

## Nachträge zum Skript für den Sommerlehrgang 2015

### StGB § 32 – Hoheitlich rechtswidriger Angriff als Notwehranlass

BGH, Urt. v. 09.06.2015 - 1 StR 606/14

#### **LS: Zur Rechtswidrigkeit des Angriffs im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB bei hoheitlichem Handeln.**

1. Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 6. August 2014 wird verworfen.
2. Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Seine dagegen gerichtete, auf die Sachrüge gestützte Revision bleibt ohne Erfolg.

A.

I. 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts reiste der aus dem Irak stammende Angeklagte 2002 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Sein unter Falschpersonalien gestellter Asylantrag wurde 2005 rechtskräftig abgelehnt. Seitdem wurden ihm immer wieder jeweils zeitlich befristete Duldungen erteilt, weil die Ausländerbehörden wegen (vermeintlich) fehlender Ausweisdokumente von einem tatsächlichen Abschiebehindernis ausgingen. Ende November 2008 wurde der Angeklagte aus der Bundesrepublik ausgewiesen; die zuständige Ausländerbehörde setzte jedoch die Abschiebung wegen nach ihrem Kenntnisstand weiterhin bestehender Abschiebehindernisse aus und sprach eine weitere Duldung aus. Nachdem der Angeklagte seine wahre Identität offenbart und der zuständigen Ausländerbehörde Ausweispapiere vorgelegt hatte, ordnete diese seine Abschiebung für den 4. Februar 2014 an. Allerdings gewährte dieselbe Behörde dem Angeklagten am 13. Januar 2014 eine weitere, bis zum 14. April 2014 befristete Duldung. Eine Woche nach Ergehen dieser Duldungsverfügung beauftragte die Ausländerbehörde dennoch die zuständige Polizeidirektion L. damit, die angeordnete Abschiebung am 4. Februar 2014 durch Verbringung des Angeklagten zum Flughafen in Frankfurt/Main zu vollziehen. Von dort aus sollte er nach Erbil (Irak) abgeschoben werden. In dem an die Polizeidirektion gerichteten Schreiben teilte die Ausländerbehörde mit, die Abschiebung sei gegenüber dem Angeklagten schriftlich angekündigt und diesem aufgetragen worden, sich am festgesetzten Tag für die Durchführung der Abschiebung bereitzuhalten. Tatsächlich war eine entsprechende Ankündigung gegenüber dem Angeklagten jedoch versehentlich nicht erfolgt.

2. Da die zuständige Polizeidirektion von einer Information des Angeklagten über die Abschiebung ausging und dieser nicht als gewaltbereit galt, wurden zwei uniformierte Beamte mit üblicher Ausrüstung und Kleidung, ohne Schutzkleidung, mit der Durchführung der Abschiebung beauftragt. Als die Beamten am frühen Morgen des 4. Februar 2014 an der Wohnungstür des Angeklagten klingelten und ihn von der Abschiebung informierten, war dieser völlig überrascht. Auf die Aufforderung hin, sich auszuweisen, händigte der Angeklagte den Polizeibeamten „seine Duldung“ aus. Zugleich erklärte er, er werde nicht freiwillig mitkommen und wolle das Land nicht verlassen. Der Aufforderung der inzwischen in die Wohnung gelangten Beamten, sich anzukleiden, kam der Angeklagte nicht nach. Vielmehr konnte er, von den Polizeibeamten unbemerkt, ein Küchenmesser mit einer Klingenlänge von ca. 20 cm ergreifen. Dieses Messer setzte er sich an den Hals. Durch die von den Polizeibeamten ernst genommene Suiziddrohung, veranlasste er diese, ihm die Ausfertigung der Duldungsverfügung zurückzugeben und seine Wohnung wieder zu verlassen.

3. Während die Beamten Verstärkung anforderten, begab sich der Angeklagte unter Mitnahme des Küchenmessers auf den Balkon seiner Wohnung und gelangte durch Überklettern einer Trennwand auf den Balkon der Nachbarwohnung. Dort versteckte er sich in einem Geräteschuppen. Dabei hoffte er darauf, dort nicht gefunden zu werden und so der Abschiebung zu entgehen. Für den Fall der als möglich erwarteten Entdeckung wollte er sein Entkommen mittels seines Messers erzwingen (UA S. 9).

4. Etwa 30 Minuten nach der Alarmierung trafen die polizeilichen Verstärkungen ein. Drei der hinzugekommenen Beamten suchten auf dem Balkon der Nachbarwohnung nach dem Angeklagten. Unter ihnen war PHM E., der u.a. mit einem Kettenhemd geschützt war. Ein zweiter der den Balkon absuchenden Beamten war mit einer Maschinenpistole bewaffnet. Im Rahmen der Suche versuchte PHM E., die Schiebetür des dem Angeklagten als Versteck dienenden Geräteschuppens aufzuziehen. Dies misslang jedoch zunächst, weil der Angeklagte die Tür von innen zuhielt. Als der Polizeibeamte E. daraufhin den Kräfteinsatz verstärkte, konnte er die Tür so weit öffnen, dass der hinter ihm stehende

Kollege den Angeklagten in dem Schuppen entdeckte und diesen sofort aufforderte, sich auf den Boden zu legen. PHM E. zog nunmehr die Tür vollständig auf. Der Angeklagte hatte dieses erwartet und war entschlossen, das Messer einzusetzen, um sich so den Weg freizukämpfen und der beabsichtigten Abschiebung zu entgehen. Mit dem in der rechten Hand gehaltenen Messer stach er daher sofort schnell hintereinander mit horizontalen, bogenartigen Bewegungen mindestens drei Mal in Richtung der linken Schulter und des Oberkörpers von PHM E.. Einer der wuchtig geführten Stiche traf den metallenen Türrahmen der Hütte und führte dort eine Beschädigung herbei. Der Angeklagte, dem die Schutzkleidung des Beamten nicht bekannt war, rechnete damit, dass PHM E. durch die Stiche getötet werden könnte. Dies kümmerte ihn jedoch nicht (UA S. 20). Diese mögliche Folge war dem Angeklagten „gleichgültig“ (UA S. 21). Der Beamte konnte jedoch reflexartig zurückweichen, so dass er durch die Stiche nicht verletzt wurde. Sofort nach der Ausweichbewegung trat PHM E. wieder nach vorn und konnte dem nunmehr aus der Hütte hinaustretenden Angeklagten mit dem Einsatzstock das Messer aus der Hand schlagen. Anschließend gelang es den drei auf dem Balkon eingesetzten Beamten, den sich wehrenden Angeklagten zu Boden zu bringen und ihm Handfesseln anzulegen. Ob zumindest einer der Stiche PHM E. getroffen hatte und eine Verletzung lediglich durch das getragene Kettenhemd verhindert worden war, hat das Landgericht nicht aufzuklären vermocht.

II. Es hat eine Rechtfertigung des Angeklagten auf der Grundlage von § 32 StGB ausgeschlossen. Im Zeitpunkt der Ausführung der Stiche habe kein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff gegen ihn vorgelegen. Zudem habe er nicht mit Verteidigungs-, sondern mit Angriffswillen gehandelt, weil es ihm darum ging, seine Flucht zu ermöglichen (UA S. 24). Einen freiwilligen Rücktritt vom Totschlagsversuch hat es verneint.

B. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I. Das Landgericht hat auf der Grundlage einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung ebenfalls ohne Rechtsfehler einen bedingten Tötungsvorsatz bei dem Angeklagten festgestellt.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat bedingten Tötungsvorsatz, wer den Eintritt des Todes als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Beide Elemente müssen getrennt voneinander geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen (vgl. BGH, Urteile vom 14. August 2014 - 4 StR 163/14 Rn. 15, NJW 2014, 3382, 3383; vom 5. Juni 2014 - 4 StR 439/13 Rn. 7; vom 23. Februar 2012 - 4 StR 608/11, NStZ 2012, 443, 444; vom 27. Januar 2011 - 4 StR 502/10, NStZ 2011, 699, 701 Rn. 34 f. mwN). In die Prüfung sind dabei neben der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung und der konkreten Angriffsweise des Täters auch seine psychische Verfassung bei Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen (BGH, Urteile vom 14. August 2014 - 4 StR 163/14 Rn. 15, NJW 2014, 3382, 3383; vom 5. Juni 2014 - 4 StR 439/13 Rn. 7; vom 16. Mai 2013 - 3 StR 45/13, NStZ 2013, 581, 582 mwN).

2. Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil gerecht.

a) Das Landgericht hat das Wissenselement des bedingten Tötungsvorsatzes ohne Rechtsfehler auf die von dem Angeklagten angenommene erhebliche objektive Gefährlichkeit seines Vorgehens gegen den Polizeibeamten E. gestützt. Diese ist durch die Beschaffenheit des Messers mit einer Klingenlänge von 20 cm, die auch in der Beschädigung des metallenen Türrahmens zum Ausdruck kommende Wucht der Stiche sowie ihrer Ausführung in Richtung des Oberkörpers des Beamten ausreichend mit tatsächlichen Umständen belegt. Die von dem Polizeibeamten E. getragene Schutzkleidung in Gestalt eines Kettenhemdes war nicht als gegen die Wissenskomponente des bedingten Tötungsvorsatzes sprechender Aspekt zu berücksichtigen. Der Tatrichter hat mit rechtsfehlerfreien Erwägungen ausgeschlossen, dass dem Angeklagten das Vorhandensein derartiger Schutzkleidung durch die nunmehr eingesetzten Polizisten bekannt war. Soweit das Landgericht dies auch darauf gestützt hat, dass die beiden zunächst mit dem Vollzug der Abschiebung beauftragten Polizeibeamten dem Angeklagten ohne Schutzkleidung gegenüber getreten sind, handelt es sich um einen möglichen Schluss, der revisionsrechtlich hinzunehmen ist.

b) Die Billigung des als möglich erkannten Todeseintritts, dem der Angeklagte gleichgültig gegenüberstand, hat das Landgericht mit dem von diesem selbst angegebenen unbedingten Fluchtwillen gleichfalls ohne Rechtsfehler begründet. Sonstige Umstände in seiner Person und der Tatausführung stehen dem Willenselement nicht entgegen. Zwar kann bei einer - hier aus der Sicht des Angeklagten - generell lebensgefährlichen Gewalttat, die spontan, unüberlegt und in affektiver Erregung begangen wird, aus dem Wissen um den möglichen Eintritt des Todes nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten auf eine billigende Inkaufnahme des Erfolgseintritts geschlossen werden (siehe BGH, Urteile vom 14. August 2014 - 4 StR 163/14 Rn. 18, NJW 2014, 3382, 3383 mwN; vom 17. Juli 2013 - 2 StR 139/13, NStZ-RR 2013, 343; vom 16. August 2012 - 3 StR 237/12, NStZ-

RR 2012, 369, 370; vom 25. November 2010 - 3 StR 364/10, NSTZ 2011, 338 f.). Das Vorliegen solcher Besonderheiten hat das Landgericht jedoch verneint. Insbesondere konnte es sachverständig beraten einen Affekt bei dem Angeklagten ausschließen (UA S. 22 f.). Auch eine spontane Ausführung lag erkennbar nicht vor. Der Angeklagte hat vielmehr planvoll sein Verlassen der Wohnung und das Verbergen in der Gartenhütte auf dem Nachbarbalkon durchgeführt. Zudem hatte er während des wenigstens halbstündigen Versteckens in der Hütte genügend Zeit, sein weiteres Vorgehen zu überdenken (UA S. 23 f.). Insgesamt hat das Landgericht damit auch hinsichtlich der Willenskomponente des bedingten Tötungsvorsatzes eine ausreichende Gesamtbewertung der maßgeblichen objektiven und subjektiven Umstände vorgenommen.

II. Im Ergebnis ist die Annahme eines rechtswidrigen Handelns des Angeklagten rechtlich nicht zu beanstanden. Die gegen den Polizeibeamten E. geführten drei Messerstiche waren weder durch Notwehr gemäß § 32 StGB noch durch einen sonstigen Erlaubnissatz gerechtfertigt.

1. Der Angeklagte sah sich zwar im Zeitpunkt der Messerstiche einem unmittelbar bevorstehenden und damit gegenwärtigen Angriff auf seine durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Fortbewegungsfreiheit seitens des Polizeibeamten ausgesetzt. Dieser Angriff war jedoch nicht im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB rechtswidrig.

a) Der - in dem vorgenannten Sinn - Rechtmäßigkeit des bevorstehenden Zugriffs durch den Polizeibeamten E. stand nicht entgegen, dass der Vollzug der durch die zuständige Ausländerbehörde materiell rechtmäßig angeordneten Abschiebung am 4. Februar 2014 (noch) nicht erfolgen durfte, weil dem Angeklagten eine über diesen Termin hinausreichende, bis zum 14. April 2014 befristete Duldung (§ 60a AufenthG) erteilt worden war. Eine Duldung setzt den Vollzug der Abschiebung zeitweilig aus (vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 2. Februar 2015 - 11 B 676/15 Rn. 2; Bauer in Renner/ Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl., AufenthG § 60a Rn. 16). Die am 20. Januar 2014 erfolgte Beauftragung der Polizeidirektion L. mit dem Vollzug der Abschiebung seitens der zuständigen Ausländerbehörde stellt sich weder als gemäß § 60a Abs. 5 Satz 2 AufenthG möglicher wirksamer Widerruf der am 13. Januar 2014 dem Angeklagten erteilten Duldung noch als deren wirksame Rücknahme dar. Denn Rücknahme oder Widerruf wären jedenfalls dem Angeklagten nicht bekannt gegeben (§ 41 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG Baden-Württemberg) worden. Die Voraussetzungen, unter denen eine Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes durch Vermittlung einer anderen Behörde - hier der Polizeidirektion L. - erfolgen kann (zu diesen Voraussetzungen BVerwG, Beschlüsse vom 16. November 2010 - 6 B 58/10, Buchholz 402.44 VersG Nr. 18; vom 5. Mai 1997 - 1 B 129/96, Buchholz 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 11), lagen ersichtlich nicht vor. Für eine Beauftragung der Polizeidirektion, einen Rücknahme- oder Widerrufsbescheid bezüglich der Duldung an den Angeklagten auszuhändigen, bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr spricht die seitens der zuständigen Ausländerbehörde der beauftragten Polizeidirektion am 20. Januar 2014 übermittelte (unzutreffende) Information, dem Angeklagten sei die Abschiebung angekündigt worden, gegen die Möglichkeit, die Ausländerbehörde habe die am 13. Januar 2014 erteilte Duldung widerrufen oder zurückgenommen und mit der Bekanntgabe dieses Verwaltungsaktes die Vollzugspolizei beauftragt. Ungeachtet der Aussetzung der Vollziehbarkeit der Abschiebung wegen der erneuten Duldungsverfügung war aber das auf die Ingewahrsamnahme des Angeklagten zum Zwecke der Abschiebung gerichtete Verhalten von PHM E. kein rechtswidriger Angriff im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestimmt sich die Rechtmäßigkeit - sowohl bezüglich § 32 Abs. 2 StGB als auch § 113 Abs. 3 StGB - des Handelns von staatlichen Hoheitsträgern bei der Ausübung von Hoheitsgewalt weder streng akzessorisch nach der materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zugrundeliegenden Rechtsgebiets (meist des materiellen Verwaltungsrechts) noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem maßgeblichen Vollstreckungsrecht (vgl. BGH, Urteile vom 31. März 1953 - 1 StR 670/52, BGHSt 4, 161, 164; vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 363 sowie die Nachw. bei Rönau/Hohn in Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., Band 2, § 32 Rn. 117; Erb in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., Band 1, § 32 Rn. 75; siehe auch BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06 Rn. 26 ff. bzgl. der Rechtmäßigkeit bei § 113 Abs. 3 StGB). Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hängt vielmehr lediglich davon ab, dass „die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten“ gegeben sind, „er also örtlich und sachlich zuständig“ ist, er die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und der Hoheitsträger sein - ihm ggf. eingeräumtes - Ermessen pflichtgemäß ausübt (BGH, Urteile vom 31. März 1953 - 1 StR 670/52, BGHSt 4, 161, 164; vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 365; weitere umfassende Nachw. bei Rönau/Hohn aaO § 32 Rn. 117 Fn. 332; Erb aaO § 32 Rn. 75 Fn. 159). Befindet sich allerdings der Hoheitsträger in einem schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung, handelt er willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes, so ist sein Handeln rechtswidrig (BGH, Urteil vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 363; in der

Sache ebenso bereits BGH, Urteil vom 31. März 1953 - 1 StR 670/52, BGHSt 4, 161, 164 f.; siehe auch BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 29. April 1991 - 1 BvR 7/90, NJW 1991, 3023 sowie Erb, Festschrift für Gössel, 2002, S. 217, 230 f.).

c) Diese Auslegung des einfachen Gesetzesrechts mit der teilweisen Ablösung des strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB (und § 113 Abs. 3 StGB) von der Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns nach Maßgabe der jeweils einschlägigen außerstrafrechtlichen Rechtsvorschriften ist entgegen der von Teilen der Strafrechtswissenschaft (etwa Paeffgen in Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl., Band 2, § 113 Rn. 39 ff. mwN) vorgetragenen Kritik verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfG, [1. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06 Rn. 26 ff. bzgl. der Rechtmäßigkeit bei § 113 Abs. 3 StGB).

d) Der Senat hält an der bisherigen Rechtsprechung (vgl. aber BGH, Urteil vom 2. November 2011 - 2 StR 375/11, NSZ 2012, 272, 273 mit Anm. Erb JR 2012, 207, 209 f.) fest. Die gegen diese in der Strafrechtswissenschaft erhobenen Einwände (siehe etwa Rönnau/Hohn aaO Rn. 119; Kindhäuser in Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl., Band 1, § 32 Rn. 69) werden den für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 StGB maßgeblichen Besonderheiten der Situation nicht ausreichend gerecht, in der sich ein Bürger drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen durch einen Hoheitsträger ausgesetzt sieht.

aa) Der Bundesgerichtshof hat bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit (im Sinne von § 32 StGB und § 113 StGB) von hoheitlichem Handeln stets in den Blick genommen, in welcher Lage sich (Polizei)Vollzugsbeamte bei Ausübung hoheitlicher Tätigkeit befinden (vgl. BGH, Urteile vom 31. März 1953 - 1 StR 670/52, BGHSt 4, 161, 164; vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 365 f.; siehe auch BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06 Rn. 29 und 36). Diese müssen sich in der konkreten Situation in der Regel unter einem gewissen zeitlichen Druck auf die Ermittlung eines äußeren Sachverhalts beschränken, ohne die Rechtmäßigkeit des eigenen Handelns auf der Grundlage des materiellen Rechts oder des (Verwaltungs)Vollstreckungsrechts bis in alle Einzelheiten klären zu können (siehe BVerfG und BGH jeweils aaO). Das Bundesverfassungsgericht hat vor dem dargestellten Hintergrund bezüglich der Auslegung des Rechtmäßigkeitsbegriffs in § 113 Abs. 3 StGB verfassungsrechtlich akzeptiert, dass bei der Notwendigkeit umgehenden behördlichen Einschreitens eine Pflicht des betroffenen Bürgers zur Befolgung einer wirksamen, wenn auch gegebenenfalls rechtswidrigen Diensthandlung besteht (BVerfG aaO Rn. 29). Er muss die Amtshandlung grundsätzlich hinnehmen und kann erst nachträglich eine Feststellung der eventuellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme erreichen (BVerfG aaO mwN).

bb) Von diesen Grundsätzen geht auch das Verwaltungsvollstreckungsrecht aus. Ihm liegt der Gedanke zugrunde, der betroffene Bürger habe eine Pflicht zur Duldung von Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung auch dann, wenn nicht sämtliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gegeben sind (vgl. Erb, Festschrift für Gössel, S. 217, 227 mwN). Dies ergibt sich aus den (einfach)gesetzlichen Regelungen über den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Vollstreckungsmaßnahmen in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen (etwa § 12 Satz 1 Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz Baden-Württemberg [LVwVG]; siehe auch Stammberger in Engelhardt/App/Schlattmann, VwVG/VwZG, 10. Aufl., § 18 VwVG Rn. 14; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., § 32 Rn. 13). Der Betroffene ist darauf beschränkt, nachträglichen Rechtsschutz einzuholen. Es ist mit dem Ausschluss der aufschiebenden Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen wertungsmäßig nicht zu vereinbaren, gegen solche Maßnahmen dem Betroffenen im Fall ihrer Rechtswidrigkeit das Notwehrrecht aus § 32 StGB einzuräumen (zutreffend Erb aaO).

cc) Die spezifische Auslegung der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB (und § 113 Abs. 3 StGB) bei hoheitlichem Handeln trägt auch dem Umstand Rechnung, dass die eingesetzten Vollzugsbeamten im Dienst der staatlichen Ordnung tätig werden, die wiederum die Sicherung der Rechtsordnung insgesamt gewährleistet (BGH, Urteile vom 31. März 1953 - 1 StR 670/52, BGHSt 4, 161, 164; vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 365 f.). Die Entlastung des Vollzugsbeamten von dem Risiko, dass sich bei einer ex post erfolgenden Prüfung der Rechtmäßigkeit seines hoheitlichen Handelns am Maßstab meist des materiellen Verwaltungsrechts oder des Verwaltungsvollstreckungsrechts seine ex ante unter den konkreten Bedingungen seines Handelns vorgenommene Rechtmäßigkeitsbeurteilung als unzutreffend erweist und dem von der Maßnahme betroffenen Bürger dann eine ggf. gewaltsame Verteidigung gegen den Hoheitsträger offen stünde, dient gerade im demokratischen Rechtsstaat der Sicherung der Entschlusskraft der eingesetzten Vollzugsbeamten (siehe insoweit bereits BGH, Urteil vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 366 und 367). Wird - wie hier - der hoheitlich handelnde Beamte mit der Vollstreckung einer durch eine andere Behörde angeordneten Verwaltungsmaßnahme beauftragt, darf er sich grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeit der ihm übertragenen Vollstreckung verlassen. Umgekehrt muss die beauftragende Behörde

von dem Vollzug der Maßnahme durch die angewiesene Behörde und deren dort konkret betraute Beamte ausgehen können. Derartige Weisungsverhältnisse bilden im Rechtsstaat das notwendige Bindeglied, um die demokratische Legitimation für die Ausübung von Staatsgewalt sowie die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung gewährleisten zu können (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. November 2014 - 2 C 24/13 Rn. 30; siehe auch grundlegend BVerfGE 93, 37, 66 ff. bzgl. der Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung). Der von der angeordneten Verwaltungsvollstreckung Betroffene wird durch die ihm auferlegte Pflicht zur Duldung einer sich im Nachhinein als - gemessen an den einschlägigen außerstrafrechtlichen Vorschriften - rechtswidrig erweisenden hoheitlichen Maßnahme nicht rechtlos gestellt. Ihm steht die nachträgliche gerichtliche Rechtmäßigkeitsprüfung (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG) vollständig zur Verfügung.

dd) Darüber hinaus führte die Gewährung des Notwehrrechts gegen hoheitliches Handeln zu nicht akzeptablen Konsequenzen im Hinblick auf die Rechtsgüter des betroffenen Bürgers auf der einen Seite und derjenigen des ausführenden Beamten auf der anderen Seite. Der von einer - nach dem maßgeblichen materiellen Recht oder Vollstreckungsrecht - rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme betroffene Bürger befindet sich in einer völlig anderen tatsächlichen Lage als derjenige, der sich einem rechtswidrigen Angriff auf seine Rechtsgüter durch Private ausgesetzt sieht. Innerhalb der Grenzen seiner Duldungspflicht (siehe unten Rn. 34) ist die Eingriffsintensität der staatlichen Maßnahme durch die für hoheitliches Handeln bestehenden Schranken, vor allem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (dazu im hier relevanten Zusammenhang BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 29. April 1991 - 1 BvR 7/90, NJW 1991, 3023) begrenzt. Es droht typischerweise kein endgültiger Verlust des beeinträchtigten Rechtsguts. Auf der anderen Seite wäre der Vollzugsbeamte bei Gewährung des Notwehrrechts gegen sein hoheitliches Handeln der Gefahr erheblicher Rechtsgutsbeeinträchtigungen in einer Situation ausgesetzt, in der er ohne ihm vorwerfbares Irrtum von der Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Vollstreckungsmaßnahme ausgeht. Gerade bei Notwehrhandlungen gegen bewaffnete Polizeibeamte im Rahmen des Vollzugs durch andere Behörden angeordneter Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung wird eine zur endgültigen und sicheren Abwehr des Angriffs führende „Verteidigung“ häufig gleichsam notwendig die Tötung der eingesetzten Beamten umfassen (Erb, Festschrift für Gössel, S. 217, 222). Gegen eine solche „Verteidigung“ dürfte sich der Beamte nicht rechtmäßig wehren. Eine ihm zumutbare legale Verhaltensalternative bliebe ihm dann nicht. Entweder handelt er entgegen dem ihm erteilten Vollstreckungsauftrag oder er macht sich durch eine Abwehr der dann nicht rechtswidrigen Verteidigung des von seiner hoheitlichen Maßnahme betroffenen Bürgers strafbar.

ee) Daher folgt der Senat nicht einer in der Strafrechtswissenschaft vertretenen Auffassung, die bei - am materiellen Verwaltungsrecht oder dem Verwaltungsvollstreckungsrecht gemessen - rechtswidrigem Handeln des Hoheitsträgers auch strafrechtlich von einem rechtswidrigen Angriff i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB ausgeht, dem vom hoheitlichen Handeln Betroffenen aber lediglich ein (eingeschränktes) Notwehrrecht gewährt (so etwa Amelung JuS 1986, 329, 337; Rönnau/Hohn aaO § 32 Rn. 134 mwN; der Sache nach über eine Einschränkung des Notwehrrechts über das Merkmal „geboten“ wie diese auch OLG Hamm JR 2010, 361 f. mit krit. Anm. T. Zimmermann). Eine solche Rechtsauffassung wird weder den beschriebenen (oben Rn. 27-31) tatsächlichen noch den rechtlichen Besonderheiten des möglichen Notwehrrechts des einzelnen Bürgers gegen das Handeln von staatlichen Hoheitsträgern gerecht. Insbesondere verkennt sie, dass bei dem Vorgehen gegen bewaffnete Polizeibeamte deren Tötung oder zumindest deren gravierende Verletzung meist die allein eine sichere und endgültige Angriffsabwehr gewährleistende „Verteidigungshandlung“ wäre (Rn. 32).

e) Die Grenzen der Pflicht zur Duldung einer nach den maßgeblichen außerstrafrechtlichen Rechtsvorschriften rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme sind dort erreicht, wo diese mit dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) schlechthin unvereinbar sind (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 29. April 1991 - 1 BvR 7/90, NJW 1991, 3023; in der Sache ebenso BGH, Urteil vom 31. März 1953 - 1 StR 670/52, BGHSt 4, 161, 164). Das ist jedenfalls bei Willkür und bei Nichtigkeit des Verwaltungshandelns der Fall (BVerfG und BGH jeweils aaO). Bei der Verwaltungsvollstreckung endet die Duldungspflicht des Betroffenen auch bei der Nichtigkeit von Verwaltungsakten (§§ 43, 44 LVwVfG) im Schweregrad entsprechenden Verletzungen der Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung (Erb, Festschrift für Gössel, S. 217, 230; ähnlich T. Zimmermann JR 2010, 361, 365 „offensichtlich bösgläubige und amtsmissbräuchliche Vollstreckungshandlungen“). Das Handeln ist dann stets rechtswidrig im Sinne von § 32 Abs. 2 StGB.

f) Bei Anwendung der vorstehenden rechtlichen Maßstäbe war der unmittelbar bevorstehende Angriff durch PHM E. auf das Freiheitsrecht des Angeklagten nicht gemäß § 32 Abs. 2 StGB rechtswidrig.

aa) Der Polizeibeamte E. handelte, wie die übrigen mit dem Vollzug der Abschiebung beauftragten Polizeibeamten, nach den getroffenen Feststellungen innerhalb seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit aufgrund des seitens der ihrerseits zuständigen Ausländerbehörden erteilten Auftrags zur Verwaltungsvollstreckung. Hinsichtlich der Durchführung des Vollzugs der Abschiebung sind durch die beauftragte Polizei die wesentlichen Förmlichkeiten eingehalten worden. Das gilt auch für die Durchführung der Vollstreckung zur Nachtzeit (vgl. § 9 Abs. 2 LVwVG). Gemäß § 9 Abs. 1 LVwVG bedarf diese einer Erlaubnis der Vollstreckungsbehörde. Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang des angefochtenen Urteils ergibt, hatte die Ausländerbehörde eine solche Erlaubnis erteilt. Denn sie hatte der unmittelbar beauftragten Polizeidirektion L. mitgeteilt, dem Angeklagten als Abzuschiebenden sei die Abschiebung angekündigt und diesem aufgetragen, sich ab 3.00 Uhr morgens unter seiner Wohnanschrift bereitzuhalten (UA S. 7/8).

bb) Der bevorstehende Zugriff durch PHM E. erweist sich auch nicht aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalls als rechtswidrig im Sinne des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs. Weder befand er sich in einem schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung noch handelt er willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes (Rn. 25). Das gilt selbst dann, wozu das Landgericht allerdings keine Feststellungen getroffen hat, wenn ihm durch Information seitens der zunächst eingesetzten Polizeibeamten B. und K. bekannt gewesen sein sollte, dass der Angeklagte diesen eine Duldungsverfügung gezeigt, anschließend aber wieder zurückverlangt hatte.

(1) Das Fehlen eines schuldhaften Irrtums über die Erforderlichkeit der Ingewahrsamnahme des Angeklagten ergibt sich aus folgenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen: Der Polizeidirektion L. war durch das Regierungspräsidium Ka. als zuständiger Ausländerbehörde der Auftrag zum Vollzug der Abschiebung für den 4. Februar 2014 erteilt worden. Der Polizeidirektion war weiter mitgeteilt worden, dass dem Angeklagten die Abschiebung für den genannten Termin angekündigt und ihm aufgegeben war, sich am fraglichen Tag ab 3.00 Uhr für den Transport bereitzuhalten. Diese Informationen waren auch an den in der Tatnacht diensthabenden Einsatzleiter des mit dem Vollzug durch die Polizeidirektion beauftragten Polizeireviers 3 in S. gelangt (UA S. 8). Die am 13. Januar 2014 dem Angeklagten erteilte Duldung als Vollzugshindernis war dem zuständigen Einsatzleiter daher zunächst ebenso wenig bekannt wie den zunächst mit dem Vollzug der Abschiebung beauftragten Polizeibeamten (POM B. und POM'in K. ). Anhaltspunkte für das Bestehen des Vollzugshindernisses aus § 60a AufenthG ergaben sich nach Beginn des Vollzugs lediglich aus dem Hinweis des Angeklagten auf die Duldung sowie dem kurzzeitigen Zugriff (UA S. 8 und 9) von POM B. und POM'in K. auf die bei dem Angeklagten vorhandenen Ausfertigung der Duldung vom 13. Januar 2014. Selbst wenn den zur Verstärkung herbeigerufenen Polizeibeamten, darunter PHM E. , das Vorhandensein der Ausfertigung einer über den Abschiebetermin hinausreichenden Duldung ebenfalls bekannt geworden sein sollte, führte dies für den Polizeibeamten nicht dazu, dass er in ihm vorwerfbarer Weise die verwaltungsvollstreckungsrechtliche Rechtswidrigkeit der Durchführung verkannt hätte. Den beauftragten Polizeibehörden lagen aufgrund Mitteilung der zuständigen Ausländerbehörde Informationen vor, aus denen sich zunächst eindeutig die Rechtmäßigkeit des Vollzugs der Abschiebung ergab. Allein der Hinweis des Angeklagten auf die Duldung und das kurzzeitige bildliche In-den-Händen-Halten der Ausfertigung durch die beiden zunächst eingesetzten Polizeibeamten konnten keine solchen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vollzugs hervorrufen, die zu einem schuldhaften Irrtum über den Vollzug der angeordneten Verwaltungsvollstreckung führen konnten. Eine nähere Prüfung des Inhalts und der Echtheit der Duldung hat der Angeklagte bereits gegenüber POM B. und POM'in K. selbst vereitelt, indem er die Rückgabe der Ausfertigung durch seine Suiziddrohung erzwungen hat. Eine Klärung des Vorhandenseins einer wirksam erteilten, über den 4. Februar 2014 hinausreichenden Duldung durch Rücksprache mit dem zuständigen Regierungspräsidium Ka. war angesichts der Tageszeit (zwischen 4.00 und 4.30 Uhr) nicht möglich. Wegen der eindeutigen Informationen und der Beauftragung durch das Regierungspräsidium war daher für PHM E. (wie auch die übrigen eingesetzten Polizeibeamten) nicht ohne Weiteres erkennbar, dass die Abschiebung des Angeklagten wegen der erneut erteilten Duldung am fraglichen Tag verwaltungsvollstreckungsrechtlich nicht gestattet war.

(2) Das hoheitliche Handeln der zur Vollstreckung der angeordneten Abschiebung eingesetzten Polizeivollzugsbeamten, damit auch des Polizeibeamten E., war angesichts des vorstehend Ausgeführten nicht willkürlich. Ebenso wenig lagen Verletzungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts vor, die in ihrem Schweregrad Nichtigkeitsgründen des Verwaltungsakts entsprechen würden.

g) Schließlich stehen auch die sonstigen Verhältnisse des konkreten Einzelfalls der Anwendung des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs bei hoheitlichem Handeln nicht entgegen. Die damit einhergehende Duldungspflicht des von einer hoheitlichen Maßnahme Betroffenen darf diesem zumutbar auferlegt werden, weil kein endgültiger Rechtsverlust droht, sondern eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit eröffnet ist (dazu oben Rn. 30). Vorliegend verfügte der Angeklagte über eine Ausfertigung der bis zum 14. April 2014 befristeten Duldungsverfügung. Zwischen

dem polizeilichen Zugriff gegen 4.30 Uhr und dem Abflug des Flugzeugs nach Erbil (Irak) vom Flughafen Frankfurt/Main um 10.10 Uhr verblieb genügend Zeit, um durch die Vollzugspolizeibeamten mittels Nachfrage bei der zuständigen Ausländerbehörde nach Beginn deren regelmäßiger Dienstzeit klären zu lassen, ob die Voraussetzungen für die Vollstreckung der Abschiebung vorlagen oder diese (noch) durch eine wirksam erteilte Duldung gehindert war. Es drohte daher im Hinblick auf das Recht zum Aufenthalt im Inland bis zum Ablauf der Duldungsfrist dem Angeklagten kein endgültiger Rechtsverlust. Die Freiheitsentziehung bis zu der Klärung der vollstreckungsrechtlichen Rechtslage durch Einschaltung der Ausländerbehörde musste der Angeklagte aus den für das Bestehen eines spezifischen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs bei hoheitlichem Handeln maßgeblichen Gründen gerade dulden und durfte sich nicht mit erheblicher Gewaltanwendung dagegen wehren.

2. Auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts kommen andere Rechtfertigungsgründe zu seinen Gunsten ebenfalls nicht in Betracht.

III. Anhaltspunkte für das Fehlen schuldhaften Verhaltens ergeben sich aus dem angefochtenen Urteil ebenfalls nicht.

1. Die sachverständig beratene Strafkammer hat eine Aufhebung der Schuldfähigkeit des Angeklagten ohne Rechtsfehler verneint.

2. Nach den ausreichend getroffenen Feststellungen befand sich der Angeklagte auch nicht in einem die Bestrafung aus einer vorsätzlichen Tat ausschließenden Erlaubnistatbestandsirrtum (vgl. BGH, Beschluss vom 21. August 2013 - 1 StR 449/13, NStZ 2014, 30 f. mwN). Der Angeklagte hatte bereits gegenüber den zunächst eingesetzten Polizeibeamten B. und K. angekündigt, nicht freiwillig mitzukommen und das Land nicht verlassen zu wollen (UA S. 8). Bei dem Einsatz des Messers kam es ihm darauf an, die von ihm erwartete Festnahme und daran anschließende Abschiebung zu verhindern (UA S. 9). Dass er sich über tatsächliche Umstände geirrt haben könnte, deren wirkliches Vorliegen einen von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen würde, der ihm die als möglicherweise tödlich erkannten Messerstiche gestattete, ist nicht ersichtlich.

3. Ebenso wenig belegen die Feststellungen einen Erlaubnisirrtum als besondere Erscheinungsform des Verbotsirrtums (§ 17 StGB). Weitere Ausführungen dazu waren nicht geboten. Dem Angeklagten kam es allein auf die Ermöglichung seiner Flucht an. Über die Rechtmäßigkeit des Messereinsatzes als Mittel zum Erreichen dieses Ziels hat er nicht erkennbar reflektiert.

IV. Ein unmittelbar aus dem Verfassungsrecht resultierendes Verbot, den Angeklagten für die gegen den Polizeibeamten gerichteten Messerstiche zu bestrafen, besteht nicht. Selbst wenn die Vollstreckung der Abschiebeanordnung wegen des aus der Duldung folgenden Vollzugshindernisses verwaltungsvollstreckungsrechtlich nicht rechtmäßig gewesen sein sollte, schließt dies eine Bestrafung des Angeklagten wegen der durch die Messerstiche rechtswidrig verwirklichten Straftat nicht aus (vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], Beschluss vom 30. April 2007 – 1 BvR 1090/06 Rn. 53 f.).

V. Die Strafzumessung des Tatgerichts enthält ebenfalls keine revisiblen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten.

1. Die Strafzumessung, zu der auch die Frage gehört, ob ein minder schwerer Fall vorliegt (BGH, Urteile vom 24. März 2015 - 5 StR 6/15 Rn. 7 mwN; vom 26. Februar 2015 - 1 StR 574/14 Rn. 15; Beschluss vom 18. Dezember 2007 - 5 StR 530/07, NStZ-RR 2008, 310 f.), ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Es ist seine Aufgabe, auf Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen und gegeneinander abzuwägen (BGH, Urteile vom 24. März 2015 - 5 StR 6/15 Rn. 7; vom 31. Juli 2014 - 4 StR 216/14 Rn. 4). Welchen Umständen er bestimmendes Gewicht beimisst, ist im Wesentlichen seiner Beurteilung überlassen (st. Rspr.; siehe etwa BGH, Urteil vom 2. August 2012 - 3 StR 132/12, NStZ-RR 2012, 336 f.; BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2007 - 5 StR 530/07, NStZ-RR 2008, 310 f.; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 46 Rn. 146 mwN). Das Revisionsgericht darf die der Entscheidung des Tatrichters über das Vorliegen eines minder schweren Falls zugrunde liegende Wertung nicht selbst vornehmen, sondern lediglich daraufhin überprüfen, ob dem Tatrichter ein Rechtsfehler unterlaufen ist (siehe BGH, Urteil vom 26. Februar 2015 - 1 StR 574/14 Rn. 16; Beschluss vom 18. Dezember 2007 - 5 StR 530/07, NStZ-RR 2008, 310 f.).

2. Derartige der Revision zugängliche Rechtsfehler bei der Anwendung von § 213 StGB weist das angefochtene Urteil nicht auf.

a) Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen von § 213 Alt. 1 StGB (zu diesen ausführlich BGH, Urteil vom 26. Februar 2015 - 1 StR 574/14 Rn. 18 ff.) bestehen nicht.

b) Die Verneinung eines sonst minder schweren Falls gemäß § 213 Alt. 2 StGB hält ebenfalls sachlich-rechtlicher Prüfung stand. Das Landgericht ist von der gebotenen Gesamtbewertung aller relevanten Umstände (Fischer aaO §

213 Rn. 12; H. Schneider in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., Band 4, § 213 Rn. 49 jeweils mwN) ausgegangen. In diese hat es zugunsten des Angeklagten eingestellt, dass er nicht über die bevorstehende Abschiebung informiert worden war und wegen der bis zum 14. April 2014 befristeten Duldung auch nicht mit dieser rechnen konnte. Zudem hat das Landgericht zugunsten des Angeklagten die Länge der Aufenthaltsdauer im Inland und seine besondere Lage wegen der Konfrontation mit der bevorstehenden Abschiebung in den frühen Morgenstunden berücksichtigt. Damit hat es, auch wenn es die Bedeutung der Duldung als Vollzugshindernis rechtlich nicht vollständig erfasst hat, inhaltlich die für die Entscheidung über das Vorliegen eines minder schweren Falls bestimmenden, aus der Verwaltungsvollstreckung resultierenden Umstände gewürdigt. Dass es diese Aspekte auch im Zusammenhang mit der wegen der von PHM E. getragenen Schutzkleidung geringen objektiven Gefährlichkeit der Messerstiche nicht für die Annahme eines minder schweren Falls hat genügen lassen, ist nach dem vorgenannten Prüfungsmaßstab hinzunehmen. Das Abstellen des Landgerichts auf die aus Sicht des Angeklagten besonders gefährliche Vorgehensweise angesichts der Art und Wucht der Stiche sowie der konkreten Beschaffenheit des Messers als bestimmende Gründe gegen einen minder schweren Fall lässt Rechtsfehler ebenfalls nicht erkennen. Gleiches gilt, soweit es aus den nämlichen Gründen den Strafraum des § 213 StGB auch unter Berücksichtigung des vertypten Milderungsgrundes aus § 23 Abs. 2 StGB nicht herangezogen, sondern den Strafraum des § 212 Abs. 1 StGB nach § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemildert hat. Auch innerhalb des gewählten Strafraums sind keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten zu erkennen.

### **StGB § 66 – Sicherungsverwahrung - Hang**

*BGH, Urt. v. 28.04.2015 - 1 StR 594/14*

#### **Zu den Voraussetzungen für einen „Hang“**

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 28. April 2015 für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts München II vom 16. Juni 2014 mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben, soweit die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung abgelehnt worden ist.
2. Der Strafausspruch des vorgenannten Urteils wird klarstellend dahingehend gefasst, dass der Angeklagte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt ist.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere als Jugendschutzkammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit einem Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht sowie wegen eines weiteren Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht – dem Wortlaut des Tenors nach – zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt. Die Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung hat es abgelehnt. Auch die Anordnung einer weiteren Führungsaufsicht hat der Tatrichter nicht für veranlasst gehalten. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten, auf das Unterbleiben der Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung beschränkten und auf die Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

1. Bei dem Angeklagten besteht eine Störung der Sexualpräferenz im Sinne einer Pädophilie (ICD-10 F65.4), die nach der Wertung der sachverständig beratenen Strafkammer aber nicht als „fixierte pädosexuelle Deviation“ zu begreifen sei (UA S. 33). Er ist seit 1994 mehrfach wegen Sexualstraftaten zu Lasten von Kindern, vor allem Jungen, verurteilt worden. Im Einzelnen ist dazu Folgendes festgestellt:

a) Im Dezember 1994 wurde der Angeklagte wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten, bei Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung, verurteilt. Dem lag zugrunde, dass der Angeklagte vor zwei sechs und sieben Jahre alten Mädchen, die er zu beaufsichtigen übernommen hatte, sich am Unterkörper vollständig entkleidete, Onanierbewegungen ausführte und die Mädchen dazu veranlasste, seinen Penis anzufassen. Straferlass war im März 1998 eingetreten.



b) Die zweite Verurteilung erfolgte im Dezember 2000 wegen „sexuellen Missbrauchs von Kindern, drei rechtlich zusammentreffenden Fällen des Missbrauchs von Kindern in drei tatmehrheitlichen Fällen und schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern“. Gegen den Angeklagten wurde eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt. Dieser Gesamtstrafe lag u.a. eine Einzelstrafe von einem Jahr und drei Monaten sowie eine weitere von einem Jahr Freiheitsstrafe zugrunde. Die Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe war zur Bewährung ausgesetzt worden. Nach mehrfacher Verlängerung der Bewährungszeit trat Straferlass im Mai 2006 ein. Der Verurteilung lagen sexuelle Übergriffe auf mehrere Jungen im Alter von zwölf und dreizehn Jahren zugrunde, vor allem auf den im Tatzeitraum zwölfjährigen A.. In einem der verfahrensgegenständlichen Fälle versuchte der Angeklagte dem Jungen einen Zungenkuss zu geben. Dies blieb jedoch erfolglos. Anschließend zog der Angeklagte dem Jungen Hose und Unterhose herunter, umfasste dessen Geschlechtsteil und masturbierte daran. An einem anderen Tag entblöbte der Angeklagte wiederum den Unterkörper des Jungen, führte Onanierbewegungen an dessen Penis aus und sodann den Oralverkehr an dem Jungen durch, indem er dessen Geschlechtsteil solange in den Mund nahm, bis der Junge zum Samenerguss kam. Bei anderer Gelegenheit zog der Angeklagte zwei Jungen deren Hosen und Unterhosen aus, um im Anschluss daran vor den Augen des ebenfalls anwesenden A. an deren Geschlechtsteilen zu manipulieren. Das Unterfangen, einem der Jungen einen Zungenkuss zu geben, scheiterte an dessen Gegenwehr. Alle Taten ereigneten sich in der Wohnung des Angeklagten. Die später geschädigten Jungen kamen dorthin, weil sie bei dem Angeklagten Computerspiele ausführen durften und er ihnen Geld und Süßigkeiten schenkte.

c) Das Amtsgericht Nürnberg verurteilte den Angeklagten im April 2006 wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern in zwei Fällen und sexuellen Missbrauchs von Kindern in drei Fällen sowie sexuellen Missbrauchs von zwei Kindern zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten. Eine der zugrunde liegenden Einzelfreiheitsstrafen betrug ein Jahr und sechs Monate, eine weitere ein Jahr. Bei den durch die Straftaten Geschädigten handelte es sich jeweils um Jungen im Alter zwischen neun und dreizehn Jahren. In einem der dort verfahrensgegenständlichen Fälle hatte der Angeklagte den damals neunjährigen Geschädigten, mit dem er „seit ca. zwei Jahren ... befreundet“ war (UA S. 10), in den Swimmingpool des Hauses eines Bekannten mitgenommen. Während eines gemeinsamen Nacktbadens hatte der Angeklagte mehrfach an den Penis des Jungen gefasst. Später hatte er sich mit geöffneter Hose auf die Beine des bekleidet auf einem Sofa liegenden Geschädigten gesetzt, dessen Hose und Unterhose nach unten gezogen, das Geschlechtsteil des Jungen angefasst und dieses geküsst. Die übrigen Taten hatten sich in der Wohnung des Angeklagten ereignet. Dem Angeklagten war es gelungen, die Geschädigten dazu zu veranlassen, den Handverkehr an ihm zu vollziehen oder von dem Angeklagten an ihnen vornehmen zu lassen. In einem Fall war es zu wechselseitigem Handverkehr zwischen dem Angeklagten und zwei zehn- bzw. dreizehnjährigen Jungen gekommen. Nach Vollverbüßung der genannten Gesamtfreiheitsstrafe trat Führungsaufsicht ein. Mit Beschluss vom 4. Dezember 2007 setzte die zuständige Strafvollstreckungskammer die Dauer der Führungsaufsicht auf fünf Jahre fest. Zudem erteilte sie u.a. folgende Weisungen: „4. Dem Verurteilten wird verboten, Kontakt zu Kindern oder Jugendlichen aufzunehmen, insbesondere nicht mit ihnen zu verkehren, sie zu beschäftigen, sie auszubilden oder sie zu beherbergen.

5. Dem Verurteilten wird verboten, sich mit Kindern oder Jugendlichen alleine – ohne Beisein von Vertrauenspersonen der Kinder und Jugendlichen – in abgeschlossenen Räumlichkeiten oder an wenig frequentierten Örtlichkeiten aufzuhalten.“

d) Im September 2011 verurteilte das Landgericht München I den Angeklagten wegen Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten. Die Vollstreckung der Strafe wurde für die Dauer von vier Jahren zur Bewährung ausgesetzt. Die Dauer der Führungsaufsicht verlängerte sich dadurch bis zum 20. September 2015. Der Verurteilung lag eine durch den Angeklagten betriebene Kontaktaufnahme mit einem 13jährigen Jungen zugrunde. Dieser hatte angesichts eines geöffneten Fensters der im Hochparterre gelegenen Wohnung des Angeklagten bemerkt, dass er mit seiner Spielkonsole spielte. Der Angeklagte übergab dem Jungen den zugehörigen Joystick und ließ ihn vom Fensterbrett aus spielen. Das Angebot, in die Wohnung zu kommen, lehnte der Junge ab.

2. Zu den hier verfahrensgegenständlichen Taten hat das Landgericht festgestellt, dass der Angeklagte am Vormittag des 16. August 2013 den damals knapp zehn Jahre alten L. an einem in der Nähe der Wohnung des Angeklagten gelegenen Teich traf. Beide waren sich dort bereits zuvor begegnet und ins Gespräch gekommen. Im Keller der Wohnung des Angeklagten fielen L. zahlreiche dort gelagerte Spiele sowie ein noch verpackter „Rennfahrsitz“ für eine Spielkonsole auf. L. und der Angeklagte verabredeten, den Sitz in dessen Wohnung aufzubauen. Während des Aufbaus zog der Angeklagte wegen der hohen Temperaturen sein Hemd aus. Der an den Jungen gerichteten Aufforderung, sein T-Shirt ebenfalls auszuziehen, kam dieser nicht nach. Vor Abschluss der Aufbauarbeiten erhielt L. um die Mittagszeit



nicht auszuschließen ist (siehe dazu BGH, Urteil vom 23. Februar 1994 – 3 StR 679/93, NStZ 1994, 280, 281), liegt nicht vor. Aus dem Urteil ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Tatgericht die Höhe der Einzelstrafen und der Gesamtstrafe in Abhängigkeit zu der unterbliebenen Maßregelanordnung gebracht hat. Ebenso wenig hat das Landgericht zwischen den Gründen der Ablehnung der Anordnung der Sicherungsverwahrung einerseits und den Erwägungen für das Absehen von der Anordnung einer weiteren Führungsaufsicht (UA S. 45) eine Verknüpfung hergestellt.

c) Da die Teilrücknahme des Rechtsmittels, das ursprünglich auch den (Teil-)Freispruch des Angeklagten erfasste, vor Beginn der Revisionshauptverhandlung erklärt worden ist, hing die Wirksamkeit der (weiteren) Beschränkung nicht von der Zustimmung des Angeklagten ab (§ 303 Satz 1 StPO).

2. Das Unterbleiben der Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 1 StGB hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand. Das Landgericht hat bereits die Bedeutung des „Hanges“ im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht zutreffend erkannt. Zudem mangelt es an der umfassenden Würdigung aller relevanten Umstände für die Beurteilung, ob von dem Angeklagten zukünftig erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch die Opfer körperlich oder seelisch schwer geschädigt werden (Gefährlichkeitsprognose).

a) Die formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 1 StGB hat das Landgericht im Hinblick auf die früheren Verurteilungen des Angeklagten und die Vollstreckung der dort verhängten Strafen rechtsfehlerfrei festgestellt.

b) Die Begründung, mit der es einen Hang des Angeklagten abgelehnt hat, trägt allerdings nicht.

aa) Wie das Landgericht zunächst im rechtlichen Ausgangspunkt nicht verkannt hat, verlangt das Merkmal „Hang“ nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer festen eingewurzelten Neigung straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag (etwa BGH, Urteile vom 25. Februar 1988 – 4 StR 720/87, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 1; vom 8. Juli 2005 – 2 StR 120/05, BGHSt 50, 188, 195 f.; Beschluss vom 6. Mai 2014 – 3 StR 382/13, NStZ-RR 2014, 271 f. mwN). Der Hang als eingeschliffenes Verhaltensmuster bezeichnet einen aufgrund *umfassender Vergangheitsbetrachtung* festgestellten gegenwärtigen Zustand (BGH, Urteil vom 8. Juli 2005 – 2 StR 120/05, BGHSt 50, 188, 196; Beschlüsse vom 30. März 2010 – 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203; vom 6. Mai 2014 – 3 StR 382/13, NStZ-RR 2014, 271 f.; siehe auch BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 – 3 StR 399/09; zu den für den Hang bedeutsamen Kriterien näher Rissing-van Saan/Peglau in Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., Band 3, § 66 Rn. 126 ff.). Von dem Hang bzw. der Hangtätereigenschaft ist die durch § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB ebenfalls geforderte Prognose über die zukünftige Gefährlichkeit des Täters zu trennen; die Merkmale sind nicht identisch (BGH, Urteil vom 8. Juli 2005 – 2 StR 120/05, BGHSt 50, 188, 196; Beschluss vom 30. März 2010 – 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203 f.; Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., Band 2, § 66 Rn. 99 mwN; siehe auch BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 5. August 2009 – 2 BvR 2098/08 u.a. Rn. 20). Vielmehr bildet der Hang ein wesentliches Kriterium für die Gefährlichkeitsprognose (Senat, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 StR 275/12, NStZ-RR 2014, 13; vgl. auch BVerfG 9, 108, 114; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 5. August 2009 – 2 BvR 2098/08 u.a., Rn. 20). Diese schätzt die Wahrscheinlichkeit dafür ein, ob sich der Täter in Zukunft trotz seines Hangs erheblicher Straftaten enthalten kann oder nicht (BGH jeweils aaO). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beeinflusst dabei der Grad der „Eingeschliffenheit“ der Verhaltensweisen des Täters die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Begehung von Straftaten. Wird die Hangtätereigenschaft festgestellt, ist regelmäßig auch eine ausreichende Wahrscheinlichkeit gegeben; zwingend ist dies jedoch nicht (vgl. BGH, Urteile vom 13. September 1989 – 3 StR 150/89, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 4; vom 8. Juli 2005 – 2 StR 120/05, BGHSt 50, 188, 196; siehe auch BGH, Urteil vom 10. Januar 2007 – 1 StR 530/06, NStZ 2007, 464 Rn. 5).

bb) Diese Grundsätze hat das Landgericht verkannt und damit bereits einen rechtsfehlerhaften Maßstab für die Beurteilung der materiellen Anordnungsvoraussetzungen aus § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB herangezogen. Es hat die Unterschiede zwischen der Hangtätereigenschaft und der ihr zugrundeliegenden Umstände einerseits sowie die Gefährlichkeitsprognose und der für sie maßgeblichen Gesichtspunkte andererseits nicht bedacht. Bei den zur Ablehnung des Hanges des Angeklagten vom Tatgericht herangezogenen Kriterien (Gliederungsziffern F.III.2.-4. der Urteilsgründe, UA S. 40-45 oben) handelt es sich sämtlich um solche, denen für die Prognose über die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Straftatbegehung des Angeklagten und den Schweregrad („erhebliche Straftaten“) der drohenden Straftaten Bedeutung zu-

kommt. Für die anhand einer vergangenheitsbezogenen Betrachtung vorzunehmende Beurteilung der Hangtätereigenschaft sind sie nicht unmittelbar relevant. Wegen des fehlerhaften Maßstabs mangelt es an tragfähigen Erwägungen, mit denen das Verneinen der Hangtäterschaft des Angeklagten hätte begründet werden können. Damit fehlt zugleich ein wesentliches Kriterium für die Gefährlichkeitsprognose (siehe oben Rn. 30).

c) Das Urteil beruht insoweit auch auf dem Rechtsfehler. Der Senat vermag nicht sicher auszuschließen, dass das Tatgericht die nicht im Ermessen stehende Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 1 StGB angeordnet hätte, wenn es die Hangtätereigenschaft anhand eines zutreffenden Maßstabs gewürdigt und das Ergebnis dieser Würdigung in die Gefährlichkeitsprognose einbezogen hätte.

aa) Da das Landgericht die angesichts des strafrechtlich relevanten Vorlebens (mindestens mögliche) Hangtätereigenschaft des Angeklagten gar nicht in die Prognose über das zukünftig zu erwartende Legalverhalten einbezogen hat, tragen die sonst in die Prognose eingestellten Erwägungen über die Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer Straftaten des Angeklagten die Verneinung der materiellen Anordnungsvoraussetzungen nicht. Wie bereits aufgezeigt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit der Annahme der Hangtätereigenschaft – wegen der Bedeutung für die Prognose zukünftiger Gefährlichkeit – regelmäßig auch die Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer Straftaten durch den Angeklagten gegeben (vgl. BGH, Urteile vom 13. September 1989 – 3 StR 150/89, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 4; vom 20. Februar 2002 – 2 StR 486/01, BGHR StGB § 72 Sicherungszweck 6; vom 8. Juli 2005 – 2 StR 120/05, BGHSt 50, 188, 196; vom 10. Januar 2007 – 1 StR 530/06, NStZ 2007, 464, 465). Anderes kann gelten, wenn nach der letzten hangbedingten Tat und dem Zeitpunkt der Urteilsverkündung neue Umstände eingetreten sind, die die Wahrscheinlichkeit künftiger (erheblicher) Straftaten entfallen lassen (BGH, Urteile vom 20. Februar 2002 – 2 StR 486/01, BGHR StGB § 72 Sicherungszweck 6; vom 10. Januar 2007 – 1 StR 530/06, NStZ 2007, 464, 465). Solche Umstände sind dem angefochtenen Urteil jedoch nicht zu entnehmen.

bb) Es sind auch keine sonstigen Gründe ersichtlich, die eine Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 1 StGB als sicher ausgeschlossen erscheinen lassen. Auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen kann die Gefährlichkeit des Angeklagten für die Allgemeinheit selbst ungeachtet des zur Verkürzung der Prognosegrundlage führenden Wertungsfehlers nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

(1) Soweit das Landgericht die fehlende Gefährlichkeit des Angeklagten (auch) mit zu erwartenden Erfolgen bei der Therapie des Angeklagten für den Fall der Umstellung auf eine Verhaltenstherapie begründet (siehe UA S. 39, 40, 43 f.), legt es wiederum einen nicht zutreffenden Maßstab zugrunde. Gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB kommt es für die Gefährlichkeitsprognose auf den Zeitpunkt der Verurteilung an (näher Senat, Urteil vom 22. Oktober 2013 – 1 StR 210/13, NStZ-RR 2014, 273; BGH, Urteil vom 7. Januar 2015 – 2 StR 292/14 Rn. 18, NStZ 2015, 208, 209). Angesichts dessen können während des Strafvollzugs denkbare Änderungen im Verhalten des Verurteilten oder sonstiger für seine zukünftige Gefährlichkeit bedeutsamer Umstände nur herangezogen werden, wenn dafür konkrete Anhaltspunkte oder tragfähige Gründe dargelegt sind (Senat, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 StR 275/12 Rn. 35; siehe auch Senat, Urteil vom 22. Oktober 2013 – 1 StR 210/13, NStZ-RR 2014, 273 sowie BGH, Urteil vom 7. Januar 2015 – 2 StR 292/14 Rn. 18, NStZ 2015, 208, 209 f.). Im Übrigen sind solche möglichen Veränderungen erst im Rahmen der obligatorischen Entscheidung gemäß § 67c Abs. 1 StGB vor dem Ende des Vollzugs der Freiheitsstrafe zu berücksichtigen. Diesen Maßstäben wird das Tatgericht nicht gerecht, wenn es unter Berufung auf die zu Rate gezogenen Sachverständigen die den Anforderungen des § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht genügende zukünftige Gefährlichkeit auch mit Erwägungen zu einer empfehlenswerten Verhaltenstherapie anstelle der bislang über lange Zeiträume in Anspruch genommenen psychoanalytisch ausgerichteten Therapie begründet (UA S. 39, 40, 43 f.). Angesichts der sonstigen Feststellungen über bisherige Therapien des Angeklagten lässt das Urteil nicht erkennen, aus welchen Gründen nunmehr bereits im Zeitpunkt des tatrichterlichen Urteils konkrete Anhaltspunkte für eine zukünftig nachhaltige Verhaltensänderung bestehen. Ausweislich der Feststellungen zur Person hat der Angeklagte bereits nach der Verurteilung im Dezember 2000 über einen Zeitraum von zwei Jahren an etwa 34 Therapiesitzungen bei einem Diplompsychologen teilgenommen. Weiterhin befand er sich nach der Verurteilung aus dem April 2006 für zwei Jahre in der sozialtherapeutischen Anstalt einer Justizvollzugsanstalt und nahm regelmäßig an den dortigen Therapiesitzungen teil (UA S. 7 f.). Ab 2009 erfolgte dann die bereits angesprochene psychoanalytisch ausgerichtete Therapie. Nachhaltige Verhaltensänderungen über eine von dem Tatgericht angenommene rückläufige Intensität der pädosexuellen Delinquenz hinaus sind nicht dargelegt. Da zudem die in den ab 2000 und 2006 durchgeführten, jeweils mehrjährigen Therapien in ihrer Ausrichtung nicht festgestellt sind, hätte es näherer Ausführungen dazu bedurft, warum die nunmehr seitens der im Erkenntnisverfahren gehörten Sachverständigen empfohlene behavioristische Therapie aktuelle konkrete Anhaltspunkte für eine zukünftige Verhaltensänderung soll begründen können.

(2) Die mit näher bezifferten Wahrscheinlichkeiten von dem Angeklagten zukünftig drohenden Straftaten können grundsätzlich auch im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB erhebliche Straftaten sein, durch die Opfer körperlich oder seelisch schwer geschädigt werden. Wie vom Tatgericht im Ansatz nicht verkannt, können sich nach der Rechtsprechung des Senats auch Straftaten gemäß § 176 Abs. 1 StGB als erhebliche Straftaten erweisen; maßgeblich sind die Umstände des konkreten Einzelfalls (Senat, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 StR 465/12, NStZ-RR 2013, 204, 206 mwN). Auf das Erfordernis einer „schweren Sexualstraftat“ im Sinne der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts aus seinem Urteil vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326, 404 ff.) kommt es nicht an, weil die hier verfahrensgegenständlichen Taten nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I, S. 2425) am 1. Juni 2013 begangen worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 7. Januar 2015 – 2 StR 292/14 Rn. 16, NStZ 2015, 208, 209; siehe auch Beschluss vom 15. Januar 2015 – 5 StR 473/14 Rn. 2, NStZ 2015, 210). Die maßgebliche umfassende Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls hinsichtlich der Erheblichkeit der zukünftig drohenden Taten lässt das Urteil allerdings vermissen. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend aufzeigt, hat das Landgericht nicht ausreichend in den Blick genommen, dass bei den früheren, unzweifelhaft erheblichen Straftaten des Angeklagten, dieser vor allem durch das Eröffnen von Spielmöglichkeiten (Computerspiele) die später Geschädigten zu einem Aufsuchen seiner Wohnung zu bringen vermochte. In den Räumlichkeiten ist es dann gegenüber Jungen, die ihn öfter besuchten, zu sexuellen Übergriffen gekommen. Sowohl bei der der Verurteilung durch das Landgericht München I aus dem Jahr 2011 zugrundeliegenden als auch bei den hier vorliegenden Taten sind Verhaltensweisen festgestellt, die auf ein Locken der Geschädigten in die Wohnung des Angeklagten und bezüglich L. zudem auf den Aufbau eines längerfristigen Kontakts abzielten. Die Bewertung des Landgerichts, es sei „reine Spekulation ohne entsprechende Tatsachengrundlage“ (UA S. 44) anzunehmen, der Angeklagte habe damit lediglich die Gelegenheit für weitere sexuelle Übergriffe schaffen wollen, lässt befürchten, dass es angesichts der früheren Verhaltensweisen des Angeklagten selbst überhöhte Anforderungen an die Überzeugungsbildung hinsichtlich der in eine Gesamtwürdigung einzubeziehenden prognoserelevanten Umstände gestellt hat.

(3) Darüber hinaus hat das Landgericht in der Gefährlichkeitsprognose nicht erkennbar berücksichtigt, dass nach den Ergebnissen des Sachverständigengutachtens, die das Tatgericht „aufgrund eigener Überzeugungsbildung zugrunde legte“ (UA S. 43), eine Wahrscheinlichkeit von „ungefähr 25 % oder mäßig darüber“ für die zukünftige Begehung von Straftaten mit einem seinen „Verurteilungen 1999, 2000 oder 2005“ entsprechenden Schweregrad besteht (UA S. 40). Ausweislich der Feststellungen zur Person war der Angeklagte in den Jahren 2000 und 2006 jeweils auch wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern verurteilt worden (UA S. 9-12). Diesen Verurteilungen lagen u.a. Fälle des Oral- und des Handverkehrs zugrunde. Für die Annahme der zukünftigen Gefährlichkeit kommt es lediglich darauf an, ob von dem Täter mit bestimmter Wahrscheinlichkeit weitere erhebliche Taten ernsthaft zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist (BGH, Urteil vom 10. Januar 2007 – 1 StR 530/06, NStZ 2007, 464, 465; Beschluss vom 31. Juli 2012 – 3 StR 148/12 Rn. 5). Angesichts der – wenn auch allein für die Gefährlichkeitsprognose nicht ausreichenden (BGH aaO) – statistischen Wahrscheinlichkeit für die zukünftige Begehung von sich als schwerer sexueller Missbrauch von Kindern erweisender Straftaten kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, von dem Angeklagten seien keine erheblichen Straftaten ernsthaft zu erwarten. Soweit während der Dauer der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts (oben Rn. 39) zwischenzeitlich auch an die Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Begehung erheblicher Straftaten strengere Anforderungen zu stellen waren (BGH, Beschluss vom 31. Juli 2012 – 3 StR 148/12 Rn. 7), kommt es darauf nicht mehr an. Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung als Grundlage der Gefährlichkeitsprognose wird eine statistisch mit 25 % bewertete Wahrscheinlichkeit regelmäßig auf eine „bestimmte Wahrscheinlichkeit“ ernsthaft zu erwartender erheblicher Taten hindeuten.

cc) Angesichts des vorstehend Ausgeführten steht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht von vornherein entgegen. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 66 Abs. 1 StGB unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von der obligatorischen Anordnung der Sicherungsverwahrung abgesehen werden kann (vgl. bereits Senat, Beschluss vom 9. Januar 2013 – 1 StR 558/12, NStZ-RR 2013, 256 sowie Urteil vom 22. Oktober 2013 – 1 StR 210/13, BGHR StGB § 66 Abs. 1 Verhältnismäßigkeit 1 jeweils mwN). Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt allerdings bei der Auslegung und Anwendung der materiellen Anordnungsvoraussetzungen des § 66 Abs. 1 StGB angesichts der mit der Sicherungsverwahrung verbundenen Intensität des Eingriffs in das Freiheitsrecht des Angeklagten erhebliche Bedeutung zu.

3. Bereits der aufgezeigte Wertungsfehler (oben Rn. 28 f.) führt zur Aufhebung hinsichtlich der unterbliebenen Anordnung der Sicherungsverwahrung. Der Senat hebt die zugrundeliegenden Feststellungen ebenfalls auf (§ 353 Abs. 2

StPO), um dem neuen Tatrichter umfassende und widerspruchsfreie Feststellungen zu sämtlichen für die Bewertung der materiellen Anordnungsvoraussetzungen aus § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB bedeutsamen Umständen zu ermöglichen.

III. Soweit der Strafausspruch auf die Verurteilung zu einer „Freiheitsstrafe“ von zwei Jahren und drei Monaten lautet, handelt es sich um ein offensichtliches Schreibversehen. Ausweislich der Urteilsgründe (UA S. 38) hat das Tatgericht eine Gesamtfreiheitsstrafe in der genannten Höhe verhängt. Wie sich aus der Sitzungsniederschrift der Hauptverhandlung vom 16. Juni 2014 ergibt, ist auch eine solche Gesamtfreiheitsstrafe verkündet worden. Der Senat hat daher den Tenor des schriftlichen Urteils entsprechend klarstellend gefasst.

### **StGB § 174a Abs. 1 – Begriff der Verwehrung auf behördliche Anordnung**

*BGH, Beschl. v. 28.04.2015 - 3 StR 532/14*

**LS: Ein Minderjähriger wird grundsätzlich nicht im Sinne des § 174a Abs. 1 StGB auf behördliche Anordnung verwehrt, wenn er sich in einer stationären Jugendhilfeeinrichtung befindet, wie sie § 34 SGB VIII vorsieht.**

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 28. April 2015 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 (analog) StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 2. Juli 2014

a) im Schuldspruch

aa) in den Fällen II. 2. Taten 2 und 3 der Urteilsgründe dahin geändert, dass der Angeklagte insoweit des sexuellen Missbrauchs eines Schutzbefohlenen in zwei Fällen schuldig ist;

bb) in den Fällen II. 3. Taten 27, 28, 30 bis 53 der Urteilsgründe dahin geändert, dass der Angeklagte insoweit des sexuellen Missbrauchs eines Kindes in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch eines Schutzbefohlenen in 26 Fällen schuldig ist;

b) im Übrigen aufgehoben

aa) und der Angeklagte freigesprochen, soweit er in den Fällen II. 2. Taten 4 bis 26 der Urteilsgründe verurteilt worden ist; insoweit fallen die ausscheidbaren Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse zur Last;

bb) mit den jeweils zugehörigen Feststellungen, soweit der Angeklagte im Fall II. 3. Tat 29 der Urteilsgründe verurteilt worden ist sowie im gesamten Strafausspruch.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freispruch im Übrigen wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch eines Schutzbefohlenen und in weiterer Tateinheit mit sexuellem Missbrauch eines behördlich Verwehrten in 26 Fällen, wegen versuchten sexuellen Missbrauchs eines Kindes in Tateinheit mit versuchtem sexuellem Missbrauch eines Schutzbefohlenen und in weiterer Tateinheit mit versuchtem sexuellem Missbrauch eines behördlich Verwehrten in einem Fall, wegen sexuellen Missbrauchs eines Schutzbefohlenen in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch eines behördlich Verwehrten in zwei Fällen, wegen sexuellen Missbrauchs eines behördlich Verwehrten in 23 Fällen sowie wegen sexuellen Missbrauchs eines Schutzbefohlenen in einem Fall zu der Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seine auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision hat den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Die rechtliche Bewertung erweist sich als fehlerhaft, soweit das Landgericht den Angeklagten wegen sexuellen Missbrauchs eines behördlich Verwehrten verurteilt hat.

a) Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen war der Angeklagte als Erzieher in stationären Jugendhilfeeinrichtungen (Heimen) tätig und für die Betreuung und Erziehung der ihm anvertrauten Kinder und Jugendlichen verantwortlich. Im Zeitraum von Juni 2005 bis Juli 2011 kam es in insgesamt 52 Fällen zu sexuellen Handlungen mit Kindern bzw. Jugendlichen, insbesondere zu Manipulationen am Geschlechtsteil der Jungen. Teilweise veranlasste der Angeklagte diese auch dazu, an ihm den Handverkehr auszuüben. Dabei war der Geschädigte im Fall II. 1. Tat 1 der

Urteilsgründe 14 Jahre alt. Der Geschädigte der unter II. 2. festgestellten Taten war zu Beginn der Übergriffe 14 oder 15 (Taten 2 und 3), bei den Taten 4 bis 26 allerdings bereits 16 oder 17 Jahre alt. Der durch die unter II. 3. festgestellten Taten Geschädigte (Taten 27 bis 53) befand sich im Alter zwischen 11 und 13 Jahren.

b) Während in den Fällen II.1. Tat 1, II. 2. Taten 2 und 3 sowie II. 3. Taten 27, 28, 30 bis 53 die Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen, teilweise in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern, keiner rechtlichen Beanstandung unterliegt, tragen die Feststellungen die weitere Verurteilung wegen Tateinheitlichen sexuellen Missbrauchs eines behördlich Verwahrten nicht. Dies gilt auch, soweit das Landgericht in den Fällen II. 2. Taten 4 bis 26 den Angeklagten ausschließlich wegen sexuellen Missbrauchs eines behördlich Verwahrten verurteilt hat.

aa) Nach § 174a Abs. 1 StGB macht sich unter anderem strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder sexuelle Handlungen von einer solchen Person an sich vornehmen lässt. Auf behördliche Anordnung verwahrt ist, wer sich aufgrund hoheitlicher Gewalt in staatlichem Gewahrsam befindet (MüKoStGB/Renzikowski, 2. Aufl., § 174a Rn. 11). Der Begriff ist wie in § 120 Abs. 4 StGB auszulegen (S/S-Eisele, StGB, 29. Aufl., § 174a Rn. 4; MüKoStGB/Renzikowski aaO; aA LK/Hörnle, StGB, 12. Aufl., § 174a Rn. 12). Danach sind Kinder und Jugendliche, die sich in Jugendhilfeeinrichtungen aufhalten, wie sie § 34 SGB VIII vorsieht, nicht auf behördliche Anordnung verwahrt. Grundlage der Heimunterbringung ist die Entscheidung des Inhabers der Personensorge. Eine behördliche oder gerichtliche Befugnis, die Unterbringung eines Kindes oder Jugendlichen in einer stationären Einrichtung anzuordnen, ist - von wenigen, hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen abgesehen (vgl. § 9 Nr. 2, § 12 Nr. 1, 2 JGG; dazu LK/Rosenau aaO, § 120 Rn. 20) - gesetzlich nicht vorgesehen.

Im Einzelnen: § 34 SGB VIII sieht die sog. Hilfe zur Erziehung "in einer Einrichtung über Tag und Nacht (Heimerziehung) oder in einer sonstigen betreuten Wohnform" vor. Die Heimerziehung stellt eine der nach §§ 27 ff. SGB VIII gewährten Erziehungshilfen dar (Nellissen in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, § 34 Rn. 1; vgl. auch Staudinger/Salگو, BGB (2015), § 1631b Rn. 16, 2), auf die unter bestimmten Umständen ein Anspruch besteht (Nellissen in Schlegel/Voelzke aaO, Rn. 8). Eine gesetzliche Grundlage für die Unterbringung Minderjähriger in einem solchen Heim enthält § 34 SGB VIII dagegen nicht. Die Entscheidung, eine stationäre Jugendhilfemaßnahme für das Kind oder den Jugendlichen in Anspruch zu nehmen, obliegt vielmehr allein dem Sorgeberechtigten, vorrangig den Eltern. Aber auch dann, wenn den Eltern das Sorgerecht entzogen (§ 1666 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 6 BGB) und durch das Familiengericht nach §§ 1773 ff. BGB eine Vormundschaft angeordnet wurde, gilt insoweit nichts anderes. In diesen Fällen obliegt die Personensorge dem bestellten Vormund, der in seiner Tätigkeit vom Familiengericht überwacht wird, aber weder diesem noch dem Jugendamt weisungsunterworfen ist. Seine Entscheidung, eine Heimerziehung in Anspruch zu nehmen, stellt deshalb ebenfalls keine behördliche Anordnung einer Unterbringung dar (so auch bei sonstigen Unterbringungen durch einen Betreuer oder Vormund MüKoStGB/Renzikowski aaO; Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, § 4 Rn. 58; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 393). Ebenso liegt es schließlich im Falle der sogenannten Amtsvormundschaft, die familiengerichtlich angeordnet wird, wenn ausnahmsweise eine als Vormund geeignete Person nicht vorhanden ist (vgl. Hamdan in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, jurisPK-BGB, 7. Aufl., § 1791b Rn. 10). In diesen Fällen geht zwar die Personensorge auf das Jugendamt als Träger der Jugendhilfe über. Diesem obliegt damit auch die Entscheidung, den Jugendlichen in einer stationären Einrichtung unterzubringen. Selbst wenn das Jugendamt nach § 55 Abs. 2 SGB VIII die Ausübung der Aufgaben des Amtsvormunds einem Beamten oder Angestellten übertragen muss, der Anträge auf Hilfe zur Erziehung dann in eigenem Namen stellt, ändert dies an der Stellung des Jugendamtes als Amtsvormund nichts (Fröschle in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, § 55 Rn. 40; Hamdan in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth aaO, Rn. 13). Doch nimmt auch dieses dabei lediglich als Sorgeberechtigter eine nach den §§ 27 ff. SGB VIII gewährte Hilfe zur Erziehung in Anspruch. Eine behördliche Anordnung ist auch in diesen Fällen nicht gegeben. Ebenso wenig sieht das Gesetz eine gerichtliche Anordnung vor (vgl. §11 Abs. 1 Nr. 7 StGB), den Jugendlichen in einer stationären Einrichtung unterzubringen. Zwar bedarf die Entscheidung des Personensorgeberechtigten für eine Heimerziehung nach § 1631b BGB dann der Genehmigung durch das Familiengericht, wenn die Erziehungshilfe - ausnahmsweise (vgl. die Zahlen bei Staudinger/Salگو aaO, Rn. 2) - in einer geschlossenen Einrichtung geleistet werden soll, in der die Fortbewegungsfreiheit aufgehoben ist (Nellissen in Schlegel/Voelzke aaO, Rn. 24; Erman/Döll, BGB, 14. Aufl., § 1631b Rn. 3). Denn da bei der geschlossenen Unterbringung Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG berührt wird, dessen Einschränkung nach Art. 104 Abs. 2 GG richterlicher Kontrolle unterliegen muss, schränkt § 1631b BGB insoweit das Personensorgerecht ein (Staudinger/Salگو aaO, Rn. 1). Das Familiengericht kann jedoch nicht von Amts wegen, sondern allein auf Antrag des Sorgeberechtigten tätig werden; der Jugendhilfeträger besitzt - soweit er nicht seinerseits die Personensorge wahrnimmt - kein Antragsrecht (Nellissen in Schlegel/Voelzke aaO, Rn.

29; Staudinger/Salgo aaO, Rn. 4; Erman/Döll aaO, Rn. 8). Die Genehmigung wird erteilt, wenn das Kindeswohl die geschlossene Unterbringung rechtfertigt und diese verhältnismäßig ist. Eine behördliche Anordnung stellt die Genehmigung durch das Familiengericht indes nicht dar. Auch bei Vorliegen einer Genehmigung ist der Sorgeberechtigte nicht zur Unterbringung verpflichtet (Staudinger/Salgo aaO, Rn. 4, 41). Nach alledem ist ein Minderjähriger, der sich in einer Einrichtung nach § 34 Abs. 1 SGB VIII aufhält, nicht im Sinne des § 174a Abs. 1 StGB aufgrund behördlicher Anordnung verwahrt (aA LK/Hörnle aaO, § 174a Rn. 12; MüKoStGB/Renzikowski aaO; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 174a Rn. 4; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 393; wie hier S/S-Eisele aaO, § 174a Rn. 4; S/S-Eser aaO, § 120 Rn. 4). Soweit im Schrifttum zur Begründung der gegenteiligen Auffassung auf das Schutzbedürfnis der in Heimen untergebrachten Kinder und Jugendlichen verwiesen wird, deren Situation unter anderem durch eingeschränkte Fortbewegungsmöglichkeit und existenzielle Abhängigkeit vom Personal gekennzeichnet sei, wird damit lediglich ein (vermeintliches) Strafbedürfnis artikuliert, auf das der Tatbestand des § 174a Abs. 1 StGB gerade nicht erstreckt worden ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik ausdrücklich darauf verzichtet, die Einrichtungen der freiwilligen Erziehungshilfe in den Schutzbereich des § 174a Abs. 1 StGB einzubeziehen (BT-Drucks. VI/3521, S. 26 f.).

bb) Damit hat sich der Angeklagte vorliegend in keinem der abgeurteilten Fälle nach § 174a Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Grundlage der Heimunterbringung ist die Entscheidung des Sorgeberechtigten. Der in den unter II. 3. der Urteilsgründe festgestellten Fällen Geschädigte befand sich "mit Zustimmung" (also aufgrund der Entscheidung) seines allein sorgeberechtigten Vaters in der Einrichtung. Bei dem in den Fällen II. 2. der Urteilsgründe Geschädigten hatte der "vom Jugendamt eingesetzte" Vormund "einen Antrag auf stationäre Unterbringung" gestellt. Beide Geschädigte waren damit nicht aufgrund behördlicher Anordnung verwahrt. Deshalb war in den Fällen II. 2. Taten 2 und 3, sowie II. 3. Taten 27, 28, 30 bis 53, in denen der Angeklagte jeweils auch wegen tateinheitlichen sexuellen Missbrauchs eines behördlich Verwahrten verurteilt worden ist, der Schuldspruch entsprechend abzuändern (§ 354 Abs. 1 analog StPO). In den Fällen II. 2. Taten 4 bis 26, in denen der Angeklagte ausschließlich nach § 174a Abs. 1 StGB schuldig gesprochen worden ist, war er demgegenüber unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils freizusprechen (§ 354 Abs. 1 StPO); denn eine Strafbarkeit des Angeklagten nach § 174 Abs. 1 Nr. 2, § 182 StGB hat das Landgericht insoweit rechtsfehlerfrei verneint. Der Senat schließt es aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung Feststellungen getroffen werden könnten, die eine Strafbarkeit der Handlungen des Angeklagten nach diesen oder anderen Strafvorschriften begründen könnten.

2. Im Fall II. 3. Tat 29 tragen die Feststellungen auch die Verurteilung wegen versuchten sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen in Tateinheit mit versuchtem sexuellen Missbrauch von Kindern nicht. Nach den Feststellungen lehnte der Geschädigte das Ansinnen des Angeklagten ab, diesen mit der Hand zu befriedigen. Daraufhin ließ der Angeklagte ihn für einen Moment in seinem Betreuerzimmer zurück und begab sich zu zwei anderen Jugendlichen der Wohngruppe, die er aufforderte, sich um den Geschädigten "zu kümmern". Dann brachte er den Geschädigten zu den beiden Jugendlichen, die diesen schlugen. In der Folge kam der Junge einer erneuten Aufforderung des Angeklagten zum Handverkehr nach (II. 3. Tat 30 der Urteilsgründe). Dass dies etwa auf die vorangegangenen Schläge zurückzuführen war, hat das Landgericht nicht festgestellt. Es hat einen strafbefreienden Rücktritt des Angeklagten von der versuchten Tat verneint; denn es liege ein "gescheiterter Versuch" vor. Das ist rechtsfehlerhaft, da die Feststellungen die Voraussetzungen eines fehlgeschlagenen Versuchs nicht erkennen lassen. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter nach der letzten von ihm vorgenommenen Tathandlung erkennt, dass mit den bereits eingesetzten oder den ihm sonst zur Hand liegenden Mitteln der erstrebte Taterfolg nicht mehr herbeigeführt werden kann, ohne dass er eine neue Handlungs- und Kausalkette in Gang setzt (s. etwa nur BGH, Urteile vom 30. November 1995 - 5 StR 465/95, BGHSt 41, 368, 369; vom 19. Mai 2010 - 2 StR 278/09, NStZ 2010, 690, 691 mwN). Nach diesen Maßstäben belegen die Urteilsgründe einen fehlgeschlagenen Versuch nicht. Sie beschränken sich darauf, das objektive Geschehen darzulegen, ohne Feststellungen zu den maßgeblichen Vorstellungen des Angeklagten zu treffen. Dass der Angeklagte nach der schlichten Weigerung des Jungen, den Handverkehr auszuüben, keine Möglichkeit mehr sah, etwa durch verbale Einwirkung auf das Kind ohne Inangasetzung einer neuen Handlungskette sein Ziel noch zu erreichen, ergeben die Urteilsgründe nicht. Insbesondere hat das Landgericht nicht festgestellt, dass der Angeklagte annahm, allein durch die Übergabe des Geschädigten an die beiden anderen Bewohner der Wohngruppe zur körperlichen Züchtigung erreichen zu können, dass der Geschädigte seinen Wünschen noch nachkam. Grund und Zweck dieser Maßnahmen blieben vielmehr offen. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass der Angeklagte durch freiwilliges Unterlassen weiterer auf den Taterfolg abzielender Handlungen strafbefreiend vom Versuch zurücktreten konnte (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StGB).



Es bedarf deshalb über das objektive Geschehen hinaus weiterer Feststellungen zu den Vorstellungen und Zielen des Angeklagten.

3. Der Strafausspruch hat insgesamt keinen Bestand. Mit dem Teilfreispruch sowie der Aufhebung des Schuldspruchs im Fall II. 3. Tat 29 entfallen die entsprechenden Einzelstrafen nebst der Gesamtstrafe. Aber auch die Einzelstrafen der Fälle, in denen der Senat den Schuldspruch abgeändert hat, unterliegen der Aufhebung; denn das Landgericht hat bei deren Bemessung jeweils zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt, dass er tateinheitlich zwei beziehungsweise drei Straftatbestände verwirklicht hat. Der Senat kann daher nicht ausschließen, dass es bei Nichtannahme des §174a Abs. 1 StGB zu geringeren Strafen gelangt wäre. Um dem neuen Tatrichter eine in sich stimmige Strafzumessung zu ermöglichen, hat der Senat auch die für sich betrachtet nicht zu beanstandende Einzelstrafe im Fall II. 1. der Urteilsgründe aufgehoben.

### **StGB § 213 – Voraussetzungen milder schwerer Fall des Totschlags**

*BGH, Urt. v. 26.02.2015 - 1 StR 574/14*

#### **Strafrahmenwahl § 213 StGB**

1. Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 18. Juli 2014 wird verworfen.

2. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels sowie die den Nebenklägern im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Seine dagegen gerichtete, auf den Strafausspruch beschränkte Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, bleibt ohne Erfolg.

I. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

1. Spätestens ab Februar 2013 traten in der Ehe zwischen dem Angeklagten und seiner später getöteten Ehefrau erhebliche Spannungen auf, die regelmäßig in lautstark geführte verbale Auseinandersetzungen mündeten. Im Rahmen dieser Konflikte belegte die sehr wortgewaltige Ehefrau den Angeklagten mit ehrverletzenden Ausdrücken. Beginnend ab Oktober 2013 nahmen die Streitigkeiten an Heftigkeit zu. Im Hinblick auf eine mögliche Scheidung und damit verbundene Streitigkeiten um das Sorgerecht für die 2009 geborene Tochter und den 2012 geborenen Sohn zeichneten die Eheleute ab November 2013 die Wortgefechte mit ihren jeweiligen Mobiltelefonen auf. Zu Tätlichkeiten kam es trotz der Heftigkeit der verbalen Streitigkeiten nur selten. Bei einem Tritt gegen das Schienbein des Angeklagten brach sich die Ehefrau mehrere Zehen. Als sie im Rahmen einer Auseinandersetzung im November 2013 auf den Angeklagten losging, konnte er sie durch Wegschubsen mühelos abwehren. Überhaupt war der Angeklagte seiner Ehefrau bei ihren wenigen körperlichen Attacken stets überlegen.

2. Am Abend des 29. November 2013 brachte der Angeklagte die beiden Kinder zu Bett. Da der Sohn nicht sogleich einschlafen konnte, legte sich der Angeklagte zu ihm ins Bett, schlief dabei aber selbst ein. Dies nahm seine Ehefrau, die ihn später weckte, zum Anlass, ihm vorzuwerfen, er schlafe, um nicht mit ihr über ihre gemeinsamen Eheprobleme reden zu müssen. Es entwickelte sich ein heftiger, zunächst mit Worten geführter Streit zwischen den Eheleuten. Dabei beschimpfte die Ehefrau den Angeklagten als „Schlappschwanz“ und „elendigen Hund“, außerdem sei seine ganze Familie „behindert“. Da ein Versuch des Angeklagten, einen gemeinsamen Bekannten, der bereits bei früheren Auseinandersetzungen als Schlichter tätig geworden war, zu erreichen, scheiterte, wurde der Streit weiter fortgesetzt. Gegen 4.00 Uhr des Folgetages ging die Ehefrau schreiend auf den Angeklagten los und versuchte, diesen mit der Faust gegen den Oberkörper zu schlagen. Diesen Angriff konnte er, ebenso wie einen sich anschließenden durch Wegschubsen abwehren. Bei dem dritten Mal gelang es der Ehefrau, das T-Shirt des Angeklagten zu ergreifen und diesen an der Brust zu kratzen. In diesem Moment verlor wegen des Kratzens der durch die wochenlangen Streitigkeiten und Beschimpfungen zermürbte sowie wegen des begleitenden Schlafmangels – die Streitigkeiten setzten häufig nach dem Ende der Spätschicht des Angeklagten ein – übermüdete Angeklagte die Fassung (UA S. 14). Bei ihm trat ein Affekt auf, der dazu führte, dass er seine Ehefrau nicht erneut wegschubste, sondern deren Hals mit seinen beiden Händen fest umfasste. Er drückte zu, so dass seine Ehefrau nach etwa 8 Sekunden bewusstlos wurde und in sich zusammensackte. Obwohl der Angeklagte wusste, dass er damit ihren Tod herbeiführen würde, ging er mit ihr zu Boden und drückte ihren Hals noch wenigstens drei Minuten lang zu, bis sie tot war. Durch die Einwirkung brach das rechte

Zungenbein der Ehefrau. Ihr Tod trat durch Ersticken ein (UA S. 15). Nachdem der Angeklagte den Tod seiner Ehefrau realisiert hatte, verbrachte er die Leiche in den Keller, um den eventuell aufwachenden Kindern den Anblick der toten Mutter zu ersparen. Im Verlaufe des Nachmittags offenbarte er zunächst seiner Schwester die Tötung der Ehefrau. Später stellte er sich der Polizei.

3. Das sachverständig beratene Landgericht hat einen sich als tiefgreifende Bewusstseinsstörung erweisenden affektiven Ausnahmezustand (UA S. 47) bei dem Angeklagten angenommen. Dieser Zustand wurde auch durch das bewusste Zusammenpacken der Getöteten nicht aufgehoben. Aufgrund des Affekts war bei erhalten gebliebener Einsichtsfähigkeit die Fähigkeit des Angeklagten, sich entsprechend dieser Einsicht zu steuern, erheblich vermindert.

4. Im Rahmen der Strafzumessung hat das Landgericht das Vorliegen eines minder schweren Falls gemäß § 213 StGB geprüft, dessen Voraussetzungen aber sowohl im Hinblick auf eine vorausgegangene Provokation gemäß § 213 Alt. 1 StGB als auch einen allgemeinen minder schweren Fall nach § 213 Alt. 2 StGB verneint. Geringfügige Verletzungen, wie sie dem Angeklagten hier von der Ehefrau zugefügt wurden, erreichten nicht die für eine „Misshandlung“ erforderliche Erheblichkeit. Gleiches gelte für eine in dem Verhalten der getöteten Ehefrau möglicherweise liegende „seelische Misshandlung“. Es hat zudem die während der verbalen Auseinandersetzung geäußerten Beleidigungen nicht als schwer im Sinne von § 213 Alt. 1 StGB bewertet. Maßgebend sei eine Beurteilung aufgrund einer Gesamtwürdigung nach objektivem Maßstab unter Berücksichtigung der Gesamtbeziehung von Täter und Opfer. In seiner Gesamtwürdigung hat das Tatgericht vor allem auf den Inhalt der in den zahlreichen vorausgegangenen Streitigkeiten erfolgten, den Angeklagten herabwürdigenden Äußerungen der Ehefrau abgestellt. Vor diesem Hintergrund verlören die in der Tatnacht getätigten, zudem im Streit geäußerten Beleidigungen an Gewicht. Ein minder schwerer Fall gemäß § 213 Alt. 2 StGB ist vom Landgericht ebenfalls in Betracht gezogen worden. Auch unter Berücksichtigung des vertypen Milderungsgrundes aus § 21 StGB hat es einen solchen verneint, den Strafrahmen des § 212 Abs. 1 StGB jedoch gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemildert.

II. Die nachträglich beschränkte Revision hat keinen Erfolg. Der Strafausspruch des angefochtenen Urteils hält sachlich-rechtlicher Prüfung stand.

1. Die durch den dazu ausdrücklich ermächtigten (§ 302 Abs. 2 StPO) Wahlverteidiger in der Revisionshauptverhandlung erklärte, als Teilrücknahme zu wertende Beschränkung des Rechtsmittels auf den Strafausspruch, der die Vertreterin des Generalbundesanwalts zugestimmt hat (§ 303 Satz 1 StPO), ist wirksam. Die Beschränkung bezieht sich ungeachtet der Annahme einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit des Angeklagten auf einen Beschwerdepunkt, der von dem nicht angefochtenen Schuldspruch unabhängig beurteilt werden kann. Das angefochtene Urteil enthält, was einer wirksamen Beschränkung entgegenstehen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2001 – 2 StR 500/00, BGHSt 46, 257, 259), keine Anhaltspunkte für eine Aufhebung der Schuldfähigkeit des Angeklagten.

2. Das Landgericht hat die Voraussetzungen eines minder schweren Falls des Totschlags hinsichtlich beider Varianten des § 213 StGB ohne Rechtsfehler verneint.

a) Die von der Revision beanstandete Strafzumessung, zu der auch die Frage gehört, ob ein minder schwerer Fall vorliegt (BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2007 – 5 StR 530/07, NStZ-RR 2008, 310 f.), ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Es ist seine Aufgabe, auf Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen und gegeneinander abzuwägen. Welchen Umständen er bestimmendes Gewicht beimisst, ist im Wesentlichen seiner Beurteilung überlassen (st. Rspr.; siehe etwa BGH, Urteile vom 30. November 1971 – 1 StR 485/71, BGHSt 24, 268; vom 29. Juni 1991 – 3 StR 145/91, BGHR StGB § 1, Gesamtwürdigung 7; BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2007 – 5 StR 530/07, NStZ-RR 2008, 310 f.; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 46 Rn. 146 mwN). Das Revisionsgericht darf die der Entscheidung des Tatrichters über das Vorliegen eines minder schweren Falls zugrunde liegende Wertung nicht selbst vornehmen, sondern lediglich daraufhin überprüfen, ob dem Tatrichter ein Rechtsfehler unterlaufen ist (siehe BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2007 – 5 StR 530/07, NStZ-RR 2008, 310 f.). Diese Grundsätze über den für das Revisionsgericht geltenden Prüfungsmaßstab gelten nicht nur für die tatrichterliche Beurteilung des unbenannten minder schweren Falls gemäß § 213 Alt. 2 StGB, sondern auch für die in § 213 Alt. 1 StGB benannten Konstellationen minder schwerer Fälle. Denn bei § 213 StGB insgesamt und nicht lediglich bei seiner zweiten Alternative handelt es sich um eine Strafzumessungsregel (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 1966 – 2 StR 525/65, BGHSt 21, 14, 15; siehe auch Beschluss vom 12. Oktober 1977 – 2 StR 410/77, BGHSt 27, 287, 289; H. Schneider in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., Band 4, § 213 Rn. 1 mwN).

b) Derartige der Revision zugänglichen Rechtsfehler bei der Anwendung von § 213 StGB weist das angefochtene Urteil nicht auf.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können lediglich solche dem späteren Täter zugefügten Misshandlungen die Annahme eines minder schweren Falls gemäß § 213 Alt. 1 StGB begründen, die nach ihrem Gewicht und den Umständen des Einzelfalls geeignet sind, die „Jähtat als verständliche Reaktion“ auf das provozierende Verhalten des Opfers der nachfolgenden Tötungstat erscheinen zu lassen (BGH, Beschluss vom 9. Februar 1995 – 4 StR 37/95, NJW 1995, 1910, 1911; BGH, Urteil vom 4. Mai 1995 – 5 StR 213/95, NStZ 1996, 33; vgl. auch BGH, Urteil vom 1. August 1996 – 5 StR 214/96, BGHR StGB § 213 Alt. 1 Misshandlung 5; aber auch Senat, Urteil vom 4. Dezember 1990 – 1 StR 577/90, BGHR StGB § 213 Alt. 1 Misshandlung 3). Diese Voraussetzungen können selbst bei einer lediglich versuchten Körperverletzung gegeben sein (BGH, Beschluss vom 9. Februar 1995 – 4 StR 37/95, BGHR StGB § 213 Alt. 1 Misshandlung 4; Urteil vom 1. August 1996 – 5 StR 214/96, BGHR StGB § 213 Alt. 1 Misshandlung 5). Da sich die Tötungstat jedoch als „verständliche Reaktion“ auf die vorausgegangene Misshandlung durch das spätere Opfer erweisen muss, werden eingetretene oder drohende lediglich geringfügige Eingriffe in die körperliche oder seelische Unversehrtheit des Täters des Tötungsdelikts regelmäßig keine Misshandlung im Sinne von § 213 Alt. 1 StGB begründen können (Senat, Urteil vom 19. Februar 1991 – 1 StR 659/90, BGHR StGB § 213 Alt. 1 Beleidigung 6 „nur erhebliche Beeinträchtigungen“; vgl. auch Jähnke in Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., Band 5, § 213 Rn. 4; H. Schneider aaO § 213 Rn. 13 mwN). Dem entsprechend hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass es der hohe Rang des durch § 212 StGB geschützten Rechtsguts und die unter den Voraussetzungen von § 213 StGB mildere Beurteilung der Vernichtung des menschlichen Lebens gebieten, die Anforderungen an das der Tat vorausgehende Opferverhalten und auch an die auf die tatauflösende Situation zulaufende Entwicklung der Täter-Opfer-Beziehung nicht zu niedrig anzusetzen (vgl. BGH, Urteil vom 1. September 2011 – 5 StR 266/11 Rn. 10; Beschlüsse vom 21. Dezember 2010 – 3 StR 454/10, NStZ 2011, 339 f.; vom 8. Juli 2014 – 3 StR 228/14 Rn. 5). An diesem Gebot hat sich trotz der Verschärfung des Strafrahmens von § 213 StGB durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 164) nichts geändert (Senat, Beschluss vom 15. Januar 2002 – 1 StR 548/01, NStZ-RR 2002, 140 f.; siehe auch BGH, Urteil vom 9. Juli 1998 – 4 StR 136/98). Ob nach den vorgenannten Grundsätzen eine Misshandlung gegeben ist, hat der Tatrichter auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller dafür maßgebenden Umstände, namentlich unter Berücksichtigung der bisherigen Täter-Opfer-Beziehung und der damit verbundenen Motivationsgenese, zu beurteilen (siehe BGH, Urteil vom 1. September 2011 – 5 StR 266/11 Rn. 10 mwN).

(1) An diesen Maßstäben gemessen hält die Bewertung des Tatrichters, es fehle an einer der Tötungstat vorausgehenden und diese auslösenden erheblichen Misshandlung seitens der später getöteten Ehefrau sachlich-rechtlicher Prüfung stand. Das Landgericht hat mit einer Gesamtwürdigung bei objektivem Maßstab unter Einbeziehung der Gesamtbeziehung von Täter und Opfer den zutreffenden rechtlichen Ausgangspunkt gewählt. Dass es eine gewisse Erheblichkeit der „Misshandlung“, sowohl unter dem Aspekt der körperlichen als auch der seelischen Beeinträchtigung, für erforderlich gehalten hat, ist ersichtlich nicht zu beanstanden.

(2) Der Senat besorgt auch nicht, dass das Tatgericht seiner Beurteilung des Vorliegens einer Misshandlung rechtsfehlerhaft lediglich die unmittelbar der Tötung vorausgehende Attacke der Ehefrau auf den Angeklagten zugrunde gelegt hat. Wie die Revision und der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend hervorheben, kann § 213 Alt. 1 StGB auch dann zur Anwendung gelangen, wenn die tatauflösende Misshandlung für sich allein genommen, zwar keine „schwere Unbill“ darstellt, sie aber gleichsam nur der Tropfen ist, der das Fass zum Überlaufen bringt (Senat, Urteil vom 4. Dezember 1990 – 1 StR 577/90, StV 1991, 105 f. mwN; siehe auch bzgl. einer vorangegangenen Reihe von Kränkungen oder ehrverletzenden Situationen BGH, Beschlüsse vom 21. Dezember 2010 – 3 StR 454/10, NStZ 2011, 339, 340 mwN; vom 8. Juli 2014 – 3 StR 228/14 Rn. 5). Nach dieser Rechtsprechung ist es daher geboten, in die ohnehin erforderliche Gesamtwürdigung auch in der Vergangenheit liegende Vorgänge als mitwirkende Ursachen einzubeziehen (BGH, jeweils aaO). Auch wenn das Landgericht sich bezüglich einer tatauflösenden Misshandlung nicht ausdrücklich auf die vorgenannten Anforderungen bezogen hat, vermag der Senat nach dem Gesamtzusammenhang des Urteils auszuschließen, dass dem Tatrichter die Berücksichtigung früherer Misshandlungen im Rahmen der Gesamtwürdigung aus dem Blick geraten ist. Es hat nicht nur die Entwicklung der Beziehung zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau einschließlich der jedenfalls im Jahr 2013 in der Intensität deutlich zunehmenden Spannungen und Streitigkeiten festgestellt. Vielmehr verhält sich das angefochtene Urteil auch zu den wenigen früheren Streitigkeiten der Eheleute, bei denen es über die verbale Auseinandersetzung hinaus zu Tätlichkeiten gekommen ist (UA S. 11 unten und S. 12). In diesem Zusammenhang werden die von Seiten der Ehefrau unternommenen seltenen und nicht intensiven körperlichen Angriffe ebenso beschrieben wie die Fähigkeit des Angeklagten, sich dieser Atta-

cken mühelos zu erwehren. Da das Landgericht zudem rechtlich zutreffend von der Berücksichtigung der Gesamtbeziehung zwischen Täter und Opfer ausgeht, lässt sich nicht annehmen, es habe zunächst dazu umfassende Feststellungen getroffen, die dann im Rahmen der Strafzumessung bei der Frage der Anwendung von § 213 StGB unbeachtet geblieben seien.

bb) Aus entsprechenden Gründen halten auch die Erwägungen des Landgerichts zum Fehlen einer tatauslösenden schweren Beleidigung revisionsrechtlicher Prüfung stand.

(1) Die Revision und der Generalbundesanwalt zeigen im rechtlichen Ausgangspunkt übereinstimmend zutreffend auf, dass auch bei der Beurteilung des Vorliegens einer „schweren Beleidigung“ im Sinne von § 213 Alt. 1 StGB nicht allein auf die in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Tatgeschehen stehenden Vorgänge abzustellen ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist vielmehr eine „Ganzheitsbetrachtung“ erforderlich, die in der Vergangenheit liegende Vorgänge als „mitwirkende Ursachen“ mit einbezieht. Die Voraussetzungen von § 213 Alt. 1 StGB können demnach auch dann erfüllt sein, wenn zwar das Verhalten des Tatopfers vor der Tat isoliert betrachtet „keine schwere Beleidigung darstellt, dennoch aber den Täter zum Zorn reizte und auf der Stelle zur Tat hinriss, weil es nach einer ganzen Reihe von Kränkungen gleichsam nur noch der Tropfen war, der das Faß zum Überlaufen brachte.“ (siehe nur Senat, Beschlüsse vom 11. Juni 1996 – 1 StR 300/96, StV 1998, 131; vom 21. Mai 2004 – 1 StR 170/04, NStZ 2004, 631 f.; BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2010 – 3 StR 454/10, NStZ 2011, 339, 340; Urteil vom 1. September 2011 – 5 StR 266/11 Rn. 10 jeweils mwN; Beschluss vom 8. Juli 2014 – 3 StR 228/14 Rn. 5; Fischer aaO § 213 Rn. 5 aE mit zahlr. Nachweisen). In die erforderliche Gesamtbewertung sind alle Umstände einzubeziehen, die dem konkreten Einzelfall unter dem Gesichtspunkt der Provokation durch das spätere Tatopfer sein Gepräge geben (Senat, Urteil vom 10. Oktober 1989 – 1 StR 239/89, BGHR StGB § 213 Alt. 1 Beleidigung 5).

(2) Dem wird das angefochtene Urteil gerecht. Das Landgericht hat ausdrücklich eine objektive Bewertung der seitens der Ehefrau geäußerten Beleidigungen unter „Berücksichtigung der Gesamtbeziehung von Täter und Opfer“ (UA S. 54) zugrunde gelegt. Die Feststellungen zeichnen die Entwicklung des Verhältnisses zwischen dem Angeklagten und seiner Ehefrau insgesamt ausführlich und sorgfältig nach (UA S. 7-12). Das umfasst vor allem die ab 2011 einsetzenden Streitigkeiten in der Ehe und deren zunehmende Eskalation seit Februar 2013. Zudem stellt das Landgericht im Rahmen der Beweiswürdigung den Inhalt der Streitigkeiten ab November 2013 mittels der von den beiden Beteiligten jeweils gefertigten Aufzeichnungen per Mobiltelefon im Einzelnen dar (UA S. 33-37). Dazu gehören auch die von der Ehefrau in diesen verbalen Auseinandersetzungen geäußerten Beleidigungen gegenüber dem Angeklagten. Den ausführlich dokumentierten Inhalt der früheren Streitigkeiten hat das Landgericht in die ihm obliegende Bewertung des Schweregrades der der Tötungstat unmittelbar vorausgegangenen Beleidigungen einbezogen. Da es sich ausdrücklich mit der Bedeutung der früheren Herabwürdigungen für die tatunmittelbaren Äußerungen befasst hat, vermag der Senat auch insoweit auszuschließen, dass das Tatgericht den Aspekt eines sich zu einer schweren Beleidigung aufsummierenden, sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Geschehens wiederholter Kränkungen aus dem Blick verloren haben könnte. Der rechtliche Ausgangspunkt des Tatgerichts, die Schwere der der Tat vorausgehenden Beleidigungen unter Berücksichtigung der früheren kränkenden Äußerungen zu beurteilen, ist als solcher ebenfalls rechtsfehlerfrei (vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 1994 – 2 StR 382/94). Hat aber der Tatrichter den für die Beurteilung des Vorliegens eines minder schweren Falls rechtlich zutreffenden Maßstab gewählt, unterliegt die Wertung als solche, ob sich die geäußerten Beleidigungen unter Berücksichtigung des Gesamtgeschehens als schwer im Sinne von § 213 Alt. 1 StGB erweisen, nicht der revisionsgerichtlichen Kontrolle (vgl. Senat, Urteil vom 19. Februar 1991 – 1 StR 659/90, BGHR StGB § 213 Alt. 1 Beleidigung 6 bzgl. der Bewertung eines Fußtritts als erhebliche Misshandlung). Teil dieser dem Tatrichter obliegenden Wertung ist es auch, die Bewertungsrichtung der festgestellten konkreten Umstände (unter Einschluss der dem eigentlichen Tötungsgeschehen vorausgehenden) zu bestimmen und auf dieser Grundlage das Vorliegen der benannten Milderungsgründe aus § 213 Alt. 1 StGB zu beurteilen. Es ist dem Revisionsgericht verwehrt, seine eigene Wertung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen.

cc) Ob die Voraussetzungen von § 213 Alt. 1 StGB im Einzelfall aufgrund einer Kumulation von vorausgehender Misshandlung und schwerer Beleidigung verwirklicht werden können (vgl. Senat, Urteil vom 19. Februar 1991 – 1 StR 659/90, BGHR StGB § 213 Alt. 1 Beleidigung 6), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn nach den Feststellungen und der Beweiswürdigung des Tatgerichts, worauf der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend hinweist, bildete der der Tötungstat vorausgehende körperliche Übergriff den unmittelbaren Auslösereiz für den affektiven Ausnahmezustand des Angeklagten (UA S. 14 und S. 48). Beruht nach diesen rechtsfehlerfreien Feststellungen der die Tötungstat auslösende Zorn des Angeklagten auf dem körperlichen Angriff durch die Ehefrau und nicht auf vorangegangenen Beleidigungen, hätte die Anwendung von § 213 Alt. 1 StGB weder auf das Vorliegen

schwerer Beleidigungen als solcher noch auf das Zusammenwirken von solchen und Misshandlungen gestützt werden können. Maßgeblich sind nämlich nur diejenigen Motive des Täters, die in der Tatsituation einen beherrschenden Einfluss auf den Täter gehabt haben (vgl. Schneider aaO § 213 Rn. 31). War aber eine für § 213 Alt. 1 StGB nicht ausreichend erhebliche Misshandlung der eigentliche Auslösereiz des Affekts, kann nicht auf eine im Motivbündel nur untergeordnete Reizung durch eine (schwere) Beleidigung abgestellt werden (siehe insoweit BGH, Beschluss vom 22. April 2004 – 4 StR 48/04, NStZ 2004, 500 f. mwN).

dd) Die Verneinung eines sonst minder schweren Falls gemäß § 213 Alt. 2 StGB hält ebenfalls sachlich-rechtlicher Prüfung stand.

(1) Das Landgericht ist von der gebotenen Gesamtbewertung aller relevanten Umstände (Fischer aaO § 213 Rn. 12; H. Schneider aaO § 213 Rn. 49 jeweils mwN) ausgegangen. In diese hat es zugunsten des Angeklagten die jeweils nicht die Schwelle von § 213 Alt. 1 StGB erreichenden Misshandlungen bzw. Beleidigungen durch die später getötete Ehefrau einbezogen und den minder schweren Fall zunächst ohne Berücksichtigung des vertypten Milderungsgrundes aus § 21 StGB geprüft. Die zu Lasten des Angeklagten wirkende Erwägung des Tatrichters, er habe „seinen zwei kleinen Kindern, die aufgrund ihres jungen Alters von nur ein und vier Jahren der mütterlichen Zuwendung in besonderem Maß bedürfen, durch die Tat die Mutter“ genommen (UA S. 54 f.), ist nicht rechtsfehlerhaft und verstößt insbesondere nicht gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB. Das Tatgericht hat erkennbar nicht auf das mit nahezu jeder Tötung einhergehende Leid der Angehörigen und dem schmerzlichen Verlust einer Bezugsperson abgestellt. Vielmehr hat es in rechtlich fehlerfreier Weise das spezifische Alter von Sohn und Tochter der Getöteten in den Blick genommen und damit auf eine zulässige einzelfallbezogene Differenzierung nach der Bedeutung des Vorhandenseins der getöteten Bezugsperson für die konkreten Angehörigen abgestellt. Damit erschöpft sich die Erwägung gerade nicht in der Heranziehung einer typischen Tatfolge eines Tötungsdelikts.

(2) Gleiches gilt auch für die weitere Strafzumessungserwägung, die beiden Kinder litten erheblich unter dem Verlust der Mutter. Das Landgericht hat damit auf die im konkreten Fall bewirkten verschuldeten Auswirkungen der Tat (§ 46 Abs. 2 StGB) abgestellt, die bei beiden Kindern eingetreten sind. Deren Eintritt hat das Tatgericht mit der bei der Tochter weiterhin erfolgenden psychologischen Betreuung mit Feststellungen unterlegt. Dass es dabei die in der Beweiswürdigung ausdrücklich dargestellte zwischenzeitliche Besserung des Zustands der Tochter aus dem Blick verloren haben könnte, ist nicht zu besorgen. Ohne Rechtsfehler hat das Tatgericht das Leiden der Kinder unter dem Verlust der Mutter als verschuldete Auswirkungen der Tat gewertet. Dem steht die Begehung der Tat im Zustand der durch einen Affekt bewirkten erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten nicht entgegen. Da seine Einsichtsfähigkeit insgesamt erhalten geblieben ist und er – wie sich sowohl aus dem festgestellten allgemeinen Umgang mit den Kindern als auch aus seinem Nachtatverhalten (Verbringen der Leiche in den Keller, um ihnen den Anblick der toten Mutter zu ersparen) ergibt – um deren Wohl besonders bemüht war, waren die eingetretenen Tatfolgen für ihn vorhersehbar.

(3) Angesichts der rechtsfehlerfreien strafschärfenden Berücksichtigung der vorstehend erörterten Umstände bestehen auch keine rechtlichen Bedenken gegen die Verneinung eines sonstigen minder schweren Falls selbst unter zusätzlicher Berücksichtigung des vertypten Milderungsgrundes gemäß § 21 StGB. Es liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters zwischen dem Strafrahmen aus § 213 StGB und dem über § 49 Abs. 1 StGB (hier in Verbindung mit § 21 StGB) gemilderten Strafrahmen des § 212 Abs. 1 StGB zu wählen (st. Rspr.; siehe nur BGH, Urteil vom 2. November 1983 – 2 StR 492/83, NStZ 1984, 118; Fischer aaO § 213 Rn. 19 mwN). Hat das Tatgericht wie hier sein Ermessen ohne Rechtsfehler ausgeübt, hat das Revisionsgericht die Würdigung als solche hinzunehmen, mag auch eine andere ebenfalls in Betracht gekommen sein.

3. Die konkrete Strafzumessung weist keine den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf. Wie bereits ausgeführt [II.2.b)dd)] durfte das Landgericht die Auswirkungen der Tat auf die beiden Kinder strafschärfend berücksichtigen.

4. Unter den konkreten Umständen des Einzelfalls hätte sich im Übrigen selbst eine rechtsfehlerhafte Ablehnung von § 213 StGB nicht auf die Strafzumessung ausgewirkt. Da nach den Feststellungen hier zwischen den vorausgegangenen Kränkungen bzw. Tätlichkeiten und dem affektiven Ausnahmezustand eine enge Verbindung bestand, sie also auf dieselbe Wurzel zurückzuführen sind (siehe etwa BGH, Beschlüsse vom 30. April 1991 – 4 StR 140/91, NStE Nr. 24 zu § 213 StGB, vom 24. Oktober 2012 – 5 StR 472/12, NStZ 2013, 341 mwN), hätte eine weitere Milderung des Strafrahmens von § 213 StGB über §§ 21, 49 StGB nicht erfolgen können.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO, diejenige über die notwendigen Auslagen aus einer entsprechenden Anwendung von § 472 Abs. 1 Satz 1 StPO.

## StPO § 229 – „Unterbrechungsverhandlung

BGH, Beschl. v. 30.06.2015 - 3 StR 202/15

### Zu den Voraussetzungen einer Verhandlungsfortsetzung nach § 229 StPO

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 30. Juni 2015 gemäß § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen: Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 18. Dezember 2014 mit den Feststellungen aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung in zwei Fällen und wegen Körperverletzung in Tateinheit mit Bedrohung zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Die Revision des Angeklagten rügt die Verletzung materiellen Rechts und beanstandet das Verfahren. Mit der Rüge, die Hauptverhandlung sei entgegen § 229 Abs. 1 StPO für die Dauer von mehr als drei Wochen unterbrochen gewesen, hat das Rechtsmittel Erfolg.

1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Am 5. November 2014 wurde die Hauptverhandlung unterbrochen. Zum Fortsetzungstermin am 26. November 2014 wurde eine Zeugin geladen. Diese ließ am 25. November 2014 unter Vorlage eines ärztlichen Attests mitteilen, sie könne der Ladung wegen einer akuten, voraussichtlich bis 2. Dezember 2014 bestehenden Erkrankung keine Folge leisten. Dies gab der Vorsitzende in der Hauptverhandlung am 26. November 2014 bekannt; das Attest und die Mitteilung wurden laut Protokoll "zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht". Anschließend wurde die Hauptverhandlung erneut unterbrochen; gemäß Absprache mit den Verfahrensbeteiligten wurde Fortsetzungstermin auf den 10. Dezember 2014 bestimmt.

2. Die Rüge, die Hauptverhandlung sei zwischen 5. November und 10. Dezember 2014 - mithin länger als drei Wochen - unterbrochen gewesen, hat Erfolg. Am 26. November 2014 wurde die Hauptverhandlung nicht im Sinne von § 229 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 StPO fortgesetzt.

a) Nach ständiger Rechtsprechung gilt eine Hauptverhandlung dann als fortgesetzt, wenn zur Sache verhandelt und das Verfahren gefördert wird (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2014 - 4 StR 370/13, NStZ 2014, 220). Zwar kann auch in der Befassung lediglich mit Verfahrensfragen eine Förderung des Verfahrens in der Sache liegen, wenn deren Ziel die Klärung ist, durch welche Untersuchungshandlungen der Aufklärung des Sachverhalts Fortgang gegeben werden kann (BGH aaO). Nicht ausreichend hierfür ist jedoch allein die in der Sache selbst nicht weiterführende Prüfung und Erörterung, ob eine - weitere - Unterbrechung der Hauptverhandlung notwendig ist und wann diese gegebenenfalls fortgesetzt werden kann (vgl. LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 229 Rn. 12; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 229 Rn. 11; jeweils mwN). So liegt der Fall indes hier.

b) Allerdings hat der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, dass die Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO auch dann gewahrt ist, wenn die für den Fortsetzungstermin in Aussicht genommene weitere Förderung des Verfahrens in der Sache infolge unvorhersehbarer Ereignisse nicht stattfinden kann (BGH, Beschluss vom 5. November 2008 - 1 StR 583/08, NJW 2009, 384). Der Senat kann offen lassen, ob er dieser Ansicht beitreten könnte, insbesondere, ob sie mit dem wesentlichen Zweck des § 229 StPO, der Wahrung der Konzentrationsmaxime (LR/Becker aaO, Rn. 1 mwN), noch zu vereinbaren ist; denn auf die vorliegende Sachverhaltsgestaltung ist diese Entscheidung jedenfalls nicht übertragbar. Ihr lag zu Grunde, dass das Gericht im Fortsetzungstermin zunächst einem mit veränderter Sachlage begründeten Unterbrechungsantrag des Verteidigers entsprechen musste. Demgegenüber war das Landgericht hier ausschließlich infolge der Erkrankung der geladenen Zeugin daran gehindert, die Beweisaufnahme wie vorgesehen fortzusetzen. Welche Auswirkungen es auf den Lauf der höchstzulässigen Unterbrechungsfrist hat, wenn ein Verfahrensbeteiligter wegen Krankheit nicht zur Hauptverhandlung erscheinen kann, ist indes Gegenstand der besonderen und abschließenden Regelung in § 229 Abs. 3 StPO. Eine Hemmung der Unterbrechungsfrist wegen Erkrankung eines Zeugen ist dort nicht vorgesehen. Dies kann nicht dadurch umgangen werden, dass die Bekanntgabe einer Erkrankung als Sachverhandlung im Sinne einer Fortsetzung der Hauptverhandlung nach § 229 Abs. 4 Satz 1 StPO gewertet wird, durch die die Unterbrechungsfrist gewahrt wird.

## StPO § 244 Abs. 3 Wahrunterstellung

BGH, Beschl. v. 02.06.2015 - 4 StR 111/15

**1. Der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung, der nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht kommt, und der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit schließen einander aus.**

**2. Der Nachweis einer rauschmittelbedingten Fahrunsicherheit kann nicht allein durch einen bestimmten Blutwirkstoffbefund geführt werden.**

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 2. Juni 2015 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO, § 354 Abs. 1 StPO analog beschlossen: Die Revisionen der Angeklagten K. und S. gegen das Urteil des Landgerichts Landshut vom 21. November 2014 werden als unbegründet verworfen, das Rechtsmittel der Angeklagten K. jedoch mit der Maßgabe, dass hinsichtlich der in den Fällen II. 3 und II. 4 verhängten Einzelstrafen die Tagessatzhöhe auf 1,-- Euro festgesetzt wird. Jeder Beschwerdeführer trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

Gründe:

Das Landgericht hat die Angeklagte K. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen, wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt und Maßnahmen nach §§ 69, 69a StGB angeordnet. Den Angeklagten S. hat es wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die dagegen gerichteten Revisionen der Angeklagten, die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützt sind, bleiben erfolglos (§ 349 Abs. 2 StPO). Das Rechtsmittel der Angeklagten K. führt lediglich zur Nachholung der Festsetzung der Tagessatzhöhe für die in den Fällen II. 3 und II. 4 der Urteilsgründe verhängten Einzelgeldstrafen. Der Erörterung bedarf – in Ergänzung der Ausführungen des Generalbundesanwalts in seinen Antragsschriften vom 29. April 2015 – lediglich Folgendes:

I. Zur Revision der Angeklagten K.:

1. Mit der Verfahrensrüge beanstandet die Revision die Zurückweisung des Antrags auf Ladung und Vernehmung des Zeugen M. zum Beweis der Tatsache, der Zeuge A. sei „bei dessen Straftaten nach dem BtMG im Jahre 2007 bis 2009“ von dem gesondert verfolgten Kr. beliefert worden. Die Rüge greift nicht durch.

a) Ob dem Antrag des Beschwerdeführers angesichts der pauschal auf einen Zeitraum von mehreren Jahren bezogenen, allgemein gehaltenen Beweisbehauptung überhaupt die Qualität eines Beweisantrags im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO zukommt, kann der Senat offen lassen. Die Ablehnung des Antrags, den die Strafkammer als Beweisantrag aufgefasst hat, lässt jedenfalls keinen durchgreifenden Rechtsfehler erkennen.

b) Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzugeben, dass die Begründung der Ablehnung des Beweisantrags rechtlich nicht unbedenklich war. Das Landgericht hat die Beweisbehauptung als wahr unterstellt und in der Beschlussbegründung weiter ausgeführt, dass die behaupteten (Indiz-)Tatsachen für die Entscheidung ohne Bedeutung seien, weil die Strafkammer im Falle ihres Erwiesenseins daraus nicht den zwingenden Schluss ziehen werde, das bei dem Angeklagten sichergestellte Rauschgift sei vollständig für den Zeugen A. oder eine unbekannt Person namens „Ma.“ und deshalb nicht für die Angeklagte K. bestimmt gewesen. Der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung, der nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht kommt, und der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit schließen einander aber aus (BGH, Beschluss vom 30. November 2005 – 2 StR 431/05, StV 2007, 18, 19; Urteil vom 28. Mai 2003 – 2 StR 486/02, NSTZ-RR 2003, 268). Die für den revisionsgerichtlichen Prüfungsumfang allein maßgebliche Angriffsrichtung dieser Verfahrensrüge (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 14. Juli 1998 – 4 StR 253/98, NSTZ 1998, 636 sowie jüngst BGH, Urteil vom 14. April 2015 – 5 StR 20/15, Tz. 19) geht indes nicht auf den in der fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags liegenden Verfahrensmangel. Die Revision sieht diesen vielmehr in der fehlenden Auseinandersetzung des Urteils mit den als wahr unterstellten Tatsachen im Hinblick auf eine mögliche Erschütterung der Glaubhaftigkeit der die Angeklagte belastenden Angaben des Mitangeklagten S., nachdem dieser zunächst einen „Ma.“ als Empfänger der Rauschgiftlieferung benannt hatte (RB S. 6, 10 oben). Wegen der Widersprüchlichkeit der Beschlussbegründung ist aber schon fraglich, ob in ihr überhaupt die Zusage einer Wahrunterstellung gesehen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom

28. Mai 2003 aaO). Jedenfalls übersieht der Beschwerdeführer, dass nicht jede Nichterwähnung einer als wahr unterstellten Beweistatsache im Urteil gleichbedeutend ist mit einem Erörterungsmangel. Vielmehr bedarf es einer Auseinandersetzung mit den als wahr unterstellten Tatsachen in den Urteilsgründen nur, wenn sie sich angesichts der im Übrigen gegebenen Beweislage aufdrängt und die Beweiswürdigung sich sonst als lückenhaft erweise (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 aaO; Beschluss vom 6. Juni 2002 – 1 StR 33/02, StV 2002, 641). Die Möglichkeit einer Falschbezeichnung der Angeklagten durch den Mitangeklagten hat die Strafkammer auch im Hinblick auf einen möglichen alternativen Adressaten der Betäubungsmittel-Lieferung namens „Ma.“ im Urteil im erforderlichen Umfang erörtert. Die Ausführungen stehen ersichtlich nicht im Widerspruch zur Begründung des Ablehnungsbeschlusses. Einer weiter gehenden Erörterung bedurfte es nicht. Denn die Vernehmung des Zeugen M. war, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hinweist, auf den Nachweis gerichtet, der Zeuge A. sei in früheren, nicht näher gekennzeichneten Fällen Abnehmer des Zeugen Kr. gewesen. Das angefochtene Urteil würde auf einer fehlerhaften Handhabung der Ablehnungsgründe durch die Strafkammer auch nicht beruhen. Der Angeklagte war über die tatrichterliche Bewertung der Beweistatsache bereits durch die Begründung des Ablehnungsbeschlusses umfassend informiert. Er konnte sein Verteidigungsverhalten danach darauf einstellen, dass das Landgericht den ihm durch den Antragsinhalt angesonnenen Schluss auf die Unglaubwürdigkeit des Mitangeklagten allein auf der Grundlage der Beweisbehauptung voraussichtlich nicht ziehen würde, die endgültige Bewertung indes der abschließenden Gesamtwürdigung der Beweise vorbehalten bleiben würde. Schon damit waren seine Verteidigungsinteressen umfassend gewahrt; das Fehlen eines – hier nicht erforderlichen – Hinweises auf eine etwaige abweichende Beurteilung durch das Gericht im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung (vgl. dazu LR-StPO/Becker, 26. Aufl., § 244 Rn. 310 mwN) wird von der Revision folglich auch nicht beanstandet.

2. Soweit das Landgericht die Angeklagte wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr verurteilt hat, weist der Senat auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach der Nachweis einer rauschmittelbedingten Fahrunsicherheit nicht allein durch einen bestimmten Blutwirkstoffbefund geführt werden kann (vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 3. November 1998 – 4 StR 395/98, BGHSt 44, 219, 222 und vom 21. Dezember 2011 – 4 StR 477/11, NStZ 2012, 324). Gesicherte Erfahrungswerte, die es erlauben würden, bei Blutwirkstoffkonzentrationen oberhalb eines bestimmten Grenzwertes ohne weiteres auf eine rauschmittelbedingte Fahrunsicherheit zu schließen, bestehen nach wie vor nicht (Senatsbeschlüsse vom 3. November 1998 und vom 21. Dezember 2011, jeweils aaO; vgl. auch SSW-StGB/Ernemann, 2. Aufl., § 316 Rn. 30). Es bedarf daher neben dem positiven Blutwirkstoffbefund noch weiterer aussagekräftiger Beweisanzeichen, die im konkreten Einzelfall belegen, dass die Gesamtleistungsfähigkeit des betreffenden Kraftfahrzeugführers soweit herabgesetzt war, dass er nicht mehr fähig gewesen ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke, auch bei Eintritt schwieriger Verkehrslagen, sicher zu steuern (Senatsurteil vom 15. April 2008 – 4 StR 639/07, NZV 2008, 528, 529). Zwar hat das Landgericht konkrete Feststellungen zu einem Fahrfehler nicht getroffen. Über die – nicht unerheblichen – Blutwirkstoffkonzentrationen hinaus entnimmt der Senat den Urteilsgründen aber weitere gewichtige Anzeichen für die Fahruntüchtigkeit der Angeklagten. Danach litt die Angeklagte bei der polizeilichen Kontrolle insbesondere unter Konzentrationsstörungen, verlangsamter Koordination und verwaschener Sprache; sie befand sich in einem schläfrigen Zustand. In Zusammenschau mit dem bei der anschließenden ärztlichen Untersuchung festgestellten auffällig stark gestörten Zeitempfinden ist die rauschmittelbedingte Fahruntüchtigkeit daher noch hinreichend dargelegt.

3. Die Strafkammer hat es in den Fällen II. 3 und II. 4 der Urteilsgründe unterlassen, die Tagessatzhöhe festzusetzen. Dieser Festsetzung bedarf es aber auch dann, wenn – wie hier – aus einer Einzelgeldstrafe und Einzelfreiheitsstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe zu bilden ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 27. April 2010 – 1 StR 122/10 mwN). In entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO (vgl. BGH, Beschluss vom 8. August 2008 – 2 StR 292/08; Beschluss vom 16. Dezember 2008 – 3 StR 503/08) setzt der Senat die Tagessatzhöhe auf den Mindestsatz von einem Euro (§ 40 Abs. 2 Satz 3 StGB) fest.

II. Zur Revision des Angeklagten S.: Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat auch unter Berücksichtigung der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Es beschwert den Angeklagten nicht, dass das Landgericht den Strafraum des § 29a Abs. 2 BtMG im Fall II. 2 der Urteilsgründe nicht nur gemäß § 31 Satz 1, Nr. 1 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB, sondern zusätzlich auch wegen Beihilfe gemildert hat. Trifft, wie hier, täterschaftlicher Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Tateinheitlich zusammen, entfällt die Strafmilderung wegen Beihilfe (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Mai 2000 – 1 StR 146/00, NStZ-RR 2000, 312).



## StPO § 252 Vorlage an Großen Senat

BGH 2 StR 656/13, Beschluss vom 18.03.2015

**Dem Großen Senat für Strafsachen wird gemäß § 132 Abs. 2 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:**

**Ist die Einführung und Verwertung einer früheren Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, durch Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson nur dann zulässig, wenn diese den Zeugen nicht nur über sein Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage im weiteren Verfahren belehrt hatte?**

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Nach den Feststellungen des Landgerichts tötete er am 22. September 2012 seine Ehefrau durch insgesamt 60 Stiche und Schnitte mit einem Messer. Motiv der Tat war die Eifersucht des Angeklagten auf einen Nebenbuhler und seine mangelnde Bereitschaft, eine vom Tatopfer angekündigte Trennung hinzunehmen. Das Schwurgericht hat insoweit angenommen, der Angeklagte habe aus niedrigen Beweggründen gehandelt.

I. Die Revision des Angeklagten macht - neben Erhebung der allgemeinen Sachrüge - mit der Verfahrensrüge eine Verletzung der §§ 252, 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StPO geltend. Das Landgericht habe seine Überzeugung vom Tathergang maßgeblich auch auf Angaben der Tochter des Angeklagten gestützt, die diese im Ermittlungsverfahren gegenüber einem in der Hauptverhandlung vernommenen Richter gemacht hatte. Dieser habe die Zeugin zwar über ihr Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 StPO belehrt, nicht aber darüber, dass bei etwaiger späterer Zeugnisverweigerung ihre in der richterlichen Vernehmung gemachten Angaben verwertet werden könnten. Dies müsse, so die Revision, zu einem Verwertungsverbot führen, nachdem die Zeugin in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch gemacht und sich mit einer Verwertung ihrer Angaben im Ermittlungsverfahren nicht einverstanden erklärt habe. Die in der Rechtsprechung anerkannte Ausnahme vom umfassenden Verwertungsverbot des § 252 StPO stehe mit dem Schutzzweck der Vorschrift nicht in Einklang. Jedenfalls sei es notwendig, den Zeugen vor einer ermittlungsrichterlichen Befragung auch auf die mögliche spätere Verwertbarkeit von Angaben hinzuweisen.

Der Senat hält die Verfahrensrüge für erfolgversprechend (unten II.), hat aber auch Bedenken hinsichtlich der Annahme des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe (unten I II.). Er sieht sich durch die Rechtsprechung des 1., 4. und 5. Senats gehindert, der Revision auf die Formalrüge hin stattzugeben, und hat daher mit Beschluss vom 4. Juni 2014 (StV 2014, 717 ff.) bei den übrigen Senaten angefragt, ob diese der beabsichtigten Änderung der bisherigen

Rechtsprechung zustimmen oder an entgegenstehender Rechtsprechung festhalten.

Die anderen Strafsenate sind der Auffassung des Senats entgegen getreten (Beschluss vom 14. Januar 2015 - 1 ARs 21/14; Beschluss vom 8. Januar 2015 - 3 ARs 20/14; Beschluss vom 16. Dezember 2014 - 4 ARs 21/14; Beschluss vom 27. Januar 2015 - 5 ARs 64/14).

II.

1. § 252 StPO schließt es aus, die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen zu verlesen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht Gebrauch macht, das Zeugnis zu verweigern. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs enthält die Vorschrift über den Wortlaut hinaus aber nicht nur ein Verlesungs-, sondern ein umfassendes Verwertungsverbot. Dieses schließt auch jede Verwertung der bei einer früheren Vernehmung gemachten Aussage eines Zeugen aus, wenn dieser in der Hauptverhandlung nach § 52 StPO berechtigt das Zeugnis verweigert und nicht ausdrücklich die Verwertung seiner früheren Bekundungen gestattet. Auch die Einführung durch Aussage einer früheren Vernehmungsperson ist danach grundsätzlich unzulässig.

Von diesem Verbot sind nach der bisherigen Rechtsprechung aber solche Bekundungen ausgenommen, die ein Zeuge - nach Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht - vor einem Richter gemacht hat. Sie dürfen durch Vernehmung des Richters in die Hauptverhandlung eingeführt und bei der Urteilsfindung verwertet werden (st. Rspr.; vgl. zuletzt etwa BGH, Urteil vom 8. Dezember 1999 - 5 StR 32/99, BGHSt 45, 342, 345; Senatsurteil vom 3.

November 2000 - 2 StR 354/00, BGHSt 46, 189, 195; Urteil vom 12. Februar 2004 - 3 StR 185/03, BGHSt 49, 72, 76 f.; Senatsbeschluss vom 13. Juni 2012 - 2 StR 112/12, BGHSt 57, 254, 256 jew. mwN).

a) Eine materielle Rechtfertigung findet diese Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in einer Güterabwägung. Nach einem nach Belehrung bewusst erklärten Verzicht auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts in einer richterlichen Vernehmung soll das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege von höherem Gewicht sein als das Interesse des Zeugen, sich die Entscheidungsfreiheit über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts bis zur späteren Hauptverhandlung erhalten zu können (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1999 - 5 StR 32/99, BGHSt 45, 342, 346; Senatsurteil vom 3. November 2000 - 2 StR 354/00, BGHSt 46, 189, 195; BGH, Urteil vom 25. März 1998 - 3 StR 686/97, BGHR StPO § 252 Verwertungsverbot 14).

b) Die unterschiedliche Behandlung von richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen hat der Bundesgerichtshof in älteren Entscheidungen damit begründet, dass der Richter - anders als nach damaliger Rechtslage ein Polizeibeamter oder Staatsanwalt - verpflichtet sei, Zeugen auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht hinzuweisen (BGH, Urteil vom 15. Januar 1952 - 1 StR 341/51, BGHSt 2, 99, 106).

Seit Inkrafttreten des § 163a Abs. 5 StPO aF (§ 163 Abs. 3 StPO nF), der auch für Vernehmungen durch die Polizei und die Staatsanwaltschaft eine Belehrung der Zeugen über ihr Zeugnisverweigerungsrecht vorschreibt, sieht die Rechtsprechung demgegenüber das tragende Argument für die unterschiedliche Behandlung darin, dass das Gesetz - wie § 251 Abs. 1 und Abs. 2 StPO zu entnehmen sei - richterlichen Vernehmungen allgemein höheres Vertrauen entgegenbringe (BGH, Urteil vom 14. März 1967 - 5 StR 540/66, BGHSt 21, 218, 219; BGH, Urteil vom 20. März 1990 - 1 StR 693/89, BGHSt 36, 384, 386). Zusätzlich wird die Zulässigkeit der Vernehmung einer richterlichen Vernehmungsperson mit der für den Zeugen erkennbaren erhöhten Bedeutung der richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren gerechtfertigt (BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 - 3 StR 185/03, BGHSt 49, 72, 77). Schließlich soll die unterschiedliche Behandlung einen sachlichen Grund darin finden, dass der Ermittlungsrichter in besonderer Weise geeignet - und vom Gesetzgeber dafür vorgesehen - sei, präventiven Rechtsschutz zu gewährleisten (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Januar 2008 - 2 BvR 2491/07, juris Rn. 4).

2. Voraussetzung für eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verwertungsverbot des § 252 StPO ist eine ordnungsgemäße Belehrung über das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts und die sich daraus ergebende Möglichkeit für den Zeugen, aus diesem Grund keine Angaben zur Sache zu machen. Nicht erforderlich ist es hingegen nach der bisherigen, vom 2. Strafsenat begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, den aussageverweigerungsberechtigten Zeugen über die Folgen eines Verzichts auf das Auskunftsverweigerungsrecht, insbesondere über die weitere Verwertbarkeit auch im Falle einer späteren Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung, "qualifiziert" zu belehren (Senatsurteil vom 26. Juni 1983 - 2 StR 150/83, BGHSt 32, 25, 31 f.; BGH, Beschluss vom 12. April 1984 - 4 StR 229/84, StV 1984, 326; Urteil vom 30. August 1984 - 4 StR 475/84, NStZ 1985, 36).

Der 2. Strafsenat hat dies mit der Erwägung begründet, dass ein Zeuge nicht einmal auf die Möglichkeit des Widerrufs eines erklärten Verzichts auf sein Zeugnisverweigerungsrecht noch während der laufenden Vernehmung hingewiesen werden müsse; umso weniger sei es deshalb geboten, ihn schon vorsorglich für den Fall, dass er in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigern sollte, über die Auswirkungen auf die Verwertbarkeit seiner Aussage hinzuweisen (Senatsurteil vom 26. Juni 1983 - 2 StR 150/83, BGHSt 32, 25, 31 f.). Ergänzend hat der 4. Strafsenat angeführt, für die Annahme einer solchen Belehrungs- oder Hinweispflicht fehle es an einer gesetzlichen Grundlage (BGH, Urteil vom 30. August 1984 - 4 StR 475/84, NStZ 1985, 36).

3. Diese Begründungen erscheinen dem Senat nicht mehr tragfähig.

a) Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten. Der Strafprozess hat das aus der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf (BVerfGE 80, 244, 255; 95, 96, 140), zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen. Zentrales Anliegen ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt (BVerfGE 122, 248, 270 mwN).

Die Wahrheitserforschung im Strafprozess hat jedoch Grenzen. Diese dienen dem Schutz von Beschuldigten und anderer Verfahrensbeteiligten. Sie dürfen nicht zu bloßen Objekten des Verfahrens gemacht werden und sind deshalb in der Strafprozessordnung und in der Verfassung mit Rechten ausgestattet, welche die Wahrheitserforschung

behindern oder sogar ganz ausschließen können. Das Recht eines als Zeugen vernommenen Angehörigen des Beschuldigten im Sinne von § 52 Abs. 1 StPO, das Zeugnis - ohne Angabe von Gründen - zu verweigern, ist ein solches Recht (BVerfG, NSTZ-RR 2004, 18, 19). Es stützt sich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, das die Aufgabe hat, die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen (BVerfGE 54, 148, 153; 72, 155, 170). Es umfasst sowohl die in § 52 StPO geregelte Freiheit, das Zeugnis im Verfahren gegen einen nahen Angehörigen zu verweigern, als auch die Option, frühere Aussagen einer Verwertung im Strafverfahren wieder zu entziehen.

aa) § 52 StPO trägt der besonderen Lage eines Zeugen Rechnung, der als Angehöriger des Beschuldigten der Zwangslage ausgesetzt sein kann, seinen Angehörigen zu belasten oder die Unwahrheit sagen zu müssen. Niemand soll gezwungen sein, aktiv zur Überführung eines Angehörigen beizutragen, weil der Zwang zur Belastung von Angehörigen mit dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen unvereinbar wäre wie ein gegen den Zeugen geübter Zwang zur Selbstbelastung (BVerfG, NSTZ-RR 2004, 18, 19). Die Regelung lässt das öffentliche Interesse an möglichst unbehinderter Strafverfolgung hinter das persönliche Interesse des Zeugen zurücktreten, nicht gegen einen Angehörigen aussagen zu müssen (BGH, Beschluss vom 8. Dezember 1958 - GSSSt 3/58, BGHSt 12, 235, 239).

bb) Die Konfliktsituation zwischen Wahrheitspflicht und Näheverhältnis wirkt regelmäßig über die erste Aussage vor der Polizei hinaus fort. Aus diesem Grund erweitert § 252 StPO den Schutz des Zeugen. Dieser kann eine einmal gemachte Aussage bis zur Hauptverhandlung folgenlos wieder rückgängig machen, ohne sie durch eine neue Aussage ersetzen zu müssen, bei deren Abgabe er wiederum dem genannten Spannungsverhältnis ausgesetzt wäre. Allein die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts in der Hauptverhandlung würde die Zwangslage nicht beseitigen, wenn bereits eine Aussage vorliegt, die im Wege der Verlesung oder durch Vernehmung der Vernehmungsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden könnte. § 252 StPO löst damit – auch im Verständnis des Bundesgerichtshofs, der, wie dargelegt, § 252 StPO nicht nur als Verlesungs-, sondern als Verwertungsverbot versteht – den Konflikt zwischen Aufklärungsinteresse und Zeugenschutz in einer dem Freiheitsgrundrecht entsprechenden Weise.

b) In der Rechtsprechung ist seit jeher eine Ausnahme von der vorstehenden Regel anerkannt worden, wonach die frühere Aussage eines in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigern den Zeugen durch Vernehmung einer richterlichen Vernehmungsperson - unter der Voraussetzung damaliger Belehrung des Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht - in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann. Dies soll zu einer Ausbalancierung des öffentlichen Interesses an einer wirksamen Strafverfolgung und den die Regelung der §§ 52, 252 StPO tragenden Schutzzwecküberlegungen führen. Diese von der Rechtsprechung ersonnene Ausnahme ist seit jeher in der Literatur (vgl. aus älterer Zeit etwa: Eb. Schmidt, JR 1959, 369, 373; Grünwald, JZ 1966, 489, 497 f.; Peters, JR 1967, 467 f.; Eisenberg, NSTZ 1988, 488, 489; Fezer, JZ 1990, 875, 876; Geerds, JuS 1991, 199, 200) Einwendungen ausgesetzt gewesen (Sander/Cirener in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 252 Rn. 10: kriminalpolitische Zweckmäßigkeitseinschätzung, die weder im Wortlaut noch im Regelungszweck des § 252 StPO eine Stütze finde; so auch Pauly in Radtke/Hohmann, StPO, § 252 Rn. 25; s. ferner Velten in SK-StPO, 4. Aufl., § 252 Rn. 4; Kudlich/Schuh in SSW-StPO, § 252 Rn. 20; Güntge in Alsberg, Der Be-weisantrag im Strafprozess, 6. Aufl., Rn. 881; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 - 3 StR 185/03, BGHSt 49, 72, 78 f.).

Der 1. Strafsenat hat in seinem Beschluss zur Beantwortung der Anfrage des Senats vom 4. Juni 2014 darauf hingewiesen, dass es gewichtige Argumente schon gegen diese Zulässigkeit der Vernehmung einer richterlichen Vernehmungsperson gibt (siehe dazu auch aus jüngerer Zeit El Ghazi JR 2015, 342, 344 f.; Meyer StV 2015, 319, 324), die überhaupt erst die vom Vorlagebeschluss aufgeworfene Frage einer qualifizierten Belehrung aufwirft.

Auch das Bundesverfassungsgericht geht in seinem Verständnis der §§ 52, 252 StPO davon aus, dass diese Vorschriften als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts den zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen nicht nur vor der Verpflichtung schützen, Angehörige wahrheitsgemäß belasten zu müssen, sondern zudem sichern sollen, dass eine einmal gemachte Aussage bis zur Hauptverhandlung wieder folgenlos rückgängig gemacht werden kann. Diese im Zusammenhang mit der Verwertung einer nichtrichterlichen Vernehmung angestellte Erwägung des Bundesverfassungsgerichts erfasst nach ihrem Sinn auch richterliche Vernehmungen. Dass einem Zeugen nach einer Belehrung durch einen Richter deutlicher als bei einer Belehrung durch einen Polizeibeamten bewusst vor Augen stünde, dass er eine trotz Zeugnisverweigerungsrecht gemachte Aussage nicht wieder beseitigen kann, ist eine bloße Behauptung, die keinen normativen Gehalt hat und überdies schon tat-sächlich fraglich erscheint.

Der Senat meint, dass die Bedenken schon gegen die grundsätzliche Zu-lassung einer Verwertung der bei einem Richter getätigten Aussage von aussageverweigerungsberechtigten Zeugen trotz Widerspruchs in der Hauptverhandlung erhebliches Gewicht haben. Weil diese Frage aber nicht ausdrücklich Gegenstand des Anfrageverfahrens gewesen ist (worauf der 4. Strafsenat zutreffend hinweist), sieht er von einer Vorlage insoweit ab. Er geht allerdings davon aus, dass sich der Große Senat mit dieser der Vorlagefrage vorgelagerten Grundsatzfrage ohnehin wird befassen müssen.

4. Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung sieht der Senat die Ausgangsüberlegung jedenfalls nur dann noch als gerechtfertigt an, wenn der Zeuge in der im Ermittlungsverfahren durchgeführten richterlichen Vernehmung ausdrücklich auch darüber belehrt worden ist, dass eine jetzt gemachte Aussage auch dann verwertbar bleibt, wenn er in einer späteren Hauptverhandlung vom Recht der Aussageverweigerung Gebrauch macht (so auch Julius, HK-StPO, 5. Aufl., § 252 Rn. 2; aA ohne nähere Begründung etwa Diemer, KK-StPO, 7. Aufl., § 252 Rn. 28). Nach Ansicht des Senats ist also eine "qualifizierte" Belehrung erforderlich, welche allein den Zeugen umfassend in die Lage versetzt, über seine Aussagebereitschaft und deren mögliche Folgen für das spätere Verfahren zu entscheiden. Nur wenn diese Informationslage gegeben ist, ist eine Ausnahme von dem umfassenden Verwertungsverbot des § 252 StPO legitimiert. Diese Legitimation ergibt sich - entgegen der bisherigen Rechtsprechung - nicht schon aus dem Umstand, dass die Vernehmungsperson ein Richter (und kein Staatsanwalt oder Polizeibeamter) ist. Eine solche Differenzierung ist der Strafprozessordnung vielmehr fremd; sie ist § 252 StPO auch nicht ansatzweise zu entnehmen und nur deshalb vorgenommen worden, weil vor Einfügung des § 163a Abs. 5 StPO bei polizeilichen Vernehmungen überhaupt keine Belehrung stattfand.

a) Zu Recht hat der BGH vielfach auf die besondere Bedeutung der Belehrung des Zeugen für dessen Entscheidung hingewiesen, Angaben zu machen (BGH, Urteil vom 15. Januar 1952 - 1 StR 341/51, BGHSt 2, 99, 106; zur Bedeutung der Belehrung s. auch Senatsurteil vom 1. Juni 1956 - 2 StR 27/56, BGHSt 9, 195, 197; Senatsurteil vom 29. Juni 1983 - 2 StR 150/83, BGHSt 32, 25, 30 f.; so auch Diemer, aaO § 252 Rn. 28). Zu der erforderlichen umfassenden Information gehört aber nicht allein der Hinweis auf ein zum Zeitpunkt der Vernehmung bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch die Kenntnis über die verfahrensrechtlichen Konsequenzen einer gleichwohl bestehenden Aussagebereitschaft. Für nicht rechtskundige Zeugen liegt regelmäßig fern, sich zum Zeitpunkt einer Vernehmung im Ermittlungsverfahren von sich

aus Gedanken darüber zu machen, ob sie ihre Aussagebereitschaft auch später aufrechterhalten oder gegebenenfalls ändern wollen, wofür es eine Vielzahl anerkennenswerter und nicht zu überprüfender Gründe geben kann. Erst recht werden sie in der Regel nicht darüber nachdenken, ob die Konsequenzen ihrer aktuell bestehenden Aussagebereitschaft sich je nach der Person des Vernehmenden unterscheiden könnten.

Das Gewicht der von §§ 52, 252 StPO geschützten Interessen gebietet es vor diesem Hintergrund, einen aussagebereiten Zeugen auch darüber zu belehren, dass die Aussage nicht durch spätere Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts zurückgenommen werden kann. Geschieht dies - wie bisher - nicht, leidet der Entschluss des Zeugen an einem durchgreifenden Mangel (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juli 2007 - 1 StR 296/07, NStZ 2007, 712, 713, zur notwendigen Belehrung eines Zeugen, der Angaben in der Hauptverhandlung verweigern, aber der Verwertung zuvor gemachter polizeilicher Angaben zulassen möchte). Erst diese Belehrung bietet die sichere Grundlage für die Entscheidung des Zeugen und schärft seinen Blick auf die mögliche bestehende Konfliktsituation, die sonst oft erst unmittelbar vor und während der Hauptverhandlung erkenn- und spürbar wird (vgl. Eisenberg, NStZ 1988, 488, 489; so auch Sander/Cirener, aaO, § 252 Rn. 10).

b) Der Annahme einer qualifizierten Belehrungspflicht stehen die bisher dagegen vorgebrachten Erwägungen nicht entgegen.

aa) Dass es - worauf der 1. Strafsenat und der Sache nach auch der 4. Strafsenat in Ihren Antworten auf die Senatsanfrage hingewiesen haben - an einer gesetzlichen Grundlage hierfür fehle (BGH, Urteil vom 30. August 1984 - 4 StR 475/84, NStZ 1985, 36), ist zutreffend, schließt aber die Anerkennung einer Belehrungspflicht ersichtlich nicht aus. Denn es handelt sich um Erwägungen und Anforderungen im Bereich der ihrerseits nur richterrechtlich begründeten Ausnahme von dem gesetzlichen Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO. Es wäre offenkundig widersprüchlich, ungeschriebene Ausnahmen von einem Verwertungsverbot zuzulassen, für deren rechtsstaatliche Begrenzung aber eine gesetzliche Grundlage zu verlangen.

bb) Der Annahme einer qualifizierten Belehrungspflicht kann auch nicht entgegengehalten werden, der Zeuge sei angesichts des Verfahrensgangs ohnehin meist der Ansicht, dass mit der richterlichen Vernehmung seine Angaben

für eine spätere Hauptverhandlung gesichert werden sollen. Dieser Hinweis des 1., 4. und 5. Strafsenats ist unverständlich, denn er bestätigt einerseits gerade das Informationsgefälle zwischen verschiedenen Zeugen; andererseits könnte eine qualifizierte Belehrung über einen rechtlichen Umstand, den "die meisten" Zeugen sowieso schon kennen, auch keine Erschwerung der Wahrheitsfindung bewirken.

Fern liegend erschiene das Argument, eine qualifizierte Belehrung könne eine höhere Anzahl von Zeugen zur Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts veranlassen, als dies bei einer nur "einfachen" Belehrung der Fall ist, und daher der "Effektivität der Strafverfolgung" entgegenstehen. Denn die vom Senat für erforderlich gehaltene qualifizierte Belehrung gibt dem Zeugen kein Recht, welches er nicht schon hat. Sie erweitert nicht das Zeugnisverweigerungsrecht, sondern nur die Kenntnis der Zeugen vom Umfang ihrer prozessualen Rechte. Hierin kann per definitionem keine Gefahr für das rechtsstaatliche Strafverfahren und die Verwirklichung seiner Ziele liegen. Dass Verfahrensbeteiligte von den Rechten, die Ihnen das Gesetz gewährt, bei vollständiger Aufklärung über die Rechtslage häufiger Gebrauch machen als bei lückenhafter Information, ist kein schützenswertes Anliegen des Strafprozesses.

cc) Die Ansicht des Senats steht auch nicht in Widerspruch zu der - vom 4. Strafsenat zitierten Entscheidung des EGMR (NJW 2013, 3225), der sich dort - vor allem im Hinblick auf das Konfrontationsrecht des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK - mit der Verwertbarkeit der früheren richterlichen Vernehmung eines in der Hauptverhandlung die Aussage verweigernden Zeugen in Abwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers befasst. Es mag der Entscheidung - die sich dazu nicht ausdrücklich äußert - zu entnehmen sein, dass der Gerichtshof die Belehrung nicht als für ein faires Verfahren zwingend geboten erachtet. Die Gebotenheit der "qualifizierten" Belehrung ergibt sich aber nach Ansicht des Senats auch nicht aus dem fairen Verfahren, sondern, wie oben dargelegt, aus Grundrechten zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen.

dd) Soweit der Senat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1983 (Urteil vom 29. Juni 1983 - 2 StR 150/83, BGHSt 32, 25, 31 f.) die Ansicht vertreten hat, die Annahme einer Belehrungspflicht bei einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung sei deshalb nicht geboten, weil auch bei einer Vernehmung in der Hauptverhandlung kein Hinweis vonnöten sei, dass der in der Aussage liegende Verzicht auf ein Aussageverweigerungsrecht jederzeit, auch noch während laufender Vernehmung, widerrufen werden könne, hält er hieran nicht fest. Die Situation eines Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung dazu entschlossen hat, trotz Bestehen eines Aussageverweigerungsrechts Angaben zu machen, ist nicht mit der Lage vergleichbar, in der sich der Zeuge bei einer Vernehmung im Ermittlungsverfahren befindet.

ee) Soweit der 5. Strafsenat einer Änderung der Rechtsprechung namentlich im Hinblick auf "Altfälle" nicht zustimmen will, erscheint eine solche Einschränkung nicht überzeugend. Zum einen dürfte die Anzahl laufender Verfahren, in denen nicht belehrt worden ist und in denen es auf die Angabenzeugnisverweigerungsberechtigter verwandter Zeugen zum Tatnachweis ankommt, gering sein. Dies gilt umso mehr, als in manchen Gerichtsbezirken nach Bekanntwerden des Anfragebeschlusses vom 4. Juni 2014 bereits jetzt qualifizierte Belehrungen erteilt werden. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die fehlende "qualifizierte" Belehrung nur dann zu einem Beweisverwertungsverbot führen dürfte, wenn dem Zeugen die Folgen seiner Aussagebereitschaft tatsächlich nicht bekannt waren. Geht man mit dem 5. Strafsenat davon aus, dass die meisten Zeugen den Grund für die Durchführung einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung kennen, wäre jedenfalls in diesen Fällen ein Beweisverwertungsverbot ausgeschlossen.

III.

Auch die Sachrüge erscheint dem Senat erfolgversprechend.

Der Senat hat Bedenken hinsichtlich der Annahme des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe. Das Landgericht ist davon ausgegangen, das prägende Hauptmotiv der Tat sei die Eifersucht des Angeklagten und seine Weigerung gewesen, die Trennung von seiner Ehefrau zu akzeptieren; diese Motivation stehe sittlich auf niedrigster Stufe. Bei dieser Bewertung hat der Tatrichter das ambivalente Verhalten des Tatopfers zwar in den Blick genommen; die Begründung, mit welcher er es als unbeachtlich angesehen hat, erscheint aber bedenklich. Dass der Angeklagte, wie das Landgericht ausgeführt hat, "Handlungsalternativen" hatte und die Situation anders als durch Tötung seiner Ehefrau hätte lösen können, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

Dass der Senat insoweit die landgerichtliche Entscheidung aufheben könnte, ohne dass eine Klärung der vorgelegten Rechtsfrage notwendig wäre, ändert nichts an der Entscheidungserheblichkeit dieser Rechtsfrage als Voraussetzung der Divergenzvorlage. Eine allein auf die Sachrüge gestützte Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung würde unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung ohne Weiteres dazu führen, dass die Schwurgerichtskammer ihrer Entscheidung erneut die über die Vernehmung des Ermittlungsrichters in die Hauptverhandlung eingeführten Angaben der Tochter des Angeklagten zugrunde legen und sich damit aus der Sicht des Senats erneut rechtsfehlerhaft über die geschützten Interessen der Zeugin hinwegsetzen müsste.

## StPO § 261 Beobachtung des Angekl. in Hauptverhandlung durch abwesenden Sachverständigen

BGH, Beschl. v. 10.06.2015 - 1 StR 193/15

### Fall einer virtuellen „Ferndiagnose“ durch Sachverständigen zu §§ 20, 21 StGB

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Juni 2015 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 12. Januar 2015 im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in elf Fällen und Betrugs in 29 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Hiergegen richtet sich die mit einer Verfahrensrüge und der Sachbeschwerde begründete Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Die Verfahrensrüge der Verletzung des § 261 StPO greift durch und führt zur Aufhebung des Strafausspruches. Die Ausführungen der Strafkammer in der angefochtenen Entscheidung beruhen nicht auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung. Das Landgericht hat sich bei der Ablehnung der Voraussetzungen des § 21 StGB vor allem auf die gutachtlichen Äußerungen des Sachverständigen G. und dessen Eindruck vom Angeklagten in der Hauptverhandlung gestützt. Demgegenüber steht jedoch aufgrund des Sitzungsprotokolls, dessen Richtigkeit zudem von der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft bestätigt wurde, fest, dass der Sachverständige weder in der Hauptverhandlung anwesend war noch dessen Ausführungen in sonstiger Weise in die Hauptverhandlung eingeführt wurden. Auch wenn die Annahme verminderter Schuldfähigkeit fernliegend sein mag, kann der Senat dieses letztlich nicht völlig ausschließen. Demgegenüber ist auszuschließen, dass die Voraussetzungen des § 20 StGB in Betracht kommen könnten, weshalb die Aufhebung auf den Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen zu beschränken war. Die weitergehende Revision des Angeklagten ist unbegründet. Insoweit hat die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

## StPO § 344 Abs. 2 Satz 2; GG Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3; EMRK Art. 6 Abs. 1 - Tatprovokation

BGH, Beschl. v. 19.05.2015 - 1 StR 128/15

**LS: 1. Zu den Voraussetzungen einer konventionswidrigen polizeilichen Tatprovokation (Anschluss an BGHSt 47, 44 ff.).**

**2. Zu den Anforderungen an eine Verfahrensrüge, mit der eine (rechtsstaatswidrige) polizeiliche Tatprovokation gerügt werden soll.**

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 19. Mai 2015 gemäß § 349 Abs. 2 StPO beschlossen: Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 29. August 2014 wird verworfen. Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen vier Fällen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Außerdem hat es Verfall des Wertersatzes angeordnet. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit mehreren Verfahrensbeanstandungen und mit der Sachrüge. Das Rechtsmittel ist unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Der Erörterung bedarf lediglich das Folgende:

I. Ein die Verurteilung des Angeklagten ausschließendes, aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation resultierendes Verfahrenshindernis besteht nicht.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet ein aus einer solchen Tatprovokation folgender Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) grundsätzlich kein Verfahrenshindernis (BGH, Urteile vom 23. Mai 1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 350 ff.; vom 18. November 1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 324 ff.; vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 280 Rn. 37 mwN; vom 21. Oktober 2014 – 1 StR 78/14 Rn. 7; siehe auch BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34).

2. Der konkrete Fall weist keine Umstände auf, die ausnahmsweise im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK oder aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Verfahrenshindernis begründen könnten.

a) Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) legt Art. 6 Abs. 1 EMRK in ständiger Rechtsprechung dahingehend aus, dass bei einer – nach den vom Gerichtshof formulierten Voraussetzungen ("substantive test of incitement"; siehe EGMR, Urteil vom 4. November 2010 – 18757/06 "Bannikova vs. Russia" Rn. 37; Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 48 f. mwN) – gegen die genannte Vorschrift verstoßenden Tatprovokation durch die Polizei das öffentliche Interesse an der Bekämpfung schwerer Straftaten im Strafprozess nicht den Gebrauch von Beweismitteln rechtfertigen könne, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden (etwa EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034 "Teixeira de Castro vs. Portugal" Rn. 36 sowie EGMR, Urteile vom 5. Februar 2008 – 74420/01 "Ramanauskas vs. Lithuania" Rn. 54 mwN; vom 4. November 2010 – 18757/06 "Bannikova vs. Russia" Rn. 34; vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 47). Damit in solchen Fällen das Strafverfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK fair ist, müssten alle als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen werden oder aber ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen ("procedure with similar consequences") müsse greifen (siehe nur EGMR, Urteile vom 24. April 2014 – 6228/09 u.a. "Lagutin e.a. vs. Russia" Rn. 117 mwN; vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 64). Art. 6 Abs. 1 EMRK in der Auslegung durch den EGMR fordert daher bei einer konventionswidrigen Tatprovokation nicht die Annahme eines Verfahrenshindernisses (vgl. insoweit Sinn/Maly NStZ 2015, 379, 382). Zwar wird das Abstellen auf "ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen" auch die Begründung eines Verfahrenshindernisses umfassen (so offenbar BVerfG, [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 42). Der Gerichtshof hält aber selbst mehrere Wege für gangbar, um die Verfahrensfairness bei einer polizeilichen Tatprovokation zu gewährleisten. Im Übrigen muss das nationale Rechtssystem nicht zwingend dem dogmatischen Ansatz des EGMR folgen. Solange die von Art. 6 Abs. 1 EMRK an die Verfahrensfairness gestellten Anforderungen erfüllt werden, überlässt es der Gerichtshof den Gerichten der Vertragsstaaten zu entscheiden, wie die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK in das nationale Strafrechtssystem einzugliedern sind (BVerfG, [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 43).

b) Das Grundgesetz gebietet die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Konsequenz einer mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbaren Tatprovokation durch Polizeibeamte oder den Polizeibehörden zuzurechnende Personen ebenfalls nicht.

aa) Das Bundesverfassungsgericht erachtet eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren erst dann als gegeben, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfGE 64, 135, 145 f.; BVerfGE 122, 248, 272; BVerfGE 133, 168, 200). In die Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einzubeziehen (BVerfGE 122, 248, 272; BVerfGE 133, 168, 200 f.; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34). Denn der Rechtsstaat kann sich nur dann verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Strafe zugeführt werden (BVerfGE 46, 214, 222; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 32). Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht bislang offen gelassen, ob das Rechtsstaatsprinzip ein Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation gebieten kann (BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34 mit zahlr. Nachw.). Wenn ein daraus resultierendes Verfahrenshindernis überhaupt für möglich erachtet würde, könne ein solches lediglich in extremen Ausnahmefällen aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, weil dieses nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schütze (BVerfG aaO).

bb) Ein solcher "extremer Ausnahmefall" liegt hier jedenfalls nicht vor, ohne dass es darauf ankäme, dessen Voraussetzungen in den Einzelheiten zu bestimmen. Das Bundesverfassungsgericht hat angedeutet, tatprovokierendes Ver-

halten von Ermittlungsbehörden gegen einen (bis dahin) gänzlich Unverdächtigen, der lediglich "als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte", könnte möglicherweise ein solches Verfahrenshindernis begründen (BVerfG aaO Rn. 38). Unter Berücksichtigung dessen kommt ein Verfahrenshindernis vorliegend weder aufgrund der im angefochtenen Urteil festgestellten Umstände (nachfolgend Rn. 15 – 17) noch aufgrund der dem Senat ansonsten aus den Verfahrensakten und dem Vorbringen der Revision zugänglichen Informationen in Betracht.

(1) Nach den auf einem glaubhaften und durch weitere Beweise verifizierten Geständnis des Angeklagten (UA S. 24 f.) beruhenden Urteilsfeststellungen hatte dieser spätestens Mitte September 2013 gemeinsam mit dem nicht revidierenden Mitangeklagten T. beschlossen, zukünftig Betäubungsmittelgeschäfte durchzuführen, um sich durch die gewinnbringende Weiterveräußerung von Marihuanagemisch eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. Dabei sollte der über gute Kontakte zu Lieferanten von Betäubungsmitteln verfügende Mitangeklagte T. für den Bezug der Drogen und der Angeklagte für die Verkaufsgespräche mit potentiellen Abnehmern zuständig sein. Darüber hinaus wollten beide den bereits wegen Betäubungsmittelkriminalität mehrfach vorgeahndeten Mitangeklagten M. in ihren Betäubungsmittelhandel einbeziehen. Nach den Vorstellungen des Angeklagten und des Mitangeklagten T. sollte es sich zunächst um Geschäfte mit Marihuanagemisch von jeweils bis zu zwei Kilogramm bei einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 % Tetrahydrocannabinol (THC) handeln. Die Urteilsfeststellungen geben damit keinen Anhalt dafür, dass der Entschluss des Angeklagten, unerlaubt mit Betäubungsmitteln Handel zu treiben, auf eine polizeiliche Tatprovokation zurückgeht. Auch zu den einzelnen, den Angeklagten betreffenden verfahrensgegenständlichen Betäubungsmitteldelikten ergeben sich aus den Urteilsfeststellungen (UA S. 15 – 21) keinerlei Anhaltspunkte für einen "extremen Ausnahmefall" im Sinne des Bundesverfassungsgerichts. Zwar war in die Vermittlung der entsprechenden Drogengeschäfte jeweils eine unter dem Namen "H." auftretende polizeiliche Vertrauensperson involviert. Als sog. Scheinaufkäufer trat in allen Fällen der verdeckt unter dem Namen "A." operierende Zollbeamte E. auf. Die Geschäfte gingen aber sämtlich auf den bereits ohne polizeiliche Intervention gefassten Tatentschluss des Angeklagten zurück. Vor allem aber kann nicht die Rede davon sein, der Angeklagte habe lediglich "als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt". Im Gegenteil hat er selbst die Initiative ergriffen und auch nach Rückschlägen die Drogengeschäfte mit "H." und "A." fortgeführt. So hatte der Angeklagte bei der Tat II.12. der Urteilsgründe (UA S. 17 f.) nach Absprache mit T. unter Vermittlung der Vertrauensperson "H." bereits verbindlich den Verkauf von 2 Kilogramm Marihuanagemisch mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 % THC zu einem Preis von 7.200 Euro vereinbart. Nachdem T. den Verdacht hatte, es könne sich um ein polizeilich fingiertes Rauschgiftgeschäft handeln und er deshalb zu dessen Durchführung nicht mehr bereit war, musste der Angeklagte den Drogenverkauf zunächst absagen. Dem vereinbarungsgemäß erschienenen "H." und dem Verdeckten Ermittler E. bot der Angeklagte von sich aus an, die ihnen entstandenen Benzinkosten zu übernehmen und bei einem späteren Rauschgiftgeschäft zu verrechnen. Den wegen der verweigerten Mitwirkung T.s zunächst nicht vollzogenen Verkauf von Marihuanagemisch führte der Angeklagte dann knapp 14 Tage später mit dem weiteren Mitangeklagten M. durch (Tat II.13. der Urteilsgründe). Nachdem M. das Rauschgift beschafft hatte, brachte der Angeklagte "H." zu dem Versteck der Betäubungsmittel und nahm den vereinbarten Kaufpreis von dem Verdeckten Ermittler entgegen (UA S. 18 f.).

(2) Ein "Extremfall" tatprovokierenden Verhaltens der Ermittlungsbehörden liegt auch auf der Grundlage des Sachenvortrags in der von Rechtsanwalt Ma. gefertigten Revisionsbegründung nicht vor. Selbst wenn der Inhalt der von der Revision vorgelegten schriftlichen Einlassungen des Angeklagten über den Einsatz einer ersten, unter dem Namen "P." auftretenden polizeilichen Vertrauensperson, die über einen längeren Zeitraum den Angeklagten auf die Möglichkeit der Beschaffung von Marihuana angesprochen haben soll, als richtig unterstellt wird, ergibt sich daraus allenfalls die Einwirkung der Ermittlungsbehörden auf eine bis dahin noch unverdächtige Person. Umstände, die darauf hindeuten, dass der Angeklagte aufgrund eines den Strafverfolgungsorganen zurechenbaren Verhaltens bei der Begehung der Taten anschließend lediglich noch "als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte", ergeben sich daraus nicht. In seiner schriftlichen Erklärung behauptet der Angeklagte zwar eine Vielzahl von Kontakten zu "P." ("sicherlich zum zehnten Mal auf das Thema angesprochen"). Er führt jedoch selbst aus, es sei nie über Mengen, Preise oder sonstige Modalitäten gesprochen worden.

(3) Damit fehlen Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise zum Verfahrenshindernis führende polizeiliche Tatprovokation. Im Gegenteil enthalten die Ermittlungsakten Anhaltspunkte dafür, dass gegen den Angeklagten bereits ein Anfangsverdacht bestand, bevor eine polizeiliche Vertrauensperson Kontakt mit ihm aufgenommen hat (siehe Ermittlungsakten Band I Bl. 381). Der Senat war daher nicht zu weiterer freibeweislicher Aufklärung (vgl. BGH, Urteil vom



28. Juni 1961 – 2 StR 154/61, BGHSt 16, 164, 166 mwN; KK-StPO/Fischer, 7. Aufl., Einl. Rn. 415; Radtke in Radtke/Hohmann, StPO, Einl. Rn. 52 mwN) gedrängt.

II. Soweit die durch Rechtsanwalt Ma. begründete Revision dahin auszulegen (§ 300 StPO) wäre, dass der Angeklagte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG wegen polizeilicher Tatprovokation rügt, wäre die Rüge nicht im Sinne von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zulässig ausgeführt.

1. Nach dieser Vorschrift muss der Revisionsführer die Tatsachen, die den behaupteten Verfahrensmangel begründen, so vollständig und genau mitteilen, dass das Revisionsgericht aufgrund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (siehe nur BGH, Beschluss vom 11. März 2014 – 1 StR 711/13, Rn. 8 mwN). Die gesetzlichen Anforderungen an die Revisionsbegründung aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gelten auch bei einer (Verfahrens)Rüge der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG. Zwar hält der EGMR bei nicht völlig unplausiblen ("not wholly improbable") Vorwurf des Angeklagten einer Tatprovokation die Staatsanwaltschaft für verpflichtet, den Beweis des Fehlens einer solchen zu führen (EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 53). Die Berücksichtigung dieser offenbar durch Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK gewonnenen Rechtsprechung des EGMR führt jedoch nicht dazu, auf die Einhaltung von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO in der Begründungsschrift des Rechtsmittels zu verzichten oder die Anforderungen an den Tatsachenvortrag zu reduzieren. Angesichts des eindeutigen Wortlauts der auch in ihrer Auslegung durch den Bundesgerichtshof mit dem Grundgesetz vereinbaren Vorschrift (BVerfGE 112, 185, 209 f.) und ihres Zwecks, einer Überlastung der Revisionsgerichte vorzubeugen (BVerfG aaO; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 344 Rn. 32), besteht keine Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung, weil diese mit den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vereinbar wäre (zu diesem Kriterium BVerfGE 111, 307, 329; BVerfGE 128, 326, 371; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 41 aE mwN).

2. Die Revisionsbegründung trägt nicht diejenigen Tatsachen vollständig vor, derer es zur Prüfung durch den Senat bedarf.

a) Der Bundesgerichtshof nimmt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation dann an, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (BGH, Urteile vom 30. Mai 2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47; vom 18. November 1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 335). Ein tatprovokierender Lockspitzel ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht "unvertretbar übergewichtig" ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 279 Rn. 34 mwN). Spricht eine polizeiliche Vertrauensperson eine betroffene Person lediglich ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob diese Betäubungsmittel beschaffen könne, handelt es sich nicht um eine Tatprovokation. Ebenso fehlt es an einer Provokation, wenn die Vertrauensperson nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt (BGH, Urteile vom 30. Mai 2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47; vom 18. November 1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 338). Im Hinblick auf eine mögliche polizeiliche Tatprovokation aufgrund einer Intensivierung der Tatplanung hängt die Bewertung der Erheblichkeit der Einwirkung durch den polizeilichen Lockspitzel auch von dem zum Zeitpunkt der Einwirkung bereits bestehenden Tatverdacht ab. Je stärker der Verdacht ist, desto nachhaltiger wird auch die Stimulierung zur Tat sein dürfen, bevor die Schwelle zu einer Tatprovokation erreicht wird (BGH, Urteil vom 30. Mai 2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 49).

b) An diesen Kriterien hält der Senat unter gebotener Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR (dazu BVerfGE 111, 307, 323 ff.; BVerfGE 128, 326, 371; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 41) zu den Voraussetzungen der mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbaren polizeilichen Provokation fest. Der Gerichtshof stellt für die materiell-rechtliche Prüfung des Vorliegens einer solchen Provokation ("substantive test of incitement"; siehe EGMR, Urteil vom 4. November 2010 – 18757/06 "Bannikova vs. Russia" Rn. 37) darauf ab, dass sich die beteiligten Polizeibeamten nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass diese zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie andernfalls nicht begangen hätte. Der Zweck des polizeilichen Handelns liege bei der Provokation darin, durch Beweiserbringung und Einleitung eines Strafverfahrens die Feststellung einer Straftat zu ermöglichen (EGMR aaO Rn. 37;

EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 48 mwN). In die Prüfung der materiellen Voraussetzungen einer Tatprovokation bezieht der EMGR u.a. ein, dass die Strafverfolgungsbehörden keinen Grund hatten, eine Person der Beteiligung an Betäubungsmittelstraftaten zu verdächtigen, wenn diese nicht vorbestraft war, (noch) kein Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet war und keine Anhaltspunkte für eine Tatgeneigtheit vor der Kontaktaufnahme vorlagen (so bereits EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034 "Teixeira de Castro vs. Portugal" Rn. 38 sowie EGMR, Urteil vom 4. November 2010 – 18757/06 "Bannikova vs. Russia" Rn. 39 und Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 51 jeweils mwN). Als Subkriterien für das Vorhandensein bestehender krimineller Tätigkeit oder Tatgeneigtheit hält der Gerichtshof nach Maßgabe des konkreten Einzelfalls u.a. die Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen von Betäubungsmitteln, dessen Fähigkeit, solche kurzfristig zu beschaffen, sowie seine Gewinnbeteiligung für bedeutsam (EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 51 mwN). Zudem komme es für die Abgrenzung zwischen einer rechtmäßigen Infiltrierung ("legitimate infiltration") und einer Provokation auf den auf den Betroffenen seitens der Strafverfolgungsbehörden ausgeübten Druck an (EGMR aaO Rn. 52). Die die Rechtsprechung des EGMR in der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK prägenden Voraussetzungen der Tatprovokation werden in der Judikatur des Bundesgerichtshofs (oben Rn. 24 und 25) abgebildet. Maßgeblich ist jeweils vor allem das Vorhandensein einer Tatgeneigtheit, das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Tatverdachts gegen den Betroffenen sowie die Art und die Intensität der dem Staat zurechenbaren Einwirkung auf diesen.

c) Um das Revisionsgericht in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen einer mit Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbaren Tatprovokation prüfen zu können, bedarf es des Vortrags der entsprechenden Tatsachen aus dem Verlauf des Ermittlungsverfahrens. Wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, hätte die Revision dazu auf der Grundlage des ihr zugänglichen Inhalts der Verfahrensakten Umstände vortragen müssen, anhand derer der Senat wenigstens das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anfangsverdachts gegen den Angeklagten sowie eine bei ihm vorhandene Tatgeneigtheit hätte beurteilen können. Daran fehlt es. Der Verweis auf den Inhalt der von Rechtsanwalt Ma. verlesenen beiden schriftlichen Erklärungen des Angeklagten genügt dafür ersichtlich nicht. Zu in den Verfahrensakten vorhandenen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer die Tatprovokation (in dem zuvor genannten Sinne) ausschließenden Tatgeneigtheit des Angeklagten und eines Anfangsverdachts gegen ihn vor Beginn der Kontaktaufnahme durch eine polizeiliche Vertrauensperson verhält sich die Revisionsbegründung nicht. Solcher Vortrag war aber gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erforderlich. Denn die Feststellungen des Urteils (oben Rn. 15 – 17) selbst schließen eine Tatprovokation aus. Danach hatte der Angeklagte bereits vor dem ersten Kontakt mit der Vertrauensperson "H. " gemeinsam mit dem Mitangeklagten T. den Entschluss gefasst, gewinnbringende Betäubungsmittelgeschäfte mit Marihuanagemisch im Kilogramm Bereich zu tätigen.

3. Angesichts der Unzulässigkeit der Rüge kann offen bleiben, ob es der zusätzlichen Erhebung einer Aufklärungsrüge bedurft hätte, die auf die unterbliebene Aufklärung solcher Umstände abzielt, die zur Beurteilung der Voraussetzungen einer polizeilichen Tatprovokation erforderlich sind.

III. Die durch den Verteidiger, Rechtsanwalt Ma., erhobene Rüge der Verletzung von § 261 StPO, weil der Angeklagte sich in der Hauptverhandlung wesentlich umfangreicher eingelassen habe, als seitens des Gerichts gewürdigt worden sei, bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

1. Dem Senat ist im Revisionsverfahren die Prüfung verwehrt, ob die im angefochtenen Urteil erfolgte Darstellung der Einlassung des Angeklagten (UA S. 25) die in der Hauptverhandlung erfolgte Einlassung inhaltlich zutreffend wiedergibt. Ohne eine solche Prüfung kann durch das Revisionsgericht ein auf einer unzureichenden Würdigung der Einlassung beruhender Verstoß gegen § 261 StPO (vgl. LR/Sander, StPO, 26. Aufl., Band 6/2 § 261 Rn. 74 mwN) aber nicht beurteilt werden (siehe nur BGH, Beschluss vom 14. August 2003 – 3 StR 17/03, NStZ 2004, 163 Rn. 2).

2. Die Revision verkennt, dass nicht der Inhalt der von ihr vorgetragenen schriftlichen Erklärungen Gegenstand der Hauptverhandlung geworden ist, sondern lediglich der mündliche Vortrag (BGH aaO; siehe auch KK-StPO/Schneider aaO § 243 Rn. 57 mwN). Bereits nach dem eigenen Vorbringen der Revision sind die in der Revisionsbegründung wiedergegebenen schriftlichen "Einlassungen" des Angeklagten in der Hauptverhandlung vom 8. Juli 2014 durch dessen Verteidiger, Rechtsanwalt Ma., verlesen worden und anschließend dem Gericht übergeben worden. Damit handelt es sich nicht um einen Urkundenbeweis mit der Konsequenz, dass auch der Wortlaut der verlesenen Schriftstücke nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist (BGH aaO; BGH, Beschluss vom 10. November 2008 – 3 StR 390/08, NStZ 2009, 173; siehe auch bereits BGH, Urteil vom 3. Juli 1991 – 2 StR 45/91, BGHSt 38, 14, 16). Gegenstand der Hauptverhandlung sind lediglich der mündliche Vortrag sowie etwaige mündliche Erklärungen des Angeklagten dazu, etwa dass er sich den Inhalt zu Eigen mache, geworden. Diesen Inhalt der Hauptverhandlung kann das Revisionsgericht

aber gerade nicht rekonstruieren (BGH, Beschluss vom 14. August 2003 – 3 StR 17/03, NStZ 2004, 163, 164 Rn. 3; Park StV 2001, 589, 592; KK-StPO/Schneider aaO § 243 Rn. 57). Gleiches gilt auch für die ergänzende schriftliche Erklärung des Angeklagten, die nach dem Revisionsvorbringen wiederum Rechtsanwalt Ma. in der Hauptverhandlung vom 29. August 2014 verlesen hat.

3. Es bestand auch keine Verpflichtung des Landgerichts die schriftlichen Erklärungen als Anlage zum Protokoll zu nehmen (BGH, Beschluss vom 10. November 2008 – 3 StR 390/08, NStZ 2009, 173). Gemäß § 273 Abs. 1 Satz 1 StPO ist lediglich der Umstand, dass der Angeklagte sich zur Sache eingelassen hat (vgl. § 243 Abs. 5 Satz 2 StPO), als wesentliche Förmlichkeit in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen. Der Inhalt seiner Einlassung ist dagegen gerade keine wesentliche Verfahrensförmlichkeit. Selbst eine unnötigerweise erfolgende Entgegennahme einer durch den Verteidiger verlesenen schriftlichen Erklärung und deren Hinzufügung als Anlage zum Hauptverhandlungsprotokoll machte die Erklärung nicht zu dessen Bestandteil (BGH aaO).

IV. Die sachlich-rechtliche Prüfung des Urteils hat weder zum Schuld- noch zum Strafausspruch einen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. Das Landgericht hat bei der Strafzumessung zugunsten des Angeklagten bedacht, dass die polizeiliche Vertrauensperson zu der Begehung der Betäubungsmittelstraftaten beigetragen hat. Eine weitergehende Berücksichtigung war nicht veranlasst. Nach den rechtsfehlerfreien Urteilsfeststellungen lagen die Voraussetzungen einer konventions- bzw. rechtsstaatswidrigen Tatprovokation nicht vor (oben Rn. 15 – 17).

## StGB § 339 - "Sperrwirkung" des Rechtsbeugungstatbestandes

BGH, Beschl. v. 13.05.2015 – 3 StR 498/14

**1. § 339 StGB erfasst nur den Rechtsbruch als elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege, bei dem sich der Amtsträger bewusst in schwerwiegender Weise zugunsten oder zum Nachteil einer Partei vom Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an seinen eigenen Maßstäben ausrichtet.**

### **2. Zur "Sperrwirkung" des Rechtsbeugungstatbestandes.**

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 5. März 2015 in der Sitzung am 13. Mai 2015 für Recht erkannt: Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 24. Juni 2014 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine Strafkammer des Landgerichts Mainz zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf der Urkundenfälschung aus Rechtsgründen freigesprochen. Hiergegen wendet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

a) Der Angeklagte war als Strafrichter für die Verhandlung und Entscheidung der Strafsache gegen Thomas W. wegen Fahrens ohne Versicherungsschutz zuständig. In der Hauptverhandlung beantragte die Staatsanwaltschaft eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 25 €. Der Angeklagte verurteilte Thomas W. abweichend hiervon zu einer Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu je 15 € und bewilligte ihm deren Zahlung in monatlichen Raten zu je 15 €. Die Formel dieser Entscheidung hatte er vor der Verkündung auf dem rückwärtigen Einband der Sachakte schriftlich niedergelegt. Auf die Berufung der Staatsanwaltschaft, deren Grund er zutreffend in der danach notwendigen Dauer der Vollstreckung vermutete, entschloss er sich, die Höhe der bewilligten Raten "informell" zu erhöhen und so eine Zurücknahme des Rechtsmittels zu erreichen. Hierzu änderte der Angeklagte zunächst im Entwurf des Hauptverhandlungsprotokolls vor dessen Fertigstellung die gemäß Banddiktat dort ausgewiesene Urteilsformel durch Überschreiben der Zahl "1" dahin ab, dass eine Zahlung der Geldstrafe in monatlichen Raten zu je 25 € bewilligt wird. Mit entsprechendem Inhalt setzte er die schriftliche Urteilskunde ab. Zur Vermeidung von Widersprüchen änderte er schließlich auch in der auf dem Akteneinband niedergelegten Urteilsformel zur Höhe der bewilligten Raten die Zahl "1" durch Überschreiben in "2". Das Berufungsgericht beließ es bei der ausgesprochenen Geldstrafe und der Bewilligung von Ratenzahlungen, setzte aber die Höhe der Raten auf 32 € monatlich fest.

b) Das Landgericht ist der Ansicht, der Angeklagte habe zwar mit der festgestellten Veränderung der auf dem Akteneinband fixierten Urteilsformel eine Urkundenfälschung unter Missbrauch seiner Stellung als Amtsträger begangen. Seiner Verurteilung deswegen stehe jedoch entgegen, dass er insoweit bei der Leitung einer Rechtssache tätig geworden sei, ohne dabei aber einen elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege begangen zu haben. Er könne daher nicht wegen Rechtsbeugung (§ 339 StGB) verurteilt werden. Damit scheidet aber auch ein Schuldspruch wegen Urkundenfälschung aus, denn die Nichterfüllung des Tatbestands der Rechtsbeugung entfalte eine Sperrwirkung dahin, dass der Angeklagte wegen desselben Sachverhalts auch nicht nach einer anderen Strafvorschrift verurteilt werden könne.

2. Der Freispruch hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Zutreffend sieht das Landgericht in der nachträglichen Abänderung der auf dem Akteneinband niedergelegten Urteilsformel tatbestandsmäßig eine Urkundenfälschung unter Missbrauch einer Stellung als Amtsträger (§ 267 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 4, § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB). Nicht nur das Protokoll, sondern auch die von § 268 Abs. 2 Satz 1 StPO geforderte Niederschrift der Urteilsformel ist dazu geeignet und bestimmt, die inhaltliche Übereinstimmung der durch Verlesen verkündeten mit der im schriftlichen Urteil ausgewiesenen Entscheidung zu sichern (KK-Kuckein, StPO, 7. Aufl., § 268 Rn. 3). Bereits mit der Urteilsverkündung und jedenfalls bis zur Fertigstellung eines mangelfreien Protokolls (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Mai 2001 - 2 StR 42/01 bei Becker, NSTZ-RR 2002, 97, 100) erlangt die Niederschrift Beweiskraft für den Inhalt der verlesenen Formel. Mit dem Zeitpunkt der Urteilsverkündung ist sie deshalb auch der Abänderung durch den erkennenden Richter entzogen (LR/Stuckenberg, StPO, 26. Aufl., § 268 Rn. 22; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 268 Rn. 4).

b) Rechtsfehlerfrei geht das Landgericht auch davon aus, dass das Handeln des Angeklagten nicht den Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) erfüllt.

aa) Zwar wurde der Angeklagte, als er die niedergeschriebene und so verlesene Urteilsformel nachträglich abänderte, bei der Leitung einer Rechts-sache tätig.

Unter "Rechtssache" im Sinne des § 339 StGB ist das gesamte streitige Verhältnis zu verstehen, über das der Richter zu "entscheiden" hat; die "Leitung" der Rechtssache ist der Inbegriff aller Maßnahmen, die auf die Erledigung der Sache abzielen (BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - 4 StR 84/13, NSTZ 2013, 655, 656 mwN). Im Hauptverfahren in Strafsachen übt der Richter danach auch über die mündliche Urteilsverkündung hinaus Tätigkeiten aus, welche die Leitung und Entscheidung einer Rechtssache zum Gegenstand haben. Die Urteilsverkündung beendet das Verfahren nicht, denn es bleibt die Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe, die zu den originären Aufgaben des erkennenden Richters zählt und die die künftige Entscheidung des Rechtsmittelgerichts zu Gunsten oder zum Nachteil des Angeklagten beeinflussen kann (BGH aaO). Nichts anderes kann für die Fertigstellung des Hauptverhandlungsprotokolls durch den Vorsitzenden gelten. Nicht (mehr) bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache im Sinne des § 339 StGB handelt der Richter erst dann, wenn ein innerer funktionaler Zusammenhang der den strafrechtlichen Vorwurf begründenden Verhaltensweise mit der Förderung der Sache fehlt und diese deshalb objektiv nicht mehr als ein auf seiner Leitungs- oder Entscheidungskompetenz beruhendes Handeln erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 1984 - 3 StR 102/84, BGHSt 32, 357, 364 f.; OLG Naumburg, Beschluss vom 23. April 2012 - 1 Ws 48/12, NSTZ 2013, 533, 535; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 9. Dezember 2003 - 3 Ws 174/03, NJW 2004, 1469, 1470; S/S-Heine/Hecker, StGB, 29. Aufl., § 339 Rn. 17; MüKoStGB/Uebele, 2. Aufl., § 339 Rn. 73; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 339 Rn. 11).

Nach diesen Maßstäben handelte der Angeklagte, als er die auf dem Akteneinband niedergelegte Urteilsformel nachträglich abänderte, noch bei der Leitung der Strafsache gegen Thomas W. Zwar verfolgte er damit unmittelbar nur das Ziel, im Nachhinein über den wahren Inhalt einer von ihm bereits getroffenen und verkündeten Entscheidung zu täuschen. Jedoch wollte er durch sein Vorgehen zugleich auch nach außen hin eine vorgebliche Tatsachengrundlage für die weitere prozessordnungswidrige Behandlung und Erledigung der Sache schaffen. Die Fälschung stand nach der ihr vom Angeklagten zugedachten Zweckrichtung in engem und untrennbarem Zusammenhang sowohl mit der Herstellung der schriftlichen Urteilsurkunde als auch mit der Fertigstellung des Hauptverhandlungsprotokolls. Sie sollte deren inhaltliche Unrichtigkeit verschleiern und so die Entscheidung der Staatsanwaltschaft und gegebenenfalls des Rechtsmittelgerichts beeinflussen.

bb) Nichts zu erinnern ist aber auch gegen die Bewertung des Landgerichts, dass sich der Angeklagte dadurch keiner Beugung des Rechts schuldig gemacht hat.

Rechtsbeugung kann zwar auch durch Verletzung von Verfahrensrecht begangen werden (BGH, Urteile vom 29. Oktober 1992 - 4 StR 353/92, BGHSt 38, 381, 383; vom 5. Dezember 1996 - 1 StR 376/96, BGHSt 42, 343). Nicht jede unrichtige Rechtsanwendung oder jeder Ermessensfehler ist jedoch bereits eine Beugung des Rechts. Vielmehr indizieren die Einordnung der Rechtsbeugung als Verbrechenstatbestand und die gemäß § 24 Nr. 1 DRiG, § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BeamStG im Falle einer Verurteilung kraft Gesetzes eintretende Beendigung des Richter- oder Beamtenverhältnisses die Schwere des Unwerturteils (BGH, Urteile vom 29. Oktober 1992 - 4 StR 353/92, BGHSt 38, 381, 383; vom 29. Oktober 2009 - 4 StR 97/09, NStZ-RR 2010, 310; vom 18. Juli 2013 - 4 StR 84/13, NStZ 2013, 655, 656). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfasst § 339 StGB deshalb nur den Rechtsbruch als elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege, bei dem sich der Amtsträger bewusst in schwerwiegender Weise zugunsten oder zum Nachteil einer Partei vom Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an seinen eigenen Maßstäben ausrichtet (vgl. nur BGH, Urteile vom 9. Mai 1994 - 5 StR 354/93, BGHSt 40, 169, 178; vom 6. Oktober 1994 - 4 StR 23/94, BGHSt 40, 272, 283; vom 20. September 2000 - 2 StR 276/00, NStZ-RR 2001, 243, 244; Beschluss vom 7. Juli 2010 - 5 StR 555/09, wistra 2011, 32, 35). Insoweit enthält das Tatbestandsmerkmal "Beugung des Rechts" ein normatives Element, dem die Funktion eines wesentlichen Regulativs zukommt (grundlegend hierzu BGH, Urteil vom 23. Mai 1984 - 3 StR 102/84, BGHSt 32, 357, 364, mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien). Ob ein elementarer Rechtsverstoß vorliegt, ist auf der Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände zu entscheiden. Bei einem Verstoß gegen Verfahrensrecht kann neben dessen Ausmaß und Schwere insbesondere auch Bedeutung erlangen, welche Folgen dieser für die Partei hatte, inwieweit die Entscheidung materiell rechtskonform blieb und von welchen Motiven sich der Richter leiten ließ (vgl. BGH, Urteile vom 5. Dezember 1996 - 1 StR 376/96, BGHSt 42, 343; vom 20. September 2000 - 2 StR 276/00, NStZ-RR 2001, 243, 244; vom 18. Juli 2013 - 4 StR 84/13, NStZ 2013, 655, 656; Beschluss vom 24. Juni 2009 - 1 StR 201/09, NStZ 2010, 92).

Nach diesen Maßstäben ist das Landgericht ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Angeklagten kein elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege zur Last fällt. Zwar erschöpfte sich das Handeln des Angeklagten nicht allein in einer Zuwiderhandlung gegen Vorschriften des gerichtlichen Verfahrens; vielmehr beging er durch die Fälschung der Urteilsformel zugleich eine Straftat. Der so indizierte Schwere des Rechtsverstoßes steht jedoch gegenüber, dass sich das Vorgehen des Angeklagten schon objektiv nicht auf den Kern der Verurteilung des W. bezog, sondern lediglich auf die Höhe der ihm für die Bezahlung der verhängten Geldstrafe bewilligten Raten. In subjektiver Hinsicht kommt hinzu, dass der Angeklagte ausschließlich handelte, um einen von ihm erkannten offensichtlichen Fehlgriff zugunsten des W. bei der Bemessung der Höhe der Raten rückgängig zu machen. In der Gesamtschau rechtfertigt dies nicht eine Bewertung des Tatgeschehens dahin, dass sich der Angeklagte bewusst in schwerwiegender Weise zum Nachteil des W. vom Gesetz entfernt habe. Soweit der Bundesgerichtshof im Urteil vom 18. Juli 2013 (4 StR 84/13, NStZ 2013, 655) in einer Urkundenfälschung des Richters bei der Leitung und Entscheidung der Rechtssache zugleich einen elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege gesehen hat, kam den dort zu beurteilenden Sachverhalten ungleich schwereres Gewicht zu. Der Entscheidung lag zu Grunde, dass der Angeklagte wiederholt Urteile in Strafsachen, die keine auch nur entfernt ausreichenden Feststellungen zur Sache und keine Beweiswürdigung enthielten und auf denen bereits der Eingangsvermerk der Geschäftsstelle angebracht war, nach Ablauf der Urteilsabsetzungsfrist heimlich ergänzte. Sein Vorgehen diente damit der wirksamen Vereitelung

von Angriffen auf die Verurteilung insgesamt, denen nach § 338 Nr. 7 StPO ohne Weiteres Erfolg beschieden gewesen wäre.

c) Auf durchgreifende Bedenken stößt indes die Auffassung des Landgerichts, einer Bestrafung des Angeklagten wegen der festgestellten Urkundenfälschung unter Missbrauch einer Stellung als Amtsträger (§ 267 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 4 StGB) stehe infolgedessen die sog. Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestands entgegen.

Die dem Tatbestand der Rechtsbeugung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zukommende Sperrwirkung gegen eine Verurteilung nach anderen Strafvorschriften dient in erster Linie der persönlichen Unabhängigkeit des Richters (BGH, Urteil vom 7. Dezember 1956 - 1 StR 56/56, BGHSt 10, 294, 298; vgl. auch BGH, Urteil vom 29. Mai 1952 - 2 StR 45/50, MDR 1952, 693, 695). Sie soll seine Entscheidungsfreiheit sichern und ihn von dem Risiko freistellen, dass Entscheidungen, Anordnungen oder Maßnahmen der Verhandlungsleitung, zu denen er aufgrund seiner Rechtsgewährungspflicht von Gesetzes wegen gehalten ist, die aber nach ihrem Inhalt oder nach ihren Auswirkungen den Tatbestand eines allgemeinen Strafgesetzes erfüllen können, so etwa den der Strafv ereitelung, der Verfolgung Unschuldiger, der Freiheitsberaubung oder der Nötigung, nachträglich und außerhalb des Instanzenzugs nochmals zur Überprüfung gestellt werden mit dem Ziel, ihn strafrechtlich oder zivilrechtlich (vgl. § 839 Abs. 2 BGB) hierfür zur Verantwortung zu ziehen.

Diese Rechtsprechung hat ihren Ausgangspunkt insbesondere darin, dass nach herrschender Meinung zur früheren Gesetzeslage (§ 336 StGB vor der Neufassung durch Art. 19 Nr. 188 EGStGB vom 2. März 1974, BGBl. I 469, 497) einem Richter der Vorwurf der Rechtsbeugung nur bei einem direkt vorsätzlichen Rechtsverstoß gemacht werden konnte. Vor diesem Hintergrund sollte durch die Sperrwirkung zuvörderst verhindert werden, dass ein Richter, dem keine direkt vorsätzliche Rechtsverletzung angelastet werden kann, wegen einer durch seine Entscheidung bedingt vorsätzlich oder auch nur fahrlässig begangenen Verwirklichung eines anderen Straftatbestandes zur Verantwortung gezogen wird.

All dies ist auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht übertragbar. Indem der Gesetzgeber mit der Neufassung des Rechtsbeugungstatbestandes durch das EGStGB vom 2. März 1974 klargestellt hat, dass für die subjektive Tatseite der Rechtsbeugung auch bedingter Vorsatz ausreicht (vgl. LK/Hilgendorf, StGB, 12. Aufl., § 339 Entstehungsgeschichte Rn. 86 mwN), ist ein Begründungsansatz für die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes bereits weitgehend obsolet geworden; denn damit bleiben die Anforderungen an die subjektive Tatseite der denkbaren Strafvorschriften, die nach heutiger Gesetzeslage durch eine richterliche Entscheidung neben § 339 StGB verletzt werden können, nicht mehr hinter diejenigen des Rechtsbeugungstatbestandes zurück. Vor allem aber fordert es die verfassungsrechtlich gewährleistete richterliche Unabhängigkeit nicht, das Haftungsprivileg auch auf ein Handeln des Richters zu erstrecken, das nicht erst im Zusammenhang mit einer nach außen hin zu treffenden Entscheidung, Anordnung oder Maßnahme der Verhandlungsleitung zur Erfüllung eines Straftatbestandes führt, sondern - wie hier - bereits für sich alleine gegen Strafgesetze verstößt (dem zuneigend bereits BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - 4 StR 84/13, NStZ 2013, 655, 657).

3. Die danach veranlasste Aufhebung des freisprechenden Urteils ist auch auf die für sich gesehen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zu erstrecken, denn der freigesprochene Angeklagte konnte gegen diese kein Rechtsmittel einlegen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - 4 StR 84/13, NStZ 2013, 655, 657 mwN). Die Sache bedarf deshalb insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat macht von der Möglichkeit der Zurückverweisung an ein anderes Gericht Gebrauch (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO).

4. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das Handeln des Angeklagten nicht auch den Tatbestand der Falschbeurkundung im Amt (§ 348 Abs. 1 StGB) erfüllt. Insbesondere stellt das Hauptverhandlungsprotokoll keine öffentliche Urkunde dar (vgl. Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 215; Knauer NSTZ 2013, 433, 435).