerade weil sich die kassenärztliche Vereinigung und die Krankenkassen die Kontrollmöglichkeiten teilen und die Verordnungstätigkeit diesen zeitlich vorgeschaltet sei, könne der Vertragsarzt eigenverantwortlich agieren. Auch wenn sich dies durchaus hören lassen kann, befriedigt die Argumentation im Hinblick auf den ersten Aspekt keineswegs.

4. Zur Betrugsstrafbarkeit

Zunächst ist die fehlende Auseinandersetzung mit einer möglichen Betrugsstrafbarkeit in der hier zu entscheidenden Fallkonstellation zu monieren: Der Senat hätte eine täterschaftliche Betrugsstrafbarkeit erneut in Betracht ziehen können. Vorweg erscheint es erstaunlich, dass im Hinblick auf den Vertragsarzt nicht gem. § 263 I StGB wegen der Abrechnung von „Luftleistungen“ angeklagt worden ist. Denn ein Vertragsarzt wird in Fällen kollusiven Zusammenwirkens, in welchen er Verordnungen für nicht behandelte Patienten ausstellt, diese Patienten in seiner eigenen Quartalsabrechnung angeben.³⁵ Dies erscheint durchaus naheliegend, soll die Glaubwürdigkeit des Konstrukts aufrechterhalten werden: Vor der Verordnung von Heilmitteln muss der Anspruch des Patienten auf Krankenbehandlung konkretisiert werden; dies kann nur durch eine (abzurechnende) Behandlung vor der Verordnungstätigkeit erfolgen. Mit Blick auf den festgestellten Sachverhalt aber noch viel konsequenter wäre aufgrund des Zusammenwirkens mit den (bösgläubigen) nicht ärztlichen Heilmittelerbringern eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangenen Betrugs gem. §§ 263 I, 25 II gewesen, und zwar gegenüber und zu Lasten der Krankenkasse durch das Einreichen der Verordnung durch die Heilmittelerbringer. Bei entsprechendem Zusammenwirken von Vertragsarzt und Apotheker wird dies ohne weiteres angenommen oder jedenfalls in

²⁷ So auch *Saliger* NJW 2010, 3195.

²⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 79).

²⁹ *Saliger* (Fn. 26) § 266 Rn. 8.

³⁰ *Saliger* (Fn. 18), S. 30 Fn. 57.

³¹ Vgl. dazu OLG Celle BeckRS 2013, 15199.

³² BGHSt 57, 202 [44] = HRRS 2012 Nr. 612.

³³ BGH NJW 2016, 3255 [24] = HRRS 2016 Nr. 974.

³⁴ BGHSt 57, 202 [44] = HRRS 2012 Nr. 612.

³⁵ Zu dieser Fallgruppe des Abrechnungs Betrugs exemplarisch *Ellbogen/Wichmann* MedR 2007, 10 (11).

Erwägung gezogen.³⁶ Insbesondere schadet es nicht, dass der Angeklagte selbst nichts von der ausgezahlten Vergütung haben wollte, da eine angestrebte Fremdnützigkeit, die im Merkmal der Drittbereicherungsabsicht Ausdruck gefunden hat, ausreicht.

Weiterhin lässt der Senat die Chance verstreichen, das Verhältnis zwischen Betrug und Untreue in den unter dem Label der Vertragsarztuntreue verhandelten Konstellationen gänzlich neu zu überdenken, wenn er die Verurteilung wegen Beihilfe zum Betrug (unter Beibehaltung des Strafrahmens!) ohne Weiteres wegen ihres Charakters als mitbestrafte Nachtat aufhebt. Wie gesehen liegt die Strafbarkeit wegen Betruges – anders als die wegen Untreue – gerade in dem vom BGH zu entscheidenden Fall viel näher. Der Vertragsarzt schafft durch seine Verdorfungstätigkeit die Grundlage für den bösgläubigen Leistungserbringer, das Vermögen der Krankenkassen von außen anzugreifen. Weshalb also eine Strafbarkeit wegen Untreue als Angriff gegen das Vermögen von Innen heraus mit großem Begründungsaufwand überhaupt noch notwendig ist, bleibt offen. Allein das Bedürfnis, den Vertragsarzt als Täter bestrafen zu wollen, ist für die Bejahung einer Untreuestrafbarkeit nicht ausreichend.

IV. Fazit

Die mit großer Spannung erwartete erste höchstrichterliche Entscheidung nach dem Beschluss des Großen Sena-

³⁶ Vgl. nur *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), § 151 Rn. 16 und *Schuh* in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 11.

tes führt die etablierte Fallgruppe der Vertragsarztuntreue zumindest grundsätzlich fort. Begrüßenswert ist die ausführliche Begründung der Vermögensbetreuungspflicht und die damit einhergehende Auseinandersetzung mit einigen der vom Großen Senat vorgebrachten Zweifeln, die auch für die Vertragsarztuntreue von Bedeutung sind. Gleichzeitig handelt es sich um die erste höchstrichterliche Entscheidung, die nicht die Verordnung von Arznei- oder Hilfsmitteln, sondern von *Heilmitteln* zum Gegenstand hat. Auf diese Konstellation möchte der 4. Senat seine Entscheidung und die Begründung – so scheint es – beschränkt sehen. Ob diese Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Möglichkeiten der Erfüllung des Sachleistungsanspruchs tatsächlich vom Senat so bezweckt war und falls ja, ob diese sinnvoll ist, erscheint zweifelhaft. Statt der erhofften vollumfänglichen Klärung der neu entfachten Zweifel an der Fallgruppe wird vielmehr Unsicherheit generiert, so dass die Behandlung aller anderen – auch der bisher umfassten Fälle – der Vertragsarztuntreue weiter offen ist.

Besonders bedenklich ist der Verstoß gegen das verfassungsrechtlich vorgegebene Verschleifungsverbot. Zwei größere Begründungsstränge sind von dieser Verschleifung betroffen, so dass diese für die Bejahung der Vermögensbetreuungspflicht unbrauchbar sind.

Im Übrigen wäre ein grundsätzliches Überdenken der Betrugsstrafbarkeit, insbesondere wenn eine gleichzeitige Täter- bzw. Teilnahmestrafbarkeit gem. § 263 I gegeben ist, wünschenswert gewesen, findet aber nicht statt.

Aufsätze und Anmerkungen

Unter Vorbehalt

Von Oberstaatsanwältin Dr. Dagmar Schubert, Verden (Aller)

Eine Verurteilung nur „probeweise“, „versuchsweise“, „mit Einschränkung“ wird rein alltagssprachlich durch eine Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) assoziiert, die von den Gerichten zurückhaltend ausgeteilt wird, aber bei genauer Betrachtung auch nur einen stark begrenzten Anwendungsbereich, vor allem aber gesetzlich vorgegebene konkrete Voraussetzungen hat, die unter Anwendung allgemein geltender Auslegungsregeln zu prüfen sind. Als „Rache des (Amts-)Richters“¹ taugt der Strafvorbehalt daher nicht.

¹ Systematischer Kommentar zum StGB (SK-StGB)/Schall, 9. A. (2016), § 59 Rn. 3/Fn. 20 m. w. N.

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt ist eine strafrechtliche Sanktion, die relativ selten Anwendung findet.² So wurde bei insgesamt 670 279 Verurteilungen nach Erwachsenenstrafrecht im Jahr 2004³ in 129.986 Fällen (19,39%) eine Freiheitsstrafe, in 540.209 Fälle (80,56%) eine Geldstrafe und daneben nur in 6.642 Fällen (0,99%)⁴ eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausge-

² Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, StGB, 29. A. (2014), § 59 Rn 5.

³ Leipziger Kommentar StGB/Häger, 12. A. (2007), Vorbemerkungen zu §§ 38 ff., Rn. 62.

⁴ 2008: 1,03% – vgl. SK-StGB/Schall, a. a. O., Rn. 3 m. w. N.; 2011: 0,97% – vgl. Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, a. a. O.

sprochen. In geeigneten Fällen wird regelmäßig vorzugsweise der Weg über §§ 153 ff. StPO gewählt⁵.

Wie unterschiedlich das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verwarnung mit Strafvorbehalte durch Strafgerichte beurteilt wird, ist einer inzwischen etwas betagten Erhebung von Scheel zu entnehmen⁶, die aber vermutlich noch immer die Rechtswirklichkeit wiedergibt. Dieser stellte anhand von Zahlenmaterial aus den neunziger Jahren fest, dass die Häufigkeit des Ausspruchs einer Verwarnung mit Strafvorbehalt starken regionalen Schwankungen unterliege. Als Extremwerte hätten auf der einen Seite der OLG-Bezirk Bremen, in dem 1,2% aller erledigten Verfahren in den alten Bundesländern stattfanden, in dem aber 6,5% aller Verwarnungen mit Strafvorbehalt ausgesprochen wurden, auf der anderen Seite der OLG-Bezirk Nürnberg gestanden, der bei einem Gesamtaufkommen von 4,1% aller Verfahren nur 0,5% der Verwarnungen aufwies.

I. Grundgedanke und Einordnung

Die Besonderheit der Verwarnung mit Strafvorbehalt besteht darin, dass der Täter (zunächst) nicht bestraft wird. Er wird nur verwarnet. Die Verurteilung zu einer (bestimmten) Geldstrafe steht unter dem Vorbehalt, dass der Täter sich innerhalb einer mindestens ein- und höchstens zweijährigen Bewährungszeit nicht wohl verhält.⁷

Gelegentlich wird die Verwarnung mit Strafvorbehalt auch als „Geldstrafe mit Bewährung“ bezeichnet, was eine umständliche Erklärung insbesondere gegenüber Nichtjuristen erleichtert, aber einen wichtigen Aspekt außer Acht lässt. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt stellt gerade keine Strafe dar. Der Täter wird von einer Bestrafung vielmehr verschont⁸. Somit wäre es wohl richtiger, die Verwarnung mit Strafvorbehalt als eine zustimmungsunabhängige Verfahrenseinstellung durch das Gericht zu verstehen.

Der Gesetzgeber hat die Sonderrolle der Verwarnung mit Strafvorbehalt dadurch deutlich gemacht, dass er sie nicht unter „Erster Titel. Strafen“ des Strafgesetzbuches, sondern als: „Fünfter Titel. Verwarnung mit Strafvorbehalt; Absehen von Strafe“ unter der Gesamtüberschrift „Dritter Abschnitt. Rechtsfolgen der Tat“ gesetzlich geregelt hat.

Teilweise wird die Verwarnung mit Strafvorbehalt als „Reaktionsmittel eigener Art“⁹ oder auch „strafrechtliches Sanktionsmittel eigener Art mit maßnahmeähnli-

chem Charakter¹⁰ bezeichnet, „das durch die Missbilligung der Tat und Inpflichtnahme des Täters eine Besinnungswirkung für die Zukunft anstrebe“¹¹.

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt ist nach dem Absehen von Strafe die mildeste Sanktion, die das StGB kennt¹². Sie ist in der Regel dem unteren Kriminalitätsbereich¹³, der „Bagatellkriminalität“¹⁴ vorbehalten, wo „eine Unrechtsbenennung notwendig“ ist, aber gleichzeitig der Erkenntnis Rechnung getragen werden muss, „dass nicht immer auch eine Bestrafung erforderlich ist“¹⁵. Gedacht ist an Taten von (Erst-)Tätern im Bereich der Kleinkriminalität, die als „einmalige Entgleisung“ zu sehen sind¹⁶, an Täter, die vielleicht sozial unangepasst, aber noch nicht eigentlich resozialisierungsbedürftig sind.¹⁷

Durch den Ausspruch einer Verwarnung mit Strafvorbehalt kann das Gericht bei Taten mit eher geringem Unwertgehalt dem Täter mit günstiger Prognose bei Vorliegen besonderer Umstände den Makel des „Vorbestraftens“ ersparen¹⁸. Denn die Verwarnung mit Strafvorbehalt wird zwar in das Bundeszentralregister eingetragen (§ 4 Nr. 3 BZRG), nicht aber – wie allerdings auch eine Geldstrafe von nicht mehr als 90 Tagessätzen –, in das Führungszeugnis aufgenommen (§ 32 Abs. 2 Nr. 1 BZRG). Anlässlich der Feststellung, dass es bei der Verwarnung nach Ablauf der Bewährungszeit sein Bewenden haben solle (§ 59b Abs. 2 StGB), wird die Eintragung gemäß § 12 Abs. 2 S. 2 BZRG wieder aus dem Register entfernt.

II. Voraussetzungen

In formeller Hinsicht darf eine Verwarnung mit Strafvorbehalt dem Gesetzeswortlaut nach nur dann ausgesprochen werden, wenn der Täter zu einer Geldstrafe von nicht mehr als 180 Tagessätzen zu verurteilen wäre.

Hinzu kommen drei materielle Voraussetzungen.

Bezüglich des Täters muss nämlich eine günstige Sozialprognose zu stellen sein. Es müssen besondere Umstände vorliegen und die Verteidigung der Rechtsordnung darf der Verwarnung nicht entgegenstehen.

Die Möglichkeit der Verwarnung des Täters unter Vorbehalt einer Strafe besteht nur, soweit – wie auch bei einer Strafaussetzung zur Bewährung – zu erwarten ist, dass er, auch wenn die Geldstrafe nicht gegen ihn verhängt wird, künftig keine Straftaten mehr begehen wird (§ 59 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Die Wahrscheinlichkeit künftigen straffreien Verhaltens muss für die Verurteilung zu einer Verwar-

⁵ Leipziger Kommentar StGB/Hubrich, 12. A., Vorbemerkungen zu den §§ 59 – 59c, Rn. 5.

⁶ Scheel, Die Rechtswirklichkeit der Verwarnung mit Strafvorbehalt, 1997 – zitiert in: Schier, Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2012, S. 71

⁷ Schäfer/Sander/van Gemmen, Praxis der Strafzumessung, 5. A., Teil 2., C., Rn. 88.

⁸ So auch ausdrücklich § 59 Abs. 1 Nr. 2. StGB (a. F.) bis 31.12.2006.

⁹ Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, a. a. O., Vorbemerkungen zu den §§ 38 ff. Rn. 35.

¹⁰ Leipziger Kommentar StGB/Hubrich, a. a. O., Rn. 4.

¹¹ Münchner Kommentar StGB/Groß, 3. A. (2016), Vorbemerkung zu § 59, Rn. 1 m. w. N.

¹² Leipziger Kommentar StGB/Hubrich, a. a. O.

¹³ BGH, Urteil vom 22.8.2001 – 3 StR 191/01, Rn. 12, juris.

¹⁴ Schäfer/Sander/van Gemmen, Praxis der Strafzumessung, a. a. O., Rn. 90.

¹⁵ BT-Dr 16/3038, S. 58 ; OLG Hamm, Beschluss vom 6.3.2007 – 5 Ss 226/06, beck-online.

¹⁶ SK-StGB/Schall, a. a. O., Rn. 14.

¹⁷ SK-StGB/Schall, a. a. O., Rn. 5.

¹⁸ SK-StGB/Schall, a. a. O., Rn. 4.

nung größer sein, als diejenige erneuter Straffälligkeit, wobei der Grundsatz in dubio pro reo keine Anwendung findet.¹⁹ Trotz der gedanklichen und sprachlichen Nähe zu den Voraussetzungen einer Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 Abs. 1 StGB) ergibt sich ein wesentlicher Unterschied zur Verwarnung mit Strafvorbehalt hinsichtlich des Inhalts der Prognose aus dem unterschiedlichen Schweregrad der für den Fall des Misserfolgs drohenden Rechtsfolge sowie aus dem Ausnahmecharakter der Verwarnung mit Strafvorbehalt²⁰. Gleichwohl ist es nicht die Frage der Prognose, die in der Praxis häufig Probleme bereitet. Vielmehr problematisch ist die Frage, ob trotz Begehung einer strafbaren Handlung wegen „besonderer Umstände“ auf eine Strafe verzichtet werden soll.

Die Würdigkeitsklausel/Umständeformel²¹ des § 59 Abs. 1 Nr. 2. StGB enthält zwei Elemente: Die „besonderen Umstände“ und die Indizwirkung, die dafür sprechen muss, den Täter zu schonen.²² Der Terminus „besondere Umstände“ zeigt, dass es sich bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt um eine Ausnahmefolge handelt.²³ Schließlich geht es darum, dem Täter die Verurteilung zu einer an sich verwirkten Strafe zu ersparen. Besondere Umstände i. S. § 59 Abs. 1 Nr. 2. StGB liegen nur dann vor, wenn sich die zu beurteilende Tat von den gewöhnlich vorkommenden Durchschnittsfällen deutlich abhebt und diesen gegenüber das Tatumrecht, die Schuld und die Strafbedürftigkeit wesentlich gemindert und deshalb ein Verzicht auf die Verurteilung wegen der damit verbundenen sozial unverhältnismäßigen Härte angezeigt erscheint²⁴. Zwar ist der Anwendungsbereich der Norm nicht auf notwehr- oder notstandsähnliche Situationen in den Grenzbereichen der Strafflosigkeit beschränkt. Zu Bejahung sollen gewöhnliche, durchschnittliche, nur einfache Strafmilderungsgründe oder das Fehlen von Strafschärfungsgründen aber nicht genügen. Andererseits kann bei umfassender Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit auch das Zusammentreffen nur durchschnittlicher Milderungsgründe zur Annahme besonderer Umstände führen.²⁵ Jedenfalls aber muss eine signifikante Häufung von Strafmilderungsumständen²⁶ vorliegen. Allein die Feststellung, dass Schuld und/oder Tatfolgen gering seien, soll gerade nicht ausreichen²⁷.

Besondere Umstände, die der Tat Ausnahmecharakter verleihen oder nach der Tat eingetreten sind²⁸ und die

Verurteilung zu einer Verwarnung angezeigt erscheinen lassen können, kommen in Betracht²⁹:

- ungewöhnlich geringes Gewicht der Tathandlung
- besonders schwere Folgen der Tat für den Täter
- unverhältnismäßiger sozialer Nachteil für den Täter
- fehlendes Bestrafungsinteresse des Geschädigten
- Mitverschulden des Opfers oder Dritter
- Reizung oder Erpressung des Täters zur Tat
- altruistisches Handeln des Täters
- Mitwirkung des Täters bei weiterer Kriminalitätsbekämpfung
- Konflikttaten mit Nähe zu Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen
- überlange, wenn auch noch nicht rechtsstaatswidrig überlange, Verfahrensdauer
- Änderung der kriminogenen Lebenssituation des Täters
- polizeilich veranlasster Tatprovokation.

Weder allein der Umstand, dass ein Täter bisher nicht bestraft ist, stellt einen „besonderen“ im Sinne § 59 StGB dar, noch, dass das Strafverfahren den Täter tief und nachhaltig beeindruckt haben möge. Diese Nebenwirkungen eines Strafverfahrens bilden nämlich keine für den Täter als ungewöhnlich zu beurteilenden schweren Folgen, sondern einen naheliegenden Effekt jedes Verfahrens bei einem bisher nicht vorbestraften Bürger³⁰. Im Falle des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt im Umfang von fast 10.000 € komme ein Strafvorbehalt auch dann nicht in Betracht, wenn sich der Angeklagte mehr als 50 Jahre straffrei geführt haben möge, umfassend geständig und die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung für den Niedergang des betroffenen Unternehmens mitursächlich gewesen sei³¹.

Die Verteidigung der Rechtsordnung darf die Verurteilung zur Strafe nicht gebieten (§ 59 Abs. 1 Nr. 3. StGB). Es ist also zu prüfen, ob nicht wenigstens die Verurteilung zu einer Geldstrafe als solche, ohne Rücksicht auf ihre etwaige Vollstreckung, veranlasst erscheint.³² In der Regel wird dann, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung eine Bestrafung verlangt, auch keine Verschonung hiervon angezeigt sein³³, werden also keine besonderen Umstände vorliegen. Sind die Voraussetzungen von § 59 Abs. 1 Nr. 2. StGB nicht gegeben, käme es auf § 59 Abs. 1 Nr. 3. StGB also nicht mehr an. § 59 Abs. 1 Nr. 3. StGB hat demnach nur dann eigenständige Bedeutung, wenn es nicht ausreicht, nur dem konkreten Täter angemessen gerecht zu werden, sondern wenn es angesichts genereller Entwicklungen erforderlich erscheint, mit dem Urteilsspruch zugleich an die Rechtstreue der Bevölkerung

¹⁹ Leipziger Kommentar StGB/Hubrach, a. a. O., § 59 Rn 6.

²⁰ SK-StGB/Schall, a. a. O., Rn. 9.

²¹ SK-StGB/Schall, a. a. O., Rn. 12.

²² Leipziger Kommentar StGB/Hubrach, a. a. O., Rn. 8.

²³ Münchner Kommentar StGB/Groß, a. a. O., Rn. 6 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.5.1984 – 2 Ss 593/83 – 253/83 III, juris.

²⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 12.5.1995 – 1 Ss 163/95, beck-online.

²⁵ OLG Köln, Urteil vom 17.3.2015 – 1 RVs 247/14 -, StV 2015, 565.

²⁶ Schäfer/Sander/von Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, a. a. O., Rn. 97.

²⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.5.1984 – Ss 593/83 – 253/83 III, juris.

²⁸ Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, a. a. O., § 56 Rn. 38 f.

²⁹ Schäfer/Sander/von Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, a. a. O., Rn. 98; SK-StGB/Schall, a. a. O., Rn. 14; Fischer, StGB, 64. A. (2017), § 59 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, a. a. O., § 59 Rn. 12.

³⁰ OLG Nürnberg, Urteil vom 19.12.2006 – 2 St OLG Ss 180/06 RN 18, juris.

³¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.3.2007 – 5 Ss 226/06 – 85/06 I, juris.

³² Fischer, StGB, a. a. O., Rn. 10.

³³ Münchner Kommentar StGB/Groß, 1. A. (2005), § 59 Rn. 7.

zu appellieren³⁴, oder aber, wenn eine Verurteilung für das allgemeine Rechtsempfinden als unverständlich erscheinen müsste³⁵.

So soll ein Strafvorbehalt fernliegen bei systematischem Missbrauch des staatlichen Förderungssystems BAföG mit einem Schaden von über 24.000 €³⁶.

III. Fazit

Zweifellos ist Strafzumessung ureigene Sache des Tatrichters. Zweifellos steht dem Tatrichter auch bei der Beurteilung der Voraussetzungen für einen Strafvorbehalt ein Beurteilungsspielraum zu³⁷. Sein Werturteil kann deshalb nur beanstandet werden, wenn die Gründe, auf die er sich stützt, nicht im Rahmen dessen liegen, was nach den Feststellungen über Tat und Täter sachlich noch vertretbar ist³⁸ oder wenn Umstände, die sich aufdrängen und nach der gesetzlichen Regelung in § 59 StGB für oder gegen eine Verwarnung mit Strafvorbehalt sprechen können, im Urteil nicht erörtert oder fehlerhaft gewürdigt worden sind³⁹.

Die Verwarnung mit Strafvorbehalt kann grundsätzlich nur dort in Betracht kommen, wo auch eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO vertretbar oder angezeigt erschiene⁴⁰. Als entgegenstehende öffentliche Interessen an einer Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO werden gesehen:

- Gründe in der Person des Täters,
- bewusste Missachtung der staatlichen Autorität,
- Stellung des Täters im öffentlichen Leben,
- Vermeidung weiterer Taten,
- Vermeidung der Einbürgerung von Ungesetzlichkeiten im Sozialleben,
- besonders starkes Interesse der Öffentlichkeit an dem Verfahren oder
- berechtigtes Genugtuungsinteresse des Geschädigten⁴¹.

³⁴ Münchner Kommentar StGB/*Groß*, 3. A. (2016), § 59 Rn. 8. BayObLG, Urteil vom 9.6.1989 – 2 St 133/89, beck-online.

³⁵ OLG Nürnberg, Urteil vom 19.12.2006 – 2 St OLG Ss 180/06, juris.

³⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 6.3.2007 – 5 Ss 226/06, beck-online.

³⁷ OLG Köln, Urteil vom 17.3.2015 – 1 RVs 247/14, StV 2015, 565 f., 566.

³⁸ OLG Hamm, Beschluss vom 6.3.2007 – 5 Ss 226/06, beck-online.

³⁹ SK-StGB/*Schall*, a. a. O., Rn. 13.

⁴⁰ Karlsruher Kommentar StPO/*Diemer*, 7. A. (2013), § 153 Rn. 13 ff.

Allein aus Gründen der Gerechtigkeit, die nach einer vergleichbaren Sanktionierung vergleichbarer strafrechtlich relevanter Sachverhalte verlangt, ist ein allzu großzügiger Umgang mit der Anwendung des Strafvorbehaltes insgesamt nicht anzustreben. Schließlich sind im Anwendungsbereich des § 59 StGB, also im Bereich einer verwirkten Geldstrafe bis 180 Tagessätzen – ganz unabhängig von den massenhaft vorkommenden Verkehrsstraftaten – häufig Täter betroffen, die nicht bereits über eine beachtliche kriminelle Karriere verfügen oder diese zumindest ersichtlich eingeschlagen hätten. Vielmehr trifft eine Geldstrafe den größten Teil der Verurteilten nachhaltig, weshalb diese – ganz überwiegend Einmaltäter – auch nicht selten einer Freiheitsstrafe unter Strafaussetzung zur Bewährung den Vorzug geben würden.

Auch der Vergleich mit der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten, wo die Betroffenen wegen Bagatelldaten teilweise – ohne Möglichkeit des Vorbehaltes – erhebliche Geldbußen zu zahlen haben⁴², gebietet Zurückhaltung bei der Ausurteilung von Strafvorbehalten. Denn natürlich kann von der Möglichkeit der Erteilung von Anweisungen durch das Gericht Gebrauch gemacht werden (§ 59a Abs. 2 StGB). Erfahrungsgemäß wird diesbezüglich aber sehr schnell und beleglos die Unzumutbarkeit behauptet oder gleich vorseilend angenommen.

Es erscheint – aus Respekt vor und wegen der Unabhängigkeit des Gerichts – notwendig, dem Strafgericht mit dem Strafvorbehalt eine Möglichkeit einzuräumen, in den Fällen, in denen es bezüglich eines Strafverfahrens von einer Einstellungswürdigkeit überzeugt ist, eine notwendige Zustimmung durch Verfahrensbeteiligte aber nicht erteilt wird, sich nicht durch eine vorbehaltlose Verurteilung quasi selbst widersprechen zu müssen⁴³ und das Verfahren ohne Verurteilung zu einer Strafe abzuschließen. Oftmals wäre das Gericht einer solchen Widersprüchlichkeit aber nicht ausgesetzt, wenn es, insbesondere bei Verfahren, die rechtlich oder tatsächlich nicht dem unmittelbaren Kernstrafrecht zuzurechnen sind, vor der Hinwirkung auf eine zügige Verfahrenseinstellung die Positionen der Verfahrensbeteiligten zunächst umfassend und vorbehaltlos unter Zurückstellung allein verfahrensökonomischer Überlegungen prüfen und dazu bestenfalls für die übrigen Beteiligten überzeugend Stellung nehmen würde.

⁴² *Kropp ZRP*, 2004, 241 f., 241 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.6.1991 – 5 Ss 215/91 – 72/91 I, beck-online.

⁴³ Vgl. *Kropp ZRP*, 2004, 241 f. (241).

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

409. BVerfG 1 BvQ 42/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2016

Vorratsdatenspeicherungsgesetz (erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; strenge Maßstäbe für die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes; keine besonders schweren Nachteile; konkretisierte Beeinträchtigung durch Datenspeicherung erst bei Abruf der Daten; Trennbarkeit von Verkehrsdaten und Kommunikationsinhalten beim SMS; schwerwiegender Eingriff in das Fernmeldegeheimnis durch Abruf der gespeicherten Telekommunikations-Verkehrsdaten; qualifizierte Voraussetzungen für den Abruf; keine Aussetzung aufgrund Unionsrechts).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 100g StPO; § 101a StPO; § 101b StPO; § 113a TKG; § 113b TKG

410. BVerfG 1 BvR 229/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2016

Vorratsdatenspeicherungsgesetz (erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; strenge Maßstäbe für die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes; keine besonders schweren Nachteile; konkretisierte Beeinträchtigung durch Datenspeicherung erst bei Abruf der Daten; Trennbarkeit von Verkehrsdaten und Kommunikationsinhalten beim SMS; schwerwiegender Eingriff in das Fernmeldegeheimnis durch Abruf der gespeicherten Telekommunikations-Verkehrsdaten; qualifizierte Voraussetzungen für den Abruf; keine Aussetzung aufgrund Unionsrechts).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 100g StPO; § 101a StPO; § 101b StPO; § 113a TKG; § 113b TKG

1. Die vorläufige Außerkraftsetzung eines Gesetzes im Wege einer einstweiligen Anordnung ist wegen des damit verbundenen erheblichen Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nur aus besonders gewichtigen

Gründen zulässig. Insoweit ist von entscheidender Bedeutung, ob die Nachteile irreversibel oder nur sehr schwer revidierbar sind.

2. Eine Aussetzung der durch das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten (Vorratsdatenspeicherungsgesetz) neu geschaffenen §§ 113a und 113b TKG scheidet aus. Die dort angeordnete Datenspeicherung verdichtet und konkretisiert sich erst mit dem Abruf der Daten zu einer möglicherweise irreparablen Beeinträchtigung der Freiheit und Privatheit der Betroffenen. Auch das Gewicht eines denkbaren Einschüchterungseffekts hängt maßgeblich davon ab, unter welchen Voraussetzungen die bevorrateten Daten abgerufen und verwertet werden können.

3. Ein besonders schwerer Nachteil ergibt sich auch nicht daraus, dass beim Short Message Service (SMS) Verkehrsdaten und Kommunikationsinhalte möglicherweise nicht getrennt werden können. Insoweit wären zunächst die technischen Bedingungen zu schaffen, um die Speicherpflicht erfüllen zu können; denn der Wortlaut des § 113b Abs. 5 TKG schließt ein technisch bedingtes „Mitloggen“ von Kommunikationsinhalten eindeutig aus.

4. Eine Aussetzung des Vollzugs ist auch nicht hinsichtlich des § 100g StPO geboten. Wenngleich der Abruf von Telekommunikations-Verkehrsdaten angesichts seiner möglichen Streubreite und der aus den Daten zu gewinnenden Erkenntnisse schwerwiegend in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG eingreift, erscheint dies bis zur Entscheidung in der Hauptsache hinnehmbar und im Vergleich zu den mit einer Aussetzung verbundenen Nachteilen für das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung weniger gewichtig. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der für den Abruf erforderlichen qualifizierten Voraussetzungen bezüglich der Schwere der Straftat und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.

5. Auch im Hinblick auf §§ 101a, 101b StPO ist eine einstweilige Anordnung nicht geboten. Die Erhebung von Verkehrsdaten steht danach unter Richtervorbehalt, und es gelten spezifische Begründungsanforderungen. Aus der vorläufigen Anwendung dieser Vorschriften ergibt sich jedenfalls kein besonders schwerer Nachteil.

6. Ob und gegebenenfalls in welcher Weise die Europäische Grundrechtecharta oder sonstiges Unionsrecht für die Beurteilung der angegriffenen Vorschriften Bedeutung entfaltet, ist erst im Hauptsacheverfahren zu entscheiden.

411. BVerfG 1 BvR 2973/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. Februar 2017 (OLG Köln / LG Köln / AG Köln)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (grundsätzliches Erfordernis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht; Zulässigkeit polemischer und überspitzter Kritik; Entbehrlichkeit einer Abwägung bei Schmähkritik; enge Auslegung der Schmähkritik; Vergleich eines Bundestagsabgeordneten mit Funktionsträgern des nationalsozialistischen Unrechtsregimes durch den Versammlungslei-

ter einer Demonstration aus dem rechten Spektrum; fehlerhafte Einordnung als Schmähkritik; auf aktive Verhinderung der Demonstration gerichtetes Vorverhalten des Angesprochenen).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB; § 193 StGB

412. BVerfG 2 BvR 162/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. März 2017 (OLG Hamm)

Beschwer eines Strafgefangenen durch eine strafvollzugsrechtliche Entscheidung (bloße Anordnung einer Neubestimmung auf einen Verpflichtungsantrag; Willkürverbot; Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz; Verletzung bei Verneinung der Beschwer durch das Rechtebeschwerdegericht); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Verfassungsbeschwerdefrist; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; rechtzeitige Absendung des Schriftstücks; Verzögerungen nach Übergabe an die Maßregelvollzugseinrichtung).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 93 Abs. 2 BVerfGG; § 109 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 116 StVollzG; § 7 MRVG NRW

413. BVerfG 2 BvR 2459/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. März 2017 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Verfassungsrechtliche Zweifel an einer Fesselungsanordnung im Vollzug der Sicherungsverwahrung (Resozialisierungsgebot im Maßregelvollzug; Begründung einer Entweichungsgefahr; mangelnde prognostische Kraft älterer Sachverständigengutachten); Glaubhaftmachung eines Zugangszeitpunkts im Gehörsrügeverfahren (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Recht auf rechtliches Gehör; schlichte Erklärung des Betroffenen als Mittel der Glaubhaftmachung ausnahmsweise ausreichend bei Fehlen anderer Mittel); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Substantiierungserfordernis; Vorlage entscheidungsrelevanter Unterlagen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 356a Satz 3 StPO; § 50 Abs. 4 Hess. StVollzG

414. BGH 3 StR 278/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Stade)

Keine gemeinschaftlich begangene gefährliche Körperverletzung bei bloß passivem Danebenstehen (fehlende Erhöhung der tatbestandsspezifischen Gefahr; Demonstration von Eingriffsbereitschaft); Erfordernis mittäterchaftlichen Zusammenwirkens bei von mehreren gemeinschaftlich begangener sexueller Nötigung.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a.F.; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

415. BGH 3 StR 335/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Lüneburg)

Eröffnung des Hauptverfahrens vor einem benachbarten Gericht durch Entscheidung des Beschwerdegerichts (besondere Gründe; Grenze der objektiven Willkür; Sicherstellung der Unvoreingenommenheit der Hauptverhandlung; jahrelange dienstliche Tätigkeit des Angeklagten an dem ursprünglich zuständigen Gericht; Ermessenentscheidung; gesetzlicher Richter; Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses).

§ 210 Abs. 3 StPO; § 24 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

416. BGH 3 StR 421/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus aufgrund von Straftaten unterhalb des Bereichs mittlerer Kriminalität (hier: Nachstellungen).

§ 63 StGB

417. BGH 3 StR 424/16 – Urteil vom 9. März 2017 (LG Verden)

Bankrott (Gläubigerstellung des Gesellschafters bei Darlehensrückgewähr an sich selbst oder eine beherrschte Gesellschaft; Abgrenzung zur Gläubigerbegünstigung; Eigenkapitalersatz; neue Rechtslage; milderes Recht); Inbegriffsrüge bei fehlender Feststellung zum Selbstleseverfahren (vom Revisionsführer vorzubringende Verfahrenstatsachen).

§ 283 StGB; § 283c StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 249 StPO; § 261 StPO; § 344 StPO

418. BGH 3 StR 479/16 – Urteil vom 26. Januar 2017 (LG Mönchengladbach)

Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen gegenüber einem Säugling (Zusammenhang zwischen Unterlassen und tödlicher Folge); Misshandlung von Schutzbefohlenen (Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung; Quälen; ständige Wiederholung von Körperverletzungshandlungen; Unterlassen); allgemeine Kognitionspflicht.

§ 225 StGB; § 227 StGB; § 264 StPO

419. BGH 3 StR 482/16 – Urteil vom 26. Januar 2017 (LG Verden)

Einheitliche prozessuale Tat zwischen Anschlussdelikt und Vortat (enger sachlicher Zusammenhang; Einzelfallbetrachtung; kein Erfordernis eines zeitlichen Zusammentreffens); Verstoß gegen Kognitionspflicht.

§ 264 StPO; § 242 StGB; § 244 StGB; § 257 StGB; § 259 StGB

420. BGH 3 StR 535/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Koblenz)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (keine ausreichende Gefährlichkeitsprognose hinsichtlich der Begehung erheblicher Taten durch paranoid-schizophrenen Angeklagten).

§ 63 StGB

421. BGH 5 StR 333/16 – Urteil vom 8. März 2017 (LG Hamburg)

BGHSt; keine Auswirkungen der unionsrechtlichen „Rückführungsrichtlinie“ auf die Strafbarkeit von „Schleusern“ (Zweck der Rückführungsrichtlinie; Abschluss praktischer Beeinträchtigungen des Rückführungsverfahrens; kein Wegfall des Unrechts; Ausreichen einer vorsätzlichen rechtswidrigen „Haupttat“; fehlender Zusammenhang mit Unrecht der Tat des „Schleusers“).

§ 96 AufenthG; Art. 1, 2 RL 2008/115/EG

422. BGH 5 StR 483/16 – Urteil vom 7. Februar 2017 (LG Chemnitz)

BGHSt; schwere Körperverletzung (Dauerhaftigkeit des Verlusts der Gebrauchsfähigkeit eines Körpergliedes; Nichtwahrnehmung medizinischer Behandlung durch das Opfer; keine Zumutbarkeitsprüfung); minder schwerer Fall des Totschlags (Ursächlichkeit einer Provokation für die Tatbegehung; keine erneute Berücksichtigung des die Strafrahmengmilderung bewirkenden Grundes bei der Bemessung der Strafhöhe).

§ 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

423. BGH 5 StR 6/17 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Berlin)

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Annahme eines beendeten Versuchs (Rücktrittshorizont; Korrekturzeitraum bei dynamischem, ohne wesentliche Zwischenakte ablaufendem Geschehen).

§ 24 Abs. 1 S. 1 StGB

424. BGH AK 14/17 – Beschluss vom 6. April 2017

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (Reservehaltung von Tatvorwürfen; Begriff „derselben Tat“; im Laufe der Ermittlungen bekanntwerdende neue Vorwürfe; Beginn einer neuen Sechsmonatsfrist; Zeitpunkt des Fristbeginns; keine Berücksichtigung der bisherigen Haftdauer); dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung; Begehung von Kriegsverbrechen (Tötung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person; nichtinternationaler bewaffneter Konflikt); Beweiswert der Aussage eines Zeugen mit dem Gericht unbekannter Identität; niedrige Beweggründe beim Tötung aufgrund der politischen Überzeugung des Opfers.

§ 68 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 112 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB; § 8 VStGB

425. BGH 1 StR 223/16 – Urteil vom 21. Februar 2017 (LG München II)

Erpressung (Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung; von der Rechtsordnung anerkannter und im Zivilprozess durchsetzbarer Anspruch, Nichtigkeit der zugrundeliegenden Abrede wegen Gesetzesverstoß, hier: Rückforderung von Zahlungen zum Zwecke der Steuerhinterziehung; Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung); Beihilfe (Vorsatz); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 253 StGB; § 134 BGB; § 817 Satz 2 BGB; § 370 Abs. 1 AO; § 16 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB

426. BGH 1 StR 42/17 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Karlsruhe)

Absehen von der Anordnung des Verfalls (Ermessen des Gerichts; Darstellung im Urteil, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 73 StGB; § 73c StGB

427. BGH 1 StR 476/15 – Beschluss vom 13. März 2017 (LG Wuppertal)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

428. BGH 1 StR 481/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Halle)

Strafzumessung (Schadenswiedergutmachung als Strafmilderungsgrund).
§ 46 StGB

429. BGH 1 StR 493/16 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (LG München I)

Gebot des gesetzlichen Richters (Erforderlichkeit einer abstrakt-generellen Vorausregelung des zuständigen Richters: kammerinterne Geschäftsverteilung; relevanter Zeitpunkt für einen Verstoß).
§ 101 Abs. 1 GG; § 21g Abs. 1, Abs. 2 GVG

430. BGH 1 StR 506/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017 (LG Landshut)

Sexuelle Nötigung (Darstellung der Tatbestandsvoraussetzungen im Urteil bei Serientaten); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 177 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 64 StGB

431. BGH 1 StR 618/16 – Urteil vom 21. Februar 2017 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Voraussetzungen, Darstellung im Urteil auch bei Ablehnung der Anordnung); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 261 StPO

432. BGH 1 StR 627/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Mosbach)

Versuchte Anstiftung (Einordnung der beabsichtigten Tat als Verbrechen: entscheidende Strafbarkeit des Haupttäters); sexueller Missbrauch von Kindern (Begriff der sexuellen Handlung an einem Kind: Erheblichkeit der sexualbezogenen Handlung; hier: Ausziehen des Kindes); Schuldunfähigkeit (zweistufige Prüfung; Darstellung im Urteil).
§ 30 StGB; § 12 StGB; § 176 Abs. 1 StGB; § 184h Nr. 1 StGB; § 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

433. BGH 1 StR 636/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017 (LG Stuttgart)

Beihilfe durch berufstypische Handlungen (Rechtsanwalt) beim Betrug.
§ 27 Abs. 1 StGB; § 263 StGB

434. BGH 1 StR 663/16 – Urteil vom 21. März 2017 (LG Ansbach)

Minderschwerer Fall des Totschlags (Begriff der schweren Beleidigung; Begriff der eigenen Schuld des Täters; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 213 StGB

435. BGH 2 StR 235/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Erfurt)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Darstellung im Urteil in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

436. BGH 2 StR 291/16 – Urteil vom 22. Februar 2017 (LG Schwerin)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung: strafmildernde Berücksichtigung von verspätet geleisteter Aufklärungshilfe, minderschwerer Fall).

§ 30a Abs. 1, Abs. 3 BtMG; § 46 BtMG; § 31 BtMG; § 46b Abs. 3 BtMG

437. BGH 2 StR 291/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Schwerin)

Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten (Verhältnis von minderschwerem Fall und Strafmilderungen wegen Aufklärungshilfe); Mittäter (Tateinheit bei einer Tathandlung in Vorbereitung mehrerer Einzeltaten eines Mittäters).
§ 46 StGB; § 30a Abs. 3 BtMG; § 31 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

438. BGH 2 StR 581/16 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Erfurt)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: voraussichtliche Dauer der Behandlung).
§ 64 Satz 2 StGB; § 67 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 StGB

439. BGH 2 StR 78/16 – Urteil vom 1. Februar 2017 (LG Hanau)

Tatrichterlicher Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil: Gesamtwürdigung aller Indizien, Berücksichtigung eines während der Hauptverhandlung geänderten Aussageverhaltens des Angeklagten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 261 StPO

440. BGH 2 ARs 385/16 (2 AR 221/16, 2 ARs 387/16, 2 AR 220/16, 2 ARs 388/16, 2 AR 223/16) – Beschluss vom 11. Januar 2017

Zuständigkeit für Bewährungsüberwachung.
§ 453b StPO; § 453 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO

441. BGH 4 StR 22/17 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Halle)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (gemeinschaftliche Begehung auch, wenn nur Vornahme sexueller Handlungen ermöglicht wird).
§ 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB

442. BGH 4 StR 463/16 – Urteil vom 30. März 2017 (LG Bielefeld)

Schuldunfähigkeit (Voraussetzungen: Beurteilung nur auf konkrete Tat, kein Offenlassen der Tatumstände möglich, zweistufige Prüfung; Darstellung im Urteil: Anschluss an ein Sachverständigengutachten).
§ 20 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

443. BGH 4 StR 516/16 – Beschluss vom 29. März 2017 (LG Halle)

Gerichtliche Kognitionspflicht (Umgrenzung durch die Anklageschrift).
§ 264 StPO; § 200 Abs. 1 StPO

444. BGH 4 StR 545/16 – Urteil vom 16. März 2017 (LG Detmold)

Begrenzung der Kognitionspflicht durch die Anklageschrift (unwesentliche Abweichung zwischen Tatvorwurf in der Anklage und nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung: weiterhin mögliche Individualisierbarkeit der Tat, Veränderung des Tatzeitraums); Verletzung des

Dienstgeheimnisses (Begriff des Dienstgeheimnisses: Zeitpunkt der Aufhebung der Geheimniseigenschaft bei Bekanntwerden der Tatsache).

§ 200 Abs. 1 StPO; § 264 Abs. 1 StPO; § 353b Abs. 1 StGB

445. BGH 4 StR 619/16 – Beschluss vom 29. März 2017 (LG Konstanz)

Verminderte Schuldfähigkeit (Verhältnis zur Schuldunfähigkeit bei verminderter Einsichtsfähigkeit); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).

§ 21 StGB; § 20 StGB; § 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

Die erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Einsicht zur Folge hat, während die Schuld des Angeklagten nicht gemindert wird, wenn er ungeachtet seiner erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit das Unrecht seines Tuns zum Tatzeitpunkt tatsächlich eingesehen hat. Die Voraussetzungen des § 21 StGB sind in den Fällen der verminderten Einsichtsfähigkeit nur dann zu bejahen, wenn die Einsicht gefehlt hat und dies dem Täter vorzuwerfen ist. Fehlt dem Täter aus einem in § 20 StGB genannten Grund die Einsicht, ohne dass ihm dies zum Vorwurf gemacht werden kann, ist auch bei verminderter Einsichtsfähigkeit nicht § 21 StGB, sondern § 20 StGB anwendbar (st. Rspr.).

446. BGH 4 StR 82/17 – Beschluss vom 28. März 2017 (LG Essen)

Tateinheit (Konkurrenzen bei Handlungen im Planungsstadium)

§ 52 Abs. 1 StGB

447. EGMR Nr. 24062/13 – Urteil der 5. Kammer vom 1. September 2016 (Brauer v. Deutschland).

Konkretes und wirksames Recht auf Zugang zu einem Gericht (Anwendbarkeit auf Rechtsmittelgerichte; Einschränkung durch Fristen: grundsätzliche Zulässigkeit, Gebot der Verhältnismäßigkeit und der konkreten und wirksamen Auslegung der EMRK, Vereinbarkeit der einwöchigen Revisionseinlegungsfrist nach deutschem Recht mit der EMRK, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 341 Abs. 1 StPO; § 44 StPO

448. BGH 1 StR 1/17 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Stuttgart)

Aufrechterhaltung der Beschlagnahme für einen befristeten Zeitraum (Eröffnung des Insolvenzverfahrens).

§ 111i Abs. 2 StPO

Der Umstand, dass über das Vermögen der Nebenbeteiligten das Insolvenzverfahren eröffnet ist, steht einer Feststellung nach § 111i Abs. 2 StPO nicht entgegen.

449. BGH 1 StR 399/16 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG München I)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

450. BGH 1 StR 486/16 – Urteil vom 21. März 2017 (LG Ellwangen)

Urteilsgründe (Anforderungen an die Darlegung im Falle eines Freispruchs; Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe bei unüblichem Aufbau); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Einlassungen ohne objektive Anhaltspunkte; Lückenhaftigkeit); Notwehr (gegenwärtiger Angriff; Anwendung des Zweifelssatzes zugunsten des Angeklagten; sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten; Verteidigungswille).

§ 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 32 StGB

451. BGH 1 StR 52/17 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Landshut)

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (Nachfolgeregelung; milderer Gesetz).

§ 2 Abs. 3 StGB; § 177 StGB; § 179 StGB a.F.

452. BGH 1 StR 555/16 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Augsburg)

Gesamtstrafe und Strafaussetzung (Widerruf der Strafaussetzung).

§ 58 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB

453. BGH 1 StR 575/16 – Beschluss vom 23. Februar 2017 (LG Stuttgart)

Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung (Berechnung der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer).

§ 7 Abs. 1 Satz 1 GewStG; § 8 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 KStG; § 4 Abs. 4 EStG; § 370 AO

454. BGH 1 StR 607/16 – Beschluss vom 23. März 2017 (LG Hechingen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

455. BGH 1 StR 78/17 – Beschluss vom 22. März 2017 (LG Mannheim)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

456. BGH 2 StR 15/17 – Beschluss vom 22. Februar 2017 (LG Gießen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Anforderungen an Urteilsgründe: Erfolgsaussicht und Dauer).

§ 64 StGB

Die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt ist rechtsfehlerhaft, wenn die Urteilsgründe keine Ausführungen zur Frage der Erfolgsaussicht einer Therapiebehandlung oder zu deren voraussichtlicher Dauer enthalten.

457. BGH 2 StR 342/15 – Urteil vom 14. Dezember 2016 (LG Darmstadt)

Absolute Revisionsgründe (vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts; Recht auf den gesetzlichen Richter); Entbindung eines Schöffen (Entscheidung über Hinderungsgrund; revisionsrichterliche Überprüfung: Willkürprüfung; Nachweis der Entscheidung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 54 Abs. 1 GVG; § 77 Abs. 1 GVG; 338 Nr. 1 StPO

458. BGH 2 StR 347/16 – Beschluss vom 8. März 2017 (LG Bonn)

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

459. BGH 2 StR 413/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Limburg)

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

460. BGH 2 StR 451/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Erfurt)

Verwerfung des Wiedereinsatzantrags als unbegründet.
§ 45 StPO

461. BGH 2 StR 478/16 – Beschluss vom 28. März 2017 (LG Hanau)

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

462. BGH 2 StR 510/16 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Frankfurt am Main)

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

463. BGH 2 StR 549/15 – Beschluss vom 19. Januar 2017

Festsetzung einer Pauschgebühr (fehlende besondere Schwierigkeit).
§ 51 Abs. 1 Satz 1 und 3 RVG

464. BGH 2 StR 567/16 – Beschluss vom 7. März 2017 (LG Frankfurt am Main)

Besondere gesetzliche Milderungsgründe (Strafbarkeit des Gehilfen); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.
§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

465. BGH 2 ARs 385/16 (2 AR 221/16, 2 ARs 387/16, 2 AR 220/16, 2 ARs 388/16, 2 AR 223/16) – Beschluss vom 11. Januar 2017

Zuständigkeitsbestimmung; nachträgliche Entscheidung über Strafaussetzung zur Bewährung oder Verwarnung mit Strafvorbehalt (Ende der Befasstheit).
§ 14 StPO; § 453 Abs. 2 StPO; § 453b StPO; § 462a Abs. 1 StPO

466. BGH 2 ARs 385/16 (2 AR 221/16, 2 ARs 387/16, 2 AR 220/16, 2 ARs 388/16, 2 AR 223/16) – Beschluss vom 11. Januar 2017

Zuständigkeitsbestimmung; nachträgliche Entscheidung über Strafaussetzung zur Bewährung oder Verwarnung mit Strafvorbehalt (Ende der Befasstheit).
§ 14 StPO; § 453 Abs. 2 StPO; § 453b StPO; § 462a Abs. 1 StPO

1. Das Befasstsein der Strafvollstreckungskammer eines Landgerichts endet mit der Beschlussfassung über die Verlängerung der Bewährungszeit, wenn die Freiheitsstrafe in einer Vollzugsanstalt, welche im Zuständigkeitsbereich eines anderen Landgerichts liegt, vollstreckt wird.

2. Dass gegen diese Beschlüsse weiterhin die Beschwerde möglich ist, ist unerheblich. Auch der Eintritt der Rechtskraft ist insoweit unerheblich. Anderenfalls könnten diejenigen Sachen, die durch einen Beschluss beschieden werden, der mit der einfachen Beschwerde angreifbar ist, nur nach Durchlaufen des Beschwerdeverfahrens abschließend entschieden werden, was dem Sinn der Konzentrationsregeln zuwiderliefe.

467. BGH 4 StR 2/17 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Detmold)

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

468. BGH 4 StR 32/17 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Dortmund)

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

469. BGH 4 StR 350/16 – Beschluss vom 28. März 2017 (LG Hagen)

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

470. BGH 4 StR 403/16 – Beschluss vom 14. März 2017 (LG Dortmund)

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

471. BGH 4 StR 52/17 – Beschluss vom 28. März 2017 (LG Bochum)

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

472. BGH 4 StR 53/17 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Görlitz)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkreter Gefährdungserfolg: „Beinaheunfall“; bedingter Schädigungsvorsatz; Konkurrenzen).
§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3 StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1b StGB; § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB

473. BGH 4 StR 405/16 – Beschluss vom 1. März 2017 (LG Zweibrücken)

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

474. BGH 4 StR 422/15 – Beschluss vom 14. Februar 2017 (OLG Oldenburg)

BGHSt; Führen eines Kraftfahrzeuges nach Cannabiskonsum (0,5 Promille-Grenze; Fahrlässigkeit: Maßstab); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Rückschluss auf sorgfaltswidriges Verhalten bei Fehlen gegenläufiger Beweisanzeichen).
§ 24a Abs. 2 und 3 StVG; § 261 StPO

475. BGH 4 StR 525/16 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Bochum)

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

476. BGH 4 StR 526/16 – Beschluss vom 29. März 2017 (LG Baden-Baden)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 46 Abs. 3 StGB

477. BGH 4 StR 552/16 – Beschluss vom 15. März 2017 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

478. BGH 4 StR 599/16 – Beschluss vom 14. März 2017 (LG Stendal)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO