

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 8/2004
5. Jahrgang

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

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

Publikationen

Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Bucerius Law School) – **Herkunftslandprinzip und internationales Strafrecht**

Ulf Buermeyer, Leipzig/Berlin – **Der strafrechtliche Schutz drahtloser Computernetzwerke (WLANs)**

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

Entscheidungen

- | | |
|--------|--|
| EGMR | Taylor-Sabori v. UK – Schutz moderner Telekommunikation (pager) |
| EGMR | Atik v. Germany – Schutz des freien Verteidigerverkehrs gg. V-Mann-Einsätze |
| BVerfG | Erfolgreiche Richtervorlage zur Revision der „Cannabis“-Entscheidung |
| BVerfG | Gebot der teleologischen Reduktion des Rechtsberatungsgesetzes |
| BGH | Einwilligung und Sittenwidrigkeit bei sadomasochistischen Praktiken |
| BGH | Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen zum Rechtsmittelverzicht |
| BGH | Zur Reichweite der Divergenzen der BGH-Rechtsprechung hinsichtlich der Anwendung der §§ 21, 49 StGB bei verschuldeter Trunkenheit |
| BGH | Gewerbsmäßiger Bandenbetrug bei gleichartiger Tateinheit |
| BGH | Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Absprache |
| BGH | Revisionsteilentscheidung zur Verfahrensbeschleunigung |
| BGH | Gesetzlicher Richter bei Erlass eines kammerinternen Geschäftsverteilungsplanes |

SCHRIFTFLEITUNG
Wiss. Assistent Karsten Gaede
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION
Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Die Ausgabe umfasst insgesamt 81 Entscheidungen.

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Bucerius Law School Hamburg); Wiss. Mit. Tilo Mühlbauer (Dresden / Zürich); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

HRRS HRR-Strafrecht

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLEITUNG

Wiss. Assistent Karsten Gaede
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Bucerius Law School Hamburg); Wiss. Mit. *Tilo Mühlbauer* (Dresden/Zürich); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

5. Jahrgang, August 2004, Ausgabe **8**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

609. EGMR (Nr. 47114/99) – Urteil vom 22. Oktober 2002 (Taylor-Sabori v. United Kingdom)

Recht auf Achtung des Privatlebens und der vertraulichen Korrespondenz (Telekommunikationsüberwachung; gesetzliche Grundlage; Schutz bei modernen Formen der Individualkommunikation: hier pager-Systemen); Recht auf eine Beschwerde im nationalen Recht (Befassung mit der Substanz der Beschwerde; Möglichkeit einer angemessenen Abhilfe und Auseinandersetzung mit der Konventionsbeschwerde bei ungesetzlichen Strafverfolgungseingriffen; Ungenügen eines etwaigen Ausschlusses von Beweismitteln; Inkorporation der EMRK).

Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 100a StPO

1. Auch die staatliche Überwachung eines pager-Systems greift in Art. 8 EMRK (Recht auf Privatleben und vertrauliche Korrespondenz) ein. Die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs setzt mindestens eine gesetzliche Grundlage im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK voraus. Im Kontext der geheimen Überwachung durch staatliche Stellen muss das nationale Recht einen Schutz gegen willkürliche Eingriffe in das Individualrecht des Art. 8 EMRK vorsehen. Das Gesetz muss hinreichend bestimmt sein, um dem Einzelnen adäquat die Umstände und Bedingungen zu beschreiben, unter denen staatliche

Stellen zu geheimen Überwachungsmaßnahmen greifen dürfen.

2. Art. 13 EMRK garantiert einen nationalen Rechtsbehelf zur Durchsetzung der Substanz der Konventionsrechte und Konventionsfreiheiten. Die Form des Rechtsbehelfs ist den nationalen Rechtsordnungen nicht vorgegeben. Entscheidend ist, dass der Rechtsbehelf den zuständigen nationalen Stellen eine Befassung mit der Substanz der relevanten Konventionsbeschwerde ermöglicht und eine angemessene Abhilfe herbeiführen kann. Eine Inkorporation der EMRK ist hierfür nicht zwingend erforderlich.

3. Der von Art. 13 EMRK gewährte Rechtsschutz wird bei geheimen Überwachungsmethoden im Rahmen der Strafverfolgung nicht bereits dadurch gewährt, dass eine Möglichkeit besteht, im Wege der Abwägung eine Verwertung der durch die Überwachung gewonnenen Beweismittel auszuschließen.

610. EGMR (Nr. 67500/01) – Entscheidung vom 13. Mai 2004 (Atik v. Germany)

Recht auf faires Verfahren: freier Verkehr mit dem Verteidiger (Gesamtbetrachtung; Überwachungsfreiheit und wirksame Verteidigung; Kontaktaufnahme eines V-Mannes, eines verdeckten Ermittlers mit dem

Verteidiger; Bedeutung der etwaigen Informationserlangung bzw. der belastenden Informationsverwertung); Erschöpfung des Rechtsweges.

1. Die Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 EMRK repräsentieren einzelne Bestandteile des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK.

2. Das Recht des Angeklagten, mit seinem Verteidiger unüberwacht zu kommunizieren zu können, stellt ein grundlegendes Erfordernis eines fairen Strafverfahrens dar, das aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK abzuleiten ist. Wäre der Verteidiger nicht im Stande, unüberwacht mit seinem Mandanten zu kommunizieren und von diesem vertrauliche Instruktionen zu erhalten, würde der Verteidigerbeistand viel von seinem Nutzen verlieren, obgleich die Konvention gerade darauf abzielt, praktisch wirksame Rechte zu gewähren.

3. Der Einsatz eines V-Mannes, der seine rechtlich bestehenden Einsatzgrenzen überschreitet und mit dem Anwalt des späteren Beschuldigten in eigener Initiative persönlich Kontakt aufnimmt, berührt den von Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gewährten Schutzbereich und kann zu Verletzungen der Konvention führen. Zu einem Einzelfall, in dem eine Verletzung verneint wurde, weil der V-Mann in keiner Weise verfahrensrelevante Informationen erlangt hat, in keiner Weise derartige Informationen zum Nachteil des Beschuldigten verwertet worden sind.

611. BVerfG 2 BvL 8/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2004 (AG Bernau)

Richtervorlage zum Bundesverfassungsgericht; allgemeine Darlegungsanforderungen (Entscheidungserheblichkeit; Auseinandersetzung mit Rechtslage, Rechtsprechung und Literatur; Darlegung des vermeintlich verletzten verfassungsrechtlichen Grundsatzes); besondere Darlegungsanforderungen bei einer erneuten Vorlage (Auseinandersetzung mit dem Standpunkt des BVerfG; Darlegung neuer Tatsachen); Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts; Cannabiskonsum (neuere wissenschaftliche Forschung; Fortbestehen nicht unbedeutender Gefahren und Risiken); Drogen (Ungleichbehandlung von Alkohol und Cannabis); legitimer gesetzgeberischer Zweck (Schutz der Volksgesundheit, der Familie, der Jugend; Gefährlichkeit); Absehen von Strafe bei geringen Mengen zum Eigenkonsum (Verhältnismäßigkeit; Übermaßverbot; Schuldgrundsatz); Gesetzmäßigkeitsprinzip (Bestimmtheitsgrundsatz).

Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG; § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; Art. 8 EMRK; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BtMG; Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG

1. Eine Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ist nur dann zulässig, wenn das vorliegende Gericht ausführt, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der zur Prüfung gestellten Rechtsvor-

schriften abhängt, die Vorlage aus sich heraus und ohne Beziehung der Akten verständlich ist, der Vorlagebeschluss den entscheidungserheblichen Sachverhalt und eine umfassende Darlegung der die rechtliche Würdigung tragenden Erwägungen enthält, das Gericht sich eingehend mit der einfachrechtlichen Rechtslage auseinandergesetzt und die in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Rechtsauffassungen berücksichtigt hat, soweit diese für die Entscheidung von Bedeutung sein können. Das vorliegende Gericht muss auch seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm näher darlegen und deutlich machen, mit welchem verfassungsrechtlichen Grundsatz die zur Prüfung gestellte Regelung seiner Ansicht nach nicht vereinbar ist. Auch bedarf es einer Auseinandersetzung mit nahe liegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten sowie einer eingehenden, Rechtsprechung und Schrifttum einbeziehenden Darstellung der Rechtslage.

2. Bei einer erneuten Richtervorlage gelten darüber hinaus besondere Begründungsanforderungen. Das vorliegende Gericht muss es im Einzelnen die Gründe dafür darlegen, dass die Rechtskraft der früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine erneute Sachprüfung nicht hindert. Diese ist dann der Fall, wenn das vorliegende Gericht sich auf neue Tatsachen beruft, die erst nach der früheren Entscheidung entstanden oder bekannt geworden sind. Eine erneute Vorlage ist in solchen Fällen aber nur dann zulässig, wenn sie von der Begründung der früheren Entscheidung ausgeht. Das vorliegende Gericht hat dazu den in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dokumentierten Rechtsstandpunkt einzunehmen und neue Tatsachen darlegen, die vor diesem Hintergrund geeignet sind, eine von dem früheren Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts abweichende Entscheidung zu ermöglichen.

3. Zwar sind die von Cannabisprodukten ausgehenden Gesundheitsgefahren geringer als der Gesetzgeber dies bei Erlass der pönalisierenden gesetzlichen Regelung angenommen hatte, gleichwohl verbleiben aber „nicht unbedeutende Gefahren und Risiken“, sodass die Gesamtkonzeption des Gesetzes in Bezug auf Cannabisprodukte auch weiterhin vor der Verfassung Bestand hat (Festhalten an BVerfGE 90, 145).

4. Bei der Wahl zwischen mehreren potentiell geeigneten Wegen zur Erreichung eines Gesetzesziels hat der Gesetzgeber die Einschätzungs- und Entscheidungsprerogative.

5. Den Gerichten ist die Verantwortung übertragen, in Fällen des Erwerbs oder des Besitzes von Cannabisprodukten in kleineren Mengen zum gelegentlichen Eigenverbrauch im Einzelfall, dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot durch Absehen von Strafe angemessen Rechnung zu tragen.

6. Die unterschiedliche Behandlung von Cannabis und Alkohol durch den Gesetzgeber verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG (BVerfGE 90, 145, 195 ff.).

689. BVerfGE 1 BvR 737/00 – Beschluss vom 29. Juli 2004 (OLG Braunschweig, AG Braunschweig)

Rechtsberatungsgesetz (geschäftsmäßiges Besorgen fremder Rechtsangelegenheiten; berufserfahrener Jurist); allgemeine Handlungsfreiheit; Auslegung von Gesetzen (teleologische Auslegung; teleologische Reduktion; Berücksichtigung von Alterungsprozessen des Gesetzes auf Grund geänderter gesellschaftlicher Gegebenheiten; Verhältnismäßigkeit; Berücksichtigung von Grundrechten); Recht im Sinne der Verfassung; fehlendes Rechtsschutzbedürfnis (Verfassungsbeschwerde gegen einen mit zulässigem Einspruch angegriffenen Bußgeldbescheid).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 1 RBerG; Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG; § 138 Abs. 2 StPO; § 46 Abs. 1 OWiG

1. Der Erlaubnisvorbehalt für die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG ist verfassungsgemäß.

2. Was geschäftsmäßige Rechtsberatung im Sinne des Rechtsberatungsgesetzes ist, bedarf angesichts der generalklauselartigen Umschreibung der Abklärung im Einzelfall, die einerseits die durch das Gesetz geschützten Belange und andererseits die Freiheitsrechte des Einzelnen berücksichtigt und dabei auch den Veränderungen der Lebenswirklichkeit Rechnung trägt. Alle diese Gesichtspunkte sind bei der Gesetzesauslegung und der Rechtsanwendung zum Ausgleich zu bringen (vgl. BVerfGE 97, 12, 28, zu Art. 12 GG).

3. Zum Begriff der „Geschäftsmäßigkeit“ bei einem berufserfahrenen Juristen (ehemaliger Richter), der auch als Wahlverteidiger nach § 138 Abs. 2 StPO, § 46 Abs. 1 OWiG zugelassen worden war.

4. Die Gerichte haben bei der Auslegung eines Gesetzes auch zu berücksichtigen, dass ein Gesetz vor dem Hintergrund geänderter sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen einem Alterungsprozess unterworfen sein kann. In einem solchen Fall haben die Gerichte zu prüfen, ob das Gesetz für alle Fälle, auf die seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereithält. Sie sind daher befugt und verpflichtet zu prüfen, was unter den veränderten Umständen „Recht“ im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG ist (vgl. BVerfGE 82, 6, 12). Dabei haben sie unter Anwendung der allgemein anerkannten Auslegungsmethoden – zu denen auch die teleologische Reduktion gehört (vgl. BVerfGE 35, 263, 279; 88, 145, 166 f.) – zu prüfen, ob die gesetzliche Regelung zwischenzeitlich lückenhaft geworden ist. Am Wortlaut einer Norm braucht der Richter dabei nicht Halt zu machen. Seine Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) bedeutet nicht Bindung an dessen Buchstaben mit dem Zwang zur wörtlichen Auslegung, sondern Gebundensein an Sinn und Zweck des Gesetzes. Sind mehrere Deutungen einer Norm möglich, so verdient diejenige den Vorzug, die den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht (vgl. BVerfGE 8, 210, 220 f.).

5. Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ist dann verletzt, wenn die Rechtsgrundlage für die Verurteilung in einer mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbarenden Weise ausgelegt wird. Das ist auch dann der Fall, wenn die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die grundrechtliche Freiheit unverhältnismäßig einschränkt (vgl. BVerfGE 92, 191, 196).

6. Da sich nach Einlegung eines zulässigen Einspruchs gegen einen Bußgeldbescheid das weitere Verfahren nach den Vorschriften der Strafprozessordnung über den Einspruch gegen einen Strafbefehl (§ 71 Abs. 1 OWiG)

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

662. BGH 4 StR 54/04 – Urteil vom 17. Juni 2004 (LG Neubrandenburg)

Begrenzung der Milderungsmöglichkeit (Strafrahmenverschiebung) nach §§ 21, 49 StGB bei erheblicher Schuldminde rung durch verschuldete Trunkenheit (Alkoholkonsum; Divergenz der Strafsenate und vertretene Maßstäbe bei der Vorhersehbarkeit; einheitliche Auffassung hinsichtlich der Alkoholkrankheit bzw. der weitgehenden Beherrschung durch den Alkohol).

§ 21 StGB; § 49 StGB

1. Zur Divergenz der BGH-Strafsenate hinsichtlich der Anwendung der §§ 21, 49 StGB bei erheblicher Schuldminde rung infolge selbst verschuldeter Trunkenheit.

2. Die aufgetretene Divergenz zwischen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Auffassung des 3. Strafsenats betrifft die Frage der Vorhersehbarkeit einer möglichen Straffälligkeit unter Alkoholeinfluss durch den Täter. Übereinstimmung zwischen beiden Auffassungen besteht darüber, dass die Versagung der

Strafrahmenmilderung nur möglich ist, wenn der Alkoholkonsum dem Täter (uneingeschränkt) zum Vorwurf gemacht werden kann. Hieran fehlt es regelmäßig, wenn der Täter alkoholkrank ist oder wenn der Alkohol ihn zumindest weitgehend beherrscht (vgl. BGH NStZ-RR 1999, 12; BGHR StGB § 21 Strafrahmenverschiebung 19, 26).

3. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann von der Strafrahmenmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB abgesehen werden, wenn der Angeklagte seinen Trunkenheitszustand und die Gefahr der Begehung von Straftaten als dessen Folge vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können (vgl. nur BGHSt 34, 29, 33; 43, 66, 78). Hierbei wird maßgeblich darauf abgestellt, ob der Angeklagte schon früher unter Alkoholeinfluss straffällig geworden ist. In einigen Entscheidungen wird darüber hinaus zusätzlich verlangt, dass die strafbaren Handlungen, mit deren Begehung im Rauschzustand der Angeklagte rechnen musste, in Ausmaß und Intensität mit der ihm jetzt vorgeworfenen vergleichbar sein müssen (vgl. z.B. BGHR StGB § 21 Strafrahmenverschiebung 6, 14, 16).

4. Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs vertritt obiter die Auffassung, dass eine Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB in der Regel schon allein dann nicht in Betracht kommt, wenn die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters auf verschuldeter Trunkenheit beruht. Dabei sei es ohne Belang, ob der Täter schon früher unter Alkohol – vergleichbare – Taten begangen habe.

659. BGH 1 StR 525/03 – Beschluss vom 30. Juni 2004 (LG Karlsruhe)

Strafverfolgungsverjährung (Alternativität der Unterbrechungsmöglichkeiten: Unterbrechung nur durch die erste der vorgenommenen Handlungen); Hinweispflicht und faires Verfahren, rechtliches Gehör (Divergenz beim Verständnis eines Zeugen zwischen Gericht und Verteidigung).

§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 265 StPO

1. Die in § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB vorgesehenen Unterbrechungsmöglichkeiten der Anordnung der Vernehmung und der Vernehmung selbst bilden eine Einheit, so dass sie nur alternativ durchgreifen. Die Verjährung wird nicht durch die Anordnung der Vernehmung und dann noch einmal durch die darauf beruhende Vernehmung selbst unterbrochen. Es unterbricht nur die erste der vorgenommenen Maßnahmen.

2. Unmittelbar aus § 265 StPO folgt keine Pflicht zur Unterrichtung der Verteidigung, wenn das Gericht die Aussage eines Zeugen etwa anders als die Verteidigung verstanden hat. Das Gericht muss sich zu Inhalt und Ergebnis einzelner Beweiserhebungen auch nicht unter dem Gesichtspunkt fairer Verfahrensgestaltung erklären. Eine derartige Bescheidigungspflicht besteht nicht (BGHSt 43, 212, 215 f.).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

624. BGH 2 StR 505/03 – Urteil vom 26. Mai 2004 (LG Kassel)

BGHSt; Sittenwidrigkeit der Körperverletzung trotz Einwilligung (Reduktion auf den Kern; Beurteilungsgrundlage: Schwere des Rechtsgutsangriffs, Zweck der Tat, Umstände der Tat, positivkompensierender Zweck; sadomasochistische Praktiken); Tatherrschaft bei Fremdgefährdung (Abgrenzung von eigenverantwortlicher Selbstverletzung bzw. Selbsttötung); Fahrlässigkeit; allgemeine Handlungsfreiheit; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Selbstbestimmung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 227 StGB; § 228 StGB; § 15 StGB; § 25 StGB

1. Einverständnis vorgenommene sadomasochistische Praktiken, die zu Körperverletzungen führen, verstoßen nicht als solche gegen die „guten Sitten“ im Sinne von § 228 StGB. Sittenwidrig ist die Tat jedoch, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird. (BGHSt)

2. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Tat nach § 228 StGB ist vorrangig das Gewicht des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs und damit ein objektives Kriterium ausschlaggebend. Hierbei sind in erster Linie der Umfang der vom Opfer hingenommenen körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung und der Grad der damit verbundenen Leibes- oder Lebensgefahr maßgeblich (Bestätigung von BGH 3 StR 120/03 - Urteil vom 11. Dezember 2003 = NJW 2004, 1054, für BGHSt vorgesehen). Die Grenze zur Sittenwidrigkeit ist jedenfalls dann überschritten, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird. (Bearbeiter)

3. Der Begriff der „guten Sitten“ betrifft weniger außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien. Um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens zu genügen, muss der Begriff der guten Sitten auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden. Ein Verstoß gegen die

Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder des mit der Tat befassten Strafgerichts genügt nicht. Lässt sich nach rechtlichen Maßstäben die Sittenwidrigkeit nicht sicher feststellen, scheidet eine Verurteilung wegen eines Körperverletzungsdelikts aus. (Bearbeiter)

4. Der mit der Tat verfolgte Zweck ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB nur ausnahmsweise von Bedeutung, nämlich dann, wenn die betreffende Körperverletzung für sich allein betrachtet als sittenwidrig anzusehen wäre, eine solche negative Bewertung aber durch einen positiven oder jedenfalls einsehbaren Zweck kompensiert wird. Selbst bei schwerwiegenden Rechtsangriffen ist danach der Bereich der freien Disposition des Rechtsgutshabers nicht überschritten, wenn ein positivkompensierender Zweck hinzukommt. (Bearbeiter)

5. Es sprechen beachtliche Argumente in der Wissenschaft für die Auffassung, eine rechtfertigende Einwilligung in eine fahrlässige Tötung sei grundsätzlich möglich. Sie scheidet aber entsprechend der Beurteilung bei § 228 StGB jedenfalls dann aus, wenn das Opfer in eine konkrete Todesgefahr gebracht wird. (Bearbeiter)

647. BGH 3 StR 344/03 – Urteil vom 17. Juni 2004 (LG Hildesheim)

BGHSt; Mittäterschaft (Tatbeiträge jedes Mittäters: Tateinheit, Tatmehrheit); Betrug; gewerbsmäßiges Handeln (Tateinheit); Bande.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1. Der Verurteilung eines Bandenmitglieds wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs steht nicht entgegen, dass die Einzeldelikte der Betrugsserie der Tätergruppierung in seiner Person aus Rechtsgründen in gleichartiger Tateinheit zusammentreffen und daher gemäß § 52 Abs. 1 StGB gegen ihn nur auf eine Strafe zu erkennen ist. (BGHSt)

2. Gewerbsmäßiges Handeln gem. § 263 Abs. 5 StGB setzt nicht notwendig mehrere Taten voraus, die zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 Abs. 1 StGB) stehen, solange der Täter bereits bei der tateinheitlich (§ 52 Abs. 1 StGB) begangenen Tat die Absicht wiederholter Tatbegehung hat. Denn gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will. Liegt diese Absicht vor, so ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig begangen einzustufen, auch wenn es entgegen den ursprünglichen Intentionen des Täters zu weiteren Taten nicht kommt (BGH NJW 1998, 2913, 2914; BGH NStZ 1995, 85; 2004, 265, 266). (Bearbeiter)

3. Für den Bandenbetrug gelten diese Maßstäbe entsprechend. Maßgebend dafür, ob fortgesetzt eine Mehrzahl im einzelnen noch ungewisser Straftaten der in § 263 Abs. 5 StGB benannten Art begangen werden sollten oder begangen wurden, sind die - geplanten - tatsächlichen Abläufe sowie deren Umsetzung. Auch hier ist

nicht notwendig, dass die Bandenmitglieder tatsächlich mehrere Betrugstaten bzw. andere der in § 263 Abs. 5 StGB genannten Delikte begangen haben. Vielmehr ist es ausreichend, wenn es im Zeitpunkt ihres Zusammenschlusses ihre gemeinsame Absicht war, mehrere noch nicht im einzelnen konkretisierte derartige Taten zu verwirklichen. (Bearbeiter)

4. Bei der Beteiligung mehrerer Mittäter an einer Deliktsserie ist für jeden von ihnen gesondert zu prüfen, ob die einzelnen Straftaten der Serie in seiner Person tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist hierbei der Umfang des Tatbeitrages bzw. der Tatbeiträge jedes Mittäters. Fördert er durch seine einzelnen Handlungen jeweils einzelne Taten, so liegt zwischen diesen grundsätzlich Tatmehrheit vor, während einzelne Beiträge, die sich auf mehrere Taten beziehen, zwischen den Taten Tateinheit begründen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die anderen Mittäter die einzelnen Delikte gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung. (Bearbeiter)

670. BGH 4 StR 160/04 – Beschluss vom 8. Juni 2004 (LG Landshut)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konstitutive Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs; rechtsgutsbezogene Auslegung; Pervertierung des Fahrzeugs; Ungenügen eines reinen Zusammenhangs mit dem Straßenverkehr; Öffentlichkeit eines Verkehrsraums und faktische Herbeiführung der Öffentlichkeit).

§ 315 b StGB

1. Geschütztes Rechtsgut der Bestimmung des § 315 b StGB ist die Sicherheit des Straßenverkehrs. Sie bezieht sich nur auf den öffentlichen Verkehrsraum und setzt daher voraus, dass durch die Tathandlung in den Verkehr auf Wegen und Plätzen, die jedermann oder allgemein bestimmten Gruppen dauernd oder vorübergehend zur Benutzung offen stehen, eingegriffen worden ist (st. Rspr.; BGHSt 16, 7, 9 f.).

2. Ein Verkehrsraum ist öffentlich, wenn er entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder aber für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch so benutzt wird. Die vereinzelte Inanspruchnahme der Rasenfläche, die ersichtlich nicht als Zuweg zu einem Gebäude dient, begründet keine faktische Öffentlichkeit einer Fläche (vgl. BGH NZV 1998, 418).

3. Die Anwendbarkeit der Strafvorschrift des § 315 b StGB wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die konkrete Gefahr oder gar der Schaden erst außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums eintreten. Der Senat hätte keine Bedenken, einen tatbestandsmäßigen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315 b StGB auch dann zu bejahen, wenn der Täter mit seinem Pkw das Opfer bereits auf der Straße verfolgt, er es aber erst au-

Berhalb des öffentlichen Verkehrsraums erfasst. Befindet sich das Opfer dagegen von vorneherein – d.h. in dem Zeitpunkt, in dem sich der Täter zur Tatbegehung entschließt und sein Fahrzeug zweckwidrig als Waffe oder Schadenswerkzeug einsetzt („pervertiert“) – außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums, fehlt es an einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs und damit an einer tatbestandlichen Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 315 b StGB. Dass die Tathandlung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Straßenverkehr steht, führt zu keinem anderen Ergebnis. Kriminalpolitische Überlegungen haben dabei außer Betracht zu bleiben.

673. BGH 4 StR 229/04 – Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Halle)

Sexuelle Nötigung in Form der Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage; notwendige Feststellungen bei Ableitung aus der Person des vermeintlichen Täters und zur subjektiven Seite).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 15 StGB

1. Eine schutzlose Lage liegt vor, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße verringert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist; dies ist regelmäßig der Fall, wenn das Opfer sich dem überlegenen Täter allein gegenüber sieht und auf fremde Helfer nicht rechnen kann, wobei es allerdings eines gänzlichen Beseitigens jeglicher Verteidigungsmöglichkeiten nicht bedarf (st. Rspr.; BGHSt 44, 228, 231 f.; 45, 253, 256). Dabei beruht die schutzlose Lage regelmäßig auf äußeren Umständen wie insbesondere der Einsamkeit des Tatortes und dem Fehlen von Fluchtmöglichkeiten (BGH NStZ 2003, 533, 534).

2. Eine tatbestandmäßige schutzlose Lage ergibt sich aber noch nicht allein daraus, dass sich der Täter mit dem Opfer allein in der eigenen Familienwohnung befindet. Vielmehr müssen dann regelmäßig weitere Umstände hinzutreten, wie etwa das Abschließen der Tür durch den Täter mit der Folge, dass dem Opfer jegliche Fluchtmöglichkeit abgeschnitten wird (vgl. BGH NJW 2002, 381).

3. Allerdings kann eine schutzlose Lage des Opfers sich auch aus in seiner Person liegenden Umständen ergeben. In einem solchen Fall sind an die Feststellungen der schutzlosen Lage aber erhöhte Anforderungen zu stellen; erforderlich ist, dass das Opfer Widerstandshandlungen gegenüber dem Täter unterlässt, weil es anderenfalls zumindest Körperverletzungshandlungen durch den Täter befürchtet (BGH NStZ 2003, 533, 534).

4. Den Feststellungen muss auch zu entnehmen, dass sich der Angeklagte im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB eine durch äußere Umstände geprägte Lage ausgenutzt hat. Hierzu muss der Täter die schutzlose Lage erkannt und sich zunutze gemacht haben (vgl. BGH NStZ 2003, 233, 234 m.w.N.). Dass sich ein vermeintliches Opfer aus Angst dem Angeklagten nicht widersetzt, belegt

noch nicht, dass der Angeklagte sich dessen bewusst war und er sich dies für die Tatbegehung zunutze machte.

649. BGH 3 StR 500/03 - Urteil vom 27. Mai 2004 (LG Oldenburg)

Sexuelle Nötigung (funktionaler Zusammenhang zwischen Nötigung und sexueller Handlung); schwerer Menschenhandel (qualitativ andersartige Form der Prostitution: übergewichtige Freier, geschlechtskranke Freier).

§ 177 StGB Abs. 1 StGB; § 181 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Das Erfordernis des funktionalen Zusammenhangs zwischen Nötigung und sexueller Handlung bei § 177 Abs. 1 StGB setzt lediglich voraus, dass das Opfer durch die Nötigung zu wenigstens einer individualisierbaren sexuellen Handlung genötigt wurde. Hingegen ist nicht erforderlich, dass die vom Täter abgenötigte Handlung oder die Person des Dritten bereits zum Zeitpunkt der Nötigung individualisiert waren.

2. Schwerer Menschenhandels gemäß § 181 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter eine andere Person durch den Einsatz von Nötigungsmitteln zur Fortsetzung der Prostitution bestimmt. Wird die Prostitution bereits freiwillig ausgeübt, ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erforderlich und ausreichend, dass das Opfer durch die Einwirkung des Täters zu einer qualitativ andersartigen, von ihm nicht gewollten Form der Prostitution bestimmt wird (vgl. BGH 2 StR 111/01 - Beschluss vom 9. Mai 2001). Erzwungener Geschlechtsverkehr mit übergewichtigen Kunden ist dieser wenig trennscharfen Begriffsbestimmung nicht ohne weiteres zuzuordnen. Als qualitativ andersartige Form der Prostitution könnte es indessen zu beurteilen sein, wenn Druck ausgeübt worden ist mit dem Ziel, auch mit geschlechtskranken Kunden ungeschützt zu verkehren (nicht tragend).

630. BGH 3 StR 107/04 - Urteil vom 1. Juli 2004 (LG Aurich)

Mord; Heimtücke (Strafzumessung: Rechtsfolgenlösung, außergewöhnliche Umstände, Motivbündel).

§ 211 StGB; § 46 StGB

1. Im Rahmen der sog. Rechtsfolgenlösung für die Strafzumessung beim Heimtückemord kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, dass jener Grenzfall eintritt, in dem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich gemilderter Schuld unverhältnismäßig wäre. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Tatrichter aufgrund einer umfassenden Würdigung der Tat sowie der zu ihr hinführenden Umstände zu prüfen (Senat NStZ 1982, 69; BGH NStZ 1984, 20; BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 2 und 3).

2. Ein außergewöhnlicher Umstand kann im Bestehen einer für den Täter zermürbenden, nahezu ausweglosen,

notstandsnahen Situation schwerster seelischer Bedrängnis oder Erregung zu sehen sein, wenn sie der Tat den Stempel des Außergewöhnlichen aufgedrückt hat (vgl. BGH NJW 1983, 54, 55; NSTZ 1995, 231; 2003, 146).

663. BGH 4 StR 119/04 – Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Neubrandenburg)

Sexueller Missbrauch gemäß § 176 Abs. 1 StGB (Verdrängung durch den schweren sexuellen Missbrauch auch bei Annahme eines minder schweren Falles; Strafzumessung).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 176a Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

1. Der Tatbestand des sexuellen Missbrauchs gemäß § 176 Abs. 1 StGB wird durch den Tatbestand des vollendeten schweren sexuellen Missbrauchs gemäß § 176 a Abs. 1 StGB verdrängt (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juni 2003 - 2 StR 144/03). Dies gilt auch dann, wenn ein minder schwerer Fall gemäß § 176 a Abs. 3 StGB angenommen wird (vgl. BGH NSTZ 2003, 440).

2. Wird der Tatbestand des § 176 Abs. 1 StGB von dem Qualifikationstatbestand des § 176 a StGB verdrängt, bleibt sein Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren auch dann unanwendbar, wenn ein minder schwerer Fall gemäß § 176 a Abs. 3 StGB angenommen wird.

615. BGH 2 StR 14/04 - Beschluss vom 4. Juni 2004 (LG Erfurt)

Mord (Versuch, Vollendung); Körperverletzung; Konkurrenzen.

§ 211 StGB; § 223 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

Wenn der Täter bereits bei Beginn einer Körperverletzung zugleich mit Tötungsvorsatz handelte, tritt die Körperverletzung hinter dem vollendeten Tötungsverbrechen zurück. Das gilt auch nach der Änderung der Rechtsprechung zum Konkurrenzverhältnis zwischen versuchten vorsätzlichen Tötungsverbrechen und vollendeten Körperverletzungsdelikten, wonach die vollendete Körperverletzung hinter dem lediglich versuchten Tötungsdelikt nicht zurücktritt (Abgrenzung zu BGHSt 44, 196).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

680. BGH 5 StR 173/04 – Beschluss vom 8. Juni 2004 (LG Hamburg)

Lückenhafte Strafzumessung (hinreichende Erörterung einer engmaschigen polizeilichen Überwachung beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; praktischer Ausschluss der Gefährdung).

§ 46 StGB; § 29 BtMG

Findet der vom Angeklagten durchgeführte Drogentransport unter so engmaschiger Überwachung durch den Zoll stattgefunden hat, dass eine tatsächliche Gefährdung durch das Rauschgift bei dessen Übernahme durch den Angeklagten ausgeschlossen war, ist dies – neben der (späteren) Sicherstellung des Rauschgiftes – ein bestimmender Strafzumessungsgesichtspunkt, der im Rahmen der Strafzumessung zu erörtern ist (vgl. BGH StV 2000, 555).

672. BGH 4 StR 226/04 – Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Kaiserslautern)

Strafzumessung (fehlende Feststellungen für Strafschärfungsgründe); erweiterter Ersatzverfall (erforderliche tatrichterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft der Gegenstände).

§ 46 StGB; § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 73 StGB; § 73a StGB

Die Anordnung des erweiterten Verfalls setzt die uneingeschränkte tatrichterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft der Gegenstände voraus, hinsichtlich deren der erweiterte Verfall angeordnet wird (BGHSt 40,

371; bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 - 2 BvR 564/95).

619. BGH 2 StR 163/04 - Beschluss vom 4. Juni 2004 (LG Darmstadt)

Strafzumessung; Bildung der Gesamtstrafe (Erfordernis einer eigenen Strafzumessung; Summen der Einzelstrafen; Einsatzstrafe).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 54 StGB

Die Bildung der Gesamtstrafe bedarf einer eigenen Strafzumessung und Begründung im Urteil unter zusammenfassender Würdigung der einbezogenen Straftaten und der Person des Täters. Der Verweis auf die den jeweiligen Einzelstrafen zugrundeliegenden Strafzumessungserwägungen genügt insbesondere dann nicht, wenn die Einsatzstrafe sehr stark erhöht wurde und die Zumessung der Gesamtstrafe daher besorgen lässt, dass sich der Tatrichter unzulässigerweise von der Summe der Einzelstrafen hat leiten lassen.

614. BGH 2 StR 123/04 - Beschluss vom 2. Juni 2004 (LG Mühlhausen)

Mord; Sicherungsverwahrung; Vorverurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren (Berücksichtigung einer Gesamtfreiheitsstrafe); Katalogtat; Gefährlichkeitsprognose.

§ 211 StGB; § 66 Abs. 3 StGB; § 54 StGB

1. Eine Vorverurteilung im Sinne von § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB liegt nicht vor, wenn als Vorverurteilung nur eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren in Betracht kommt

und in dieser neben einer Katalogtat mit einer niedrigeren Einzelstrafe lediglich eine Reihe von Nichtkatalogtaten enthalten sind.

2. Der Senat lässt offen, ob die Voraussetzung einer Vorverurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens

drei Jahren erfüllt wäre, wenn einer Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens drei Jahren mehrere Katalogtaten neben Nichtkatalogtaten zugrunde lägen. In Betracht käme etwa die Bildung einer fiktiven Gesamtstrafe aus den Katalogtaten oder das Abstellen auf die Summe der Einzelstrafen für die Katalogtaten.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

648. BGH 3 StR 368/02 / 3 StR 415/02 - Beschluss vom 15. Juni 2004

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; verfahrensbeendende Absprachen (Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts: Versprechenlassen, Anregen; rechtsstaatliche Grenzen); Vergleich im Strafprozess; Überprüfung des Urteils durch das Rechtsmittelgericht.

§ 132 Abs. 2 GVG; § 132 Abs. 4 GVG; § 302 StPO

1. Hinsichtlich der Anforderungen an eine mit der StPO und dem GG vereinbare verfahrensbeendende Absprache im Strafverfahren ist an den in BGHSt 43, 195 aufgestellten Grundsätzen festzuhalten.

2. Dem Verbot, im Rahmen einer verfahrensbeendenden Absprache einen Rechtsmittelverzicht zu vereinbaren, kommt besondere Bedeutung zu, da die Einhaltung der übrigen Anforderungen an eine Absprache davon abhängt, ob ihre Beachtung der Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht unterliegt. Der wirksamste Schutz gegen Fehlentwicklungen bei der Urteilsabsprache besteht darin, dass die Beteiligten nicht sicher sein können, dass das Urteil nicht doch zur Überprüfung gestellt wird.

3. Das Gericht darf im Rahmen einer Urteilsabsprache nicht auf einen Rechtsmittelverzicht hinwirken, indem es ihn ausdrücklich anspricht oder befürwortet. Zum einen unterscheidet sich die Beeinträchtigung des Willens des Angeklagten dabei nicht wesentlich von derjenigen durch ein abgegebenes Verzichtversprechen. Zum anderen bestünde ansonsten die Gefahr des Ausweichens in äußerlich unverbindliche Erklärungen.

4. Wegen der zentralen Bedeutung des Verbots, bei der verfahrensbeendenden Absprache einen Rechtsmittelverzicht zu vereinbaren oder seitens des Gerichts auf ihn hinzuwirken, kann die Konsequenz aus einem Verstoß gegen dieses Verbot nur die Unwirksamkeit der im Anschluss daran abgegebenen Rechtsmittelverzichtserklärung sein.

668. BGH 4 StR 85/03 – Urteil vom 6. Juli 2004 (LG Essen)

BGHSt; BGHR; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Vorabteilentscheidung der Revision); Teilurteile und Zwischenurteile im Strafverfahren; Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zur Führung eines Fahrzeuges; Erfordernis des „spezifischen Zusammenhangs“; Gesamtwürdigung; Anfrageverfah-

ren); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Durchführung eines zeitaufwendigen Anfrage- und Vorlageverfahrens); Freiheit der Person.

§ 353 StPO; § 354 StPO; § 69 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG

1. Zur Befugnis, über Teile einer Revision ausnahmsweise vorab zu entscheiden, wenn dies wegen des Beschleunigungsgrundsatzes geboten ist. (BGHSt)

2. Die Strafprozessordnung kennt grundsätzlich keine Teil- oder Zwischenurteile, durch die einzelne, denselben Prozessgegenstand betreffende Fragen vorab entschieden oder einzelne Rechtsfolgen gesondert abgeurteilt werden. Regelmäßig muss im Strafverfahren eine einheitliche, abschließende Entscheidung ergehen, durch die der Prozessstoff erschöpfend erledigt wird. Dem strafprozessualen Rechtsmittelrecht ist allerdings eine Teilerledigung nicht völlig fremd. (Bearbeiter)

3. Eine Teilerledigung, die zur Herbeiführung von Teilerrechtskraft führt, ist nur zulässig, wenn der rechtskräftige ebenso wie der nichtrechtskräftige Urteilsteil von dem übrigen Urteilsinhalt losgelöst, selbständig geprüft und rechtlich beurteilt werden kann. (Bearbeiter)

4. Es liegt keine prozessordnungswidrige, rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung vor, wenn im Rahmen des Revisionsverfahrens ein zeitaufwendiges Anfrage- und Vorlageverfahren nach § 132 GVG durchgeführt werden muss. (Bearbeiter)

5. Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) und in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK (Recht auf Verfahrensbeschleunigung) ausdrücklich normierte Gebot angemessener Beschleunigung des Strafverfahrens ist es unvertretbar, ein Verfahren, obwohl es zum – für den Angeklagten im Vordergrund seines Rechtsmittels stehenden – Schuldspruch und Strafausspruch entscheidungsreif ist, bis zum Abschluss des Vorlageverfahrens insgesamt nicht weiter zu betreiben. (Bearbeiter)

622. BGH 2 StR 382/03 - Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Frankfurt)

BGHSt; absoluter Revisionsgrund der falschen Besetzung; Besetzungsrüge; gesetzlicher Richter; Beschluss

über die kammerinterne Geschäftsverteilung (Schriftform).

§ 21g GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1 StPO

1. Zum Erlass eines kammerinternen Geschäftsverteilungsplans. (BGHSt)

2. Die Mitwirkungsgrundsätze für die kammerinterne Geschäftsverteilung sind durch Beschluss aller dem Spruchkörper angehörenden Berufsrichter vor Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer zu regeln. Sie haben Geltung nur für das betreffende Geschäftsjahr und treten mit dessen Ablauf ohne weiteres außer Kraft. (Bearbeiter)

3. Der Beschluss über die kammerinterne Geschäftsverteilung bedarf der Schriftform. (Bearbeiter)

4. Durch das Fehlen eines nach § 21 g GVG von den Kammermitgliedern zu erstellenden Mitwirkungsplans wird das Gebot des gesetzlichen Richters zwar dann nicht verletzt, wenn ein Spielraum bei der Heranziehung der einzelnen Richter nicht besteht, etwa bei einem nicht überbesetzten Spruchkörper. Verhandelt eine Kammer aber in reduzierter Besetzung nach § 76 Abs. 2 GVG, so muss ungeachtet der Reduzierung der Besetzung durch von allen drei Richtern zu erlassenden Eröffnungsbeschluss bereits in der kammerinternen Geschäftsverteilung geregelt werden, welcher Richter nicht an der Hauptverhandlung teilnimmt, falls die Zweierbesetzung beschlossen werden sollte (BVerfG – Kammer-Beschl. vom 3. Mai 2004 - 2 BvR 1825/02). (Bearbeiter)

629. BGH 2 ARs 33/04 - Beschluss vom 26. Mai 2004

Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Antwort auf Anfragebeschluss; Prüfung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (Sachrüge; Verfahrensrüge); Verfahrensverstöß; Aufklärungspflicht; Einstellung des Verfahrens durch Prozessurteil.

§ 344 StPO; § 132 GVG; Art. 6 Abs. 1 Satz EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Die Erhebung allein der Sachrüge verpflichtet das Revisionsgericht grundsätzlich nicht zur Prüfung, ob eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung vorliegt, die eine kompensatorische Strafzumessung erforderlich macht. Denn das Urteil als Grundlage der revisionsgerichtlichen Prüfung auf die Sachrüge enthält in der Regel nicht alle Angaben, die zur Prüfung erforderlich wären, ob eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung eingetreten ist.

2. Auf die Sachrüge hin kann eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu prüfen sein, wenn ausnahmsweise alle notwendigen Umstände im Urteil mitgeteilt werden, wenn die für die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu gewährende Kompensation nicht exakt bestimmt wurde oder wenn der Tatrichter das Verfahren wegen der Verzögerung als rechtsstaatswidrig durch Prozessurteil eingestellt hat.

3. Es ist naheliegend, dass Verfahrensverzögerungen Verfahrensverstöße darstellen und deshalb mit der Verfahrensrüge zu beanstanden sind. Denn dass ein Verfahrensfehler in Form einer Verfahrensverzögerung sich sachlich-rechtlich - nämlich in Form einer Strafzumessung ohne angemessene Kompensation - auswirkt, nimmt ihm nicht die Qualität eines Verfahrensfehlers, der nur auf die Verfahrensrüge zu prüfen ist.

4. Trifft der Tatrichter keine Feststellungen zur Verfahrensdauer und nimmt er daraufhin keine Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verzögerung vor, so verstößt er primär gegen die Aufklärungspflicht, was nur auf die Aufklärungs- und damit auf die Verfahrensrüge hin zu prüfen ist. Wäre insoweit die Sachrüge zulässig, so würde dem Tatrichter der sachlich-rechtliche Vorwurf gemacht, den Umstand der Verzögerung nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht zu haben, obwohl dieser nicht Gegenstand der Hauptverhandlung war und daher gem. § 261 StPO auch nicht berücksichtigt werden durfte.

683. BGH 5 StR 181/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Berlin)

Recht auf ein faires Verfahren bei Verfahrensverständigung und Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Rechtsirrtum des Gerichts hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfahrensabsprache: Gesamtstrafenbildung; Hinweispflicht des Gerichts und Verbot, sich in einen nicht nachvollziehbaren Widerspruch zu den im Rahmen der Verständigung gegebenen Rechtsfolgenbewertung zu setzen; Kompensation zum Ausgleich von Verletzungen beider Rechte durch analoge Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 55 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

1. Ein Gericht ist nicht verpflichtet – im Gegenteil aus Rechtsgründen gehindert –, eine zugesagte sachlich-rechtlich fehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung allein aufgrund der insoweit irrtümlichen Zusage vorzunehmen.

2. Nach Aufdeckung des Irrtums muss allerdings ein Hinweis an den Angeklagten erfolgen, damit dieser sich im Rahmen der weiteren Hauptverhandlung unter Berücksichtigung der nicht mehr einhaltbaren Zusage infolge einer insoweit „gescheiterten Absprache“ umfassend sachgerecht verteidigen konnte (vgl. BGHSt 43, 195, 210; BGHR StPO vor § 1/fares Verfahren – Vereinbarung 13).

3. Ein Gericht darf sich bei seiner vorgenommenen Gesamtstrafenbildung nicht in nicht nachzuvollziehender Weise in Widerspruch zu seinen eigenen im Rahmen der Verständigung gefundenen und bekanntgegebenen Rechtsfolgenbewertungen setzen (vgl. BGH NJW 2004, 1396, 1397 f., zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt).

4. Ein entsprechender – vgl. Leitsatz 3 – Verfahrensfehler gäbe grundsätzlich Anlass zur Aufhebung und Zu-

rückverweisung. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob sich eine derartige Entscheidung auf die Aufhebung der von dem Verfahrensfehler unmittelbar betroffenen Gesamtstrafe zu beschränken oder zur Eröffnung effektiver Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten in der neuen Hauptverhandlung weiterzugehen hätte, ob etwa gar zur Eröffnung anderweitiger Verteidigungsmöglichkeiten nach fehlgeschlagener Absprache – auf welche der Verteidiger freilich selbst nicht gedrungen hat – bis hin zur Hinterfragung der Verwertbarkeit des nach der ursprünglich gefundenen, dann fehlgeschlagenen Verständigung abgelegten Geständnisses eine vollständige Urteilsaufhebung geboten oder jedenfalls angezeigt wäre.

5. Zu einem Sonderfall der analogen Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO zur Kompensation von Verstößen gegen das Recht auf ein faires Verfahren und das Recht auf Verfahrensbeschleunigung.

688. BGH 5 StR 579/03 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG München)

Steuerhinterziehung (Rechtsanwendung und Berechnungsdarstellung des Richters: Aufhebung auf die Sachrüge, Bedeutung eines Geständnisses; unechte Betriebsaufspaltung, steuerrechtliche Strohmännersprache); Recht auf faires Verfahren bei Verfahrensabsprachen (Öffentlichkeitsgrundsatz; Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Angeklagten durch den Druck des Gerichts zu einer Verfahrensabsprache; unerklärbares Auseinanderfallen der Strafunter- und Strafberechnungen); Freiheit der Person (Missbrauch der Untersuchungshaft). § 370 AO; § 15 EStG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 18 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Zwar sind mittlerweile die dem deutschen Strafprozess an sich fremden einverständlichen verfahrensbeendenden Absprachen Bestandteile des Strafverfahrens geworden; „deals“ gehören zur täglichen Praxis der Strafgerichte. Sie sind indes nur dann hinnehmbar, wenn sie im Rahmen eines geordneten Strafverfahrens mit Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligten unter Wahrung ihrer prozessualen Rechte bei hinreichender Beachtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes erfolgen (vgl. BGHSt 43, 195 ff.; BGH NJW 2004, 1396, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen).

2. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Wahrung der freien Willensentschließung des Angeklagten (BGHSt 43, 195, 204). Nach ständiger Rechtsprechung darf deshalb im Rahmen von Verständigungsgesprächen nicht mit einer überhöhten Strafe gedroht werden oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils der Angeklagte zu einem Geständnis gedrängt werden (BGHSt aaO). Entsprechend diesen Grundsätzen dürfen die vom Gericht ernsthaft aufgezeigten Strafgrenzen nicht so weit auseinander fallen, dass die Willensfreiheit des Angeklagten ungebührlich beeinträchtigt wird. Eine Differenz zwischen zwei Jahren Freiheitsstrafe mit Aussetzung zur Bewährung und sechs Jahren Freiheitsstrafe ist nicht mehr mit der strafmildernden Wir-

kung von Geständnis und Schadenswiedergutmachung im Rahmen schuldangemessenen Strafens zu erklären (vgl. BGH StV 2002, 637, 639). Ein solches Vorgehen kann nur noch als massives Druckmittel zur Erwirkung eines verfahrensverkürzenden Geständnisses verstanden werden; eine kaum nachvollziehbare Untersuchungsanordnung und -vollstreckung kann diesen Eindruck noch verstärken. Ein solches Verhalten ist rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

3. Die Rechtsanwendung zur Ausfüllung der strafrechtlichen Blankettnorm des § 370 Abs. 1 AO ist Aufgabe des Strafrichters. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Tatrichter im Blick auf die steuerrechtlichen Vorschriften den Sachverhalt so zu ermitteln und im Urteil darzustellen, dass deutlich wird, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung oder zu einem ungerechtfertigtem Steuervorteil geführt hat. Die vom Gericht vorzunehmende Rechtsanwendung kann nicht dadurch ersetzt werden, dass auf Betriebs- oder Fahndungsprüfungsberichte und diesen zugrundeliegende steuerrechtliche Beurteilungen der Finanzverwaltung verwiesen oder zurückgegriffen wird (BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 5, 9).

4. Die Ermittlung und Darstellung des steuerlich relevanten Sachverhalts sowie die daraus sich ergebende steuerrechtliche Beurteilung kann auch nicht durch den Verweis auf ein Geständnis des Angeklagten ersetzt werden. Lediglich die Darstellung der Berechnung der hinterzogenen Steuern kann als Teil der Rechtsanwendung dann verkürzt und ergebnisbezogen erfolgen, wenn der Angeklagte geständig und zudem sachkundig genug ist, die steuerlichen Auswirkungen seines Verhaltens zu erkennen (BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 2, 4, 8 und BGH wistra 2001, 22). Fehlt in einem Urteil die Angabe der beweisheblichen Tatsachen oder ist im Rahmen der Beweiswürdigung nicht dargelegt, wie der Tatrichter die Bemessungsgrundlagen selbst ermittelt hat, ist das Urteil lückenhaft und muss bereits auf die Sachrüge hin vom Revisionsgericht aufgehoben werden.

643. BGH 3 StR 206/04 - Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Osnabrück)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Strafzumessung; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; neue Hauptverhandlung nach Aufhebung und Zurückverweisung; Verschlechterungsverbot.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 Abs. 2 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

1. Wenn dem Täter wegen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung eine Kompensation zu gewähren ist, so hat der Tatrichter der gemilderten Strafe als Ausgangspunkt eine fiktiv zuzumessende Strafe zugrunde zu legen, die ohne Berücksichtigung der Verzögerung tat- und schuldangemessen wäre. Die Strafzumessung eines Urteils, das zumindest auch auf eine zuungunsten des Verurteilten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft aufgehoben wurde, bindet den neuen Tatrichter jedoch

in keiner Weise. Daher ist auch die in dem ersten Urteil vorgenommene Strafzumessung kein Kriterium für die dem neuen Urteil zugrundezulegende fiktive Strafe; diese kann auch höher zugemessen werden als in dem aufgehobenen Urteil.

2. Die Verfahrensverlängerung, die dadurch entsteht, dass auf die Revision eines Verfahrensbeteiligten ein Urteil teilweise aufgehoben und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird, begründet regelmäßig keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 15; BVerfG NJW 2003, 2228). Etwas anderes mag gelten, wenn die Zurückverweisung Folge erheblicher, kaum verständlicher Rechtsfehler ist (vgl. etwa BGH, Beschl. vom 4. Juli 1997 - 2 StR 311/97).

651. BGH 1 StR 166/04 – Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Nürnberg)

Richterliche Hinweispflicht (formenstrenge Anwendung auf die mögliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; konkludenter Hinweis).

§ 66 StGB; § 265 Abs. 2 StPO

1. Die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung stellt mit ihrer in das Leben eines Angeklagten besonders tief eingreifenden Wirkung einen besonders gravierenden Eingriff dar. An die Hinweispflicht des Gerichts dürfen in einem solchen Falle keine zu geringen Anforderungen gestellt werden. Das Gesetz und ihm folgend die Rechtsprechung fordern in Fällen der vorliegenden Art im Hinblick auf die Bedeutung des Hinweises aus rechtsstaatlichen Gründen zu Recht die Einhaltung einer gewissen Formenstrenge (vgl. BGHR StPO § 265 II Hinweispflicht 6, m.w.N.). Wird auf die Möglichkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung weder in der Anklageschrift (vgl. hierzu BGH NStZ 2001, 162) noch im Eröffnungsbeschluss hingewiesen, muss der erforderliche Hinweis gemäß § 265 Abs. 2 StPO in der Hauptverhandlung ergehen.

2. Zur (hier verneinten) Möglichkeit eines konkludenten Hinweises durch den Verlauf der Hauptverhandlung.

657. BGH 1 StR 214/04 – Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Hechingen)

Ablehnung von Beweisanträgen wegen Prozessverschleppung (Begriff des Beweisantrages; unzulässige Verknüpfung mit der Strafzumessung; Hinwirkung der Verteidigung auf eine bestimmte Strafe; Feststellung der Sprachfähigkeiten des ausländischen Angeklagten; Verfahrensabsprachen).

Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

684. BGH 5 StR 203/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Braunschweig)

Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (Entbehrlichkeit einer Anhörung bei Schuldpruchberichtigung; rechtliches Gehör; faires Verfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); schwere Brandstiftung (minder schwerer Fall; verminderte Schuldfähigkeit; Straffrah-

menverschiebung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (sichere Feststellung einer mindestens verminderten Schuldfähigkeit).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 357 StPO; § 306a Abs. 3 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

Zu den Voraussetzungen einer Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte ohne vorherige Anhörung.

660. BGH 1 StR 526/03 – Beschluss vom 30. Juni 2004 (LG Karlsruhe)

Strafverfolgungsverjährung (Alternativität der Unterbrechungsmöglichkeiten: Unterbrechung nur durch die erste der vorgenommenen Handlungen); analoge Anwendung des § 354 StPO.

§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 354 Abs. 1 StPO

1. Analoge Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO bei Wegfall einer Einzelstrafe durch Reduktion der Gesamtstrafe in vollem Umfang der Einzelstrafe durch den BGH.

2. Die in § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB vorgesehenen Unterbrechungsmöglichkeiten der Anordnung der Vernehmung und der Vernehmung selbst bilden eine Einheit, so dass sie nur alternativ durchgreifen. Die Verjährung wird nicht durch die Anordnung der Vernehmung und dann noch einmal durch die darauf beruhende Vernehmung selbst unterbrochen. Es unterbricht nur die erste der vorgenommenen Maßnahmen.

687. BGH 5 StR 534/02 (alt: 5 StR 469/97 und 5 StR 456/99) – Urteil vom 22. April 2004 (LG Berlin)

Unzureichende Beweismöglichkeit bei Mord; Freispruch durch das Revisionsgericht (Durchentscheidung nach der dritten Urteilsaufhebung; verletzungsbedingte Konfabulationsneigung).

§ 211 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

Zu einem Einzelfall der Durchentscheidung des Revisionsgerichts auf Freispruch nach dreimaliger Urteilsaufhebung.

655. BGH 1 StR 72/04 – Urteil vom 26. Mai 2004 (LG Aschaffenburg)

Darlegungsanforderungen bei einem Freispruch (möglicher Schluss auf den zugrunde gelegten Sachverhalt aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe); Beweismöglichkeit (Widerspruchsfreiheit).

§ 267 StPO; § 261 StPO

Auch wenn in den Urteilsgründen ein ausdrücklich hervorgehobener Abschnitt fehlt, aus dem sich die für erwiesen erachteten Tatsachen ergeben, führt dies nicht automatisch zur Aufhebung eines Freispruches, soweit der Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe hinreichend verdeutlicht, von welchem festgestellten Sachverhalt das Gericht ausgegangen ist.

626. BGH 2 ARs 216/04 / 2 AR 124/04 - Beschluss vom 4. Juni 2004 (AG Bad Kissingen)

Bestimmung des zuständigen Gerichts.
§ 14 StPO

Die Bestimmung eines Gerichtsstands gemäß § 14 StPO muss unterbleiben, wenn sich die Zuständigkeit eines

anderen - bisher am Streit nicht beteiligten - Gerichts ergibt (st. Rspr. BGHSt 26, 162, 164; 28, 351, 352; 31, 244, 255; BGH NSTz 2001, 110).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

675. BGH 4 StR 428/03 – Beschluss vom 22. Juni 2004 (LG Bielefeld)

BGHSt; wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Beschränkung der rechtswidrigen Absprache im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB auf kartellrechtswidrige Absprachen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen; Täterschaft und Teilnahme); Tateinheit beim Betrug (Maßgeblichkeit des individuellen Tatbeitrages jedes einzelnen Mittäters; Versuch nur bei Annahme der Bösgläubigkeit); Untreue bei der GmbH (Vermögensbetreuungspflicht; faktischer Geschäftsführer; tatsächliche Verfügungsmacht).
§ 298 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 25 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB

1. Eine „rechtswidrige Absprache“ im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB liegt nur bei einer kartellrechtswidrigen Absprache zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen vor. (BGHSt)

2. Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob nur Kartellmitglieder Täter des § 298 StGB sein können, wie dies von einem Teil der Literatur vertreten wird. (Bearbeiter)

676. BGH 5 StR 136/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Stuttgart)

BGHR; Betrug durch das Erschleichen eines Rabatts nur bei anderweitiger äquivalenter Verkaufsoption (Vermögensschaden; bloße Vereitelung einer Vermögensmehrung; Anwendung bei Expektanzen; Stoffgleichheit; quantifizierbare Beeinträchtigung); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (Anhörung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; rechtliches Gehör).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 81 Abs. 2 EGV; § 263 StGB; § 357 StPO

1. Erschleicht sich der Käufer einer Ware einen Rabatt, liegt ein Betrug nur dann vor, wenn festgestellt werden

kann, dass die Ware zu einem höheren Preis anderweitig ohne einen gleichzeitig höheren Kostenaufwand hätte verkauft werden können (im Anschluss an BGH NSTz 1991, 488). (BGHR)

2. Die bloße Vereitelung einer Vermögensvermehrung begründet keinen Betrug im Sinne des § 263 StGB (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 8). Entscheidend ist für die Tatbestandserfüllung beim (Eingehungs-)Betrug, dass der Verfügende aus dem Bestand seines Vermögens aufgrund der Täuschung mehr weggibt als zurückerhält (BGHSt 16, 220, 223). Etwas anderes gilt dann, wenn die unterlassene Vermögensmehrung sich nicht nur auf eine tatsächliche Erwerbs- oder Gewinnaussicht bezieht, sondern bereits so verdichtet ist, dass ihr der Geschäftsverkehr deswegen bereits wirtschaftlichen Wert beimisst, weil sie mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt (BGHSt 17, 147, 148). (Bearbeiter)

3. Die Beeinträchtigung eines selektiven Vertriebssystems durch die „Erschleichung eines Rabatts“ ist als Schaden für die Erfüllung des Betrugstatbestandes nicht in notwendigem Umfang quantifizierbar. (Bearbeiter)

618. BGH 2 StR 161/04 - Urteil vom 23. Juni 2004 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tatherrschaft; Täterschaft; Abgrenzung zur Beihilfe; vorsätzliches Fördern einer fremden Absatztätigkeit; Eigennützigkeit; Motivbündel).

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

Auch sekundäre eigennützige Motive neben uneigennütigen Hauptmotiven begründen insgesamt eigennütziges Handeln im Sinne der Definition des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Herkunftslandprinzip und internationales Strafrecht

Von Prof. Dr. **Hans Kudlich** (Bucerius Law School)

I. Hinführung

Mit dem sprunghaften Anstieg der Nutzung des Internet seit Mitte der 90-er Jahre wuchs auch rasch das Interesse an (nicht nur, aber auch straf-)rechtlichen Fragen mit Bezug auf dieses neue Medium.¹ Als Kernprobleme, die auch heute noch mehr oder weniger intensiv diskutiert werden, haben sich vor allem drei Punkte herausgebildet:²

- Die Frage, inwiefern die Tathandlungsbeschreibungen in den Tatbeständen des Besonderen Teils auch die Verbreitung von Inhalten über das Internet erfassen.

- Die Frage, wer bejahendenfalls für die Verbreitung entsprechender Inhalte verantwortlich ist, d.h. insbesondere das Problem der Providerhaftung.

- Und zuletzt die Frage, ob das deutsche Strafrecht auf Inhalte im Internet anwendbar ist, deren Ursprung im Ausland liegt.

Zur ersten Frage hat der Gesetzgeber eine (zwar vielleicht nicht vollständige, aber doch) weitreichende Klärung dadurch erreicht, dass der strafrechtliche Schriftenbegriff des § 11 III StGB durch das IuKDG im Jahre 1997 um die Variante der „Datenspeicher“ ergänzt wurde. Auf diese Weise ist dafür gesorgt, dass zumindest hinsichtlich des Urhebers eines illegalen Inhaltes grundsätzlich das sinnvolle Prinzip der „Parallelität von Online- und Offline-Strafbarkeit“ hergestellt ist.³

Hinsichtlich der zweitgenannten Frage der Providerverantwortlichkeit war der deutsche Gesetzgeber mit der ebenfalls im IuKDG eingeführten Vorschrift des § 5 TDG (die mittlerweile durch die §§ 8 – 11 TDG ab-

gelöst wurde) auch international Vorreiter bei der Schaffung von speziellen Querschnittsregelungen für die Providerverantwortlichkeit.⁴ Die im Jahre 2000 erlassene „Richtlinie über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs“ (sog. E-Commerce-Richtlinie⁵) knüpft in ihren Regelungen zur Providerverantwortlichkeit vielfach an § 5 TDG an.⁶

Sedes materiae der letzt genannten Problematik, also der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts, sind zunächst die §§ 3 – 9 StGB über das sog. „Internationale Strafrecht“, d.h. genauer gesprochen: über das Strafanwendungsrecht. Diese Vorschriften regeln, wann deutsches Strafrecht auf Taten, die im In- oder Ausland begangen werden, anwendbar ist. Möglicherweise sind jedoch auch diese Normen vom Gesetzgeber durch eine Spezialregelung überlagert worden: In Umsetzung von Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie wurde nämlich in § 4 TDG im Jahre 2002 das sog. Herkunftslandprinzip eingeführt. Dieses sagt – vergrößert umschrieben – aus, dass Diensteanbieter, die in einem anderen Staat im Geltungsbereich der E-Commerce-Richtlinie niedergelassen sind und die dortigen rechtlichen Vorgaben einhalten, in Deutschland für diese Dienste nicht zur Verantwortung gezogen werden können, auch wenn die Dienste hier angeboten werden und nach hiesigem Verständnis rechtswidrig wären.⁷

Im Folgenden soll zunächst der Streit um die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach den traditionellen Vorschriften der §§ 3 – 9 StGB knapp skizziert werden, um deutlich zu machen, welche davon abweichenden Konsequenzen es haben würde, wenn das Herkunftslandprinzip nach § 4 TDG i.V.m. Art. 3 ECRL auch für den Bereich des Strafrechts (weit reichende) Geltung beanspruchen würde (sogleich II.). Im Anschluss daran soll der – erstaunlicherweise bisher nur wenig diskutierten, dabei dann aber kontrovers beurteilten⁸ – Frage nachge-

¹ Vgl. etwa nur aus dem Bereich der Monographien und Handbücher zu strafrechtlichen Fragen *Barton*, Multimediastrafrecht, 1998; *Frank*, Zur strafrechtlichen Bewältigung des Spamming, 2004; *Kessler*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangsp Providern in Deutschland und der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in Europa, 2003; *Körber*, Rechtsradikale Propaganda im Internet – der Fall Toeben, 2003; *Popp*, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, 2002.

² Diese Probleme bestehen zumeist ganz ähnlich auch in anderen Rechtsgebieten, gewinnen aber auf Grund des strengen Gesetzlichkeitsprinzips nach Art. 103 II GG im Strafrecht teilweise noch besondere Schärfe.

³ Zu den verbleibenden Probleme im Zusammenhang mit der Tathandlung des Verbreitens vgl. BGHSt 47, 55 m. Anm. *Gercke*, MMR 2001, 678 ff.; *Kudlich*, JZ 2002, 310 ff.; *Lindemann*, JR 2002, 206 ff.

⁴ Detaillierte Darstellung der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, der Regelung und der Einordnung in den internationalen Zusammenhang bei *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, 1999.

⁵ RL 2000/31/EG, ABLEG L 178 vom 17.7.2001, S. 1 ff., im Folgenden ECRL.

⁶ Aus diesem Grund hat die Neufassung des TDG auf Grund der e-commerce-Richtlinie durch das „Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr“ vom 14.12.2001, in Kraft getreten am 1.1.2002, keine wesentlichen Änderungen der Rechtslage mit sich gebracht, vgl. dazu aus strafrechtlicher Sicht *Kudlich*, JA 2002, 798 ff. sowie *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1009 ff.

⁷ Zur Einführung des Herkunftslandprinzip (vor allem auch aus international-privatrechtlicher Sicht) vgl. vertiefend *Man-kowsky*, IPRax 2002, 257 ff. sowie *Spindler*, RIW 2002, 183 ff.; *ders.*, RabelsZ 66 (2002), 633 ff.

⁸ Vgl. nur *Manssen-Brunner*, Telekommunikations- und Multimediarecht, § 4 TDG Rn. 73 einerseits und (für die österrei-

gangen werden, ob das Herkunftslandprinzip für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts überhaupt beachtlich ist (anschließend III.).

II. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Internetstraftaten nach §§ 3 ff. StGB

1. Die grundsätzliche Bedeutung des „Internationalen Strafrechts“

Das StGB kennt kein Kollisionsrecht i.e.S., das bestimmen würde, welches nationale Strafrecht auf bestimmte Sachverhalte anzuwenden ist, sondern es enthält in §§ 3 ff. „nur“ ein Strafanwendungsrecht, das darüber entscheidet, ob *speziell das deutsche* Strafrecht anwendbar ist.⁹ Als Kriterium dafür, wann ein Nationalstaat auf einen bestimmten Sachverhalt sein Strafrecht anwendet, sind verschiedene Anknüpfungspunkte vorstellbar. Der wichtigste ist im deutschen Strafrecht ebenso wie in vielen anderen Strafrechtsordnungen das Territorialitätsprinzip:¹⁰ Gemäß § 3 StGB ist deutsches Strafrecht auf Taten anwendbar, die im Inland begangen worden sind. Daneben finden sich – neben dem das Territorialitätsprinzip nur verlängernden Flaggenprinzip nach § 4 StGB – in §§ 5 ff. StGB für Auslandstaten Ausprägungen des sog. Schutzprinzips für bestimmte inländische Rechtsgüter, des aktiven und passiven Personalitätsprinzips, des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege und des Weltrechtsprinzips.¹¹

Diese Prinzipien müssen im Folgenden nicht näher dargestellt werden, da sie in den praktisch relevanten Problemfällen der Internetkriminalität keine große Rolle spielen. Eine Ausnahme bildet insoweit allein die Geltung des Weltrechtsprinzips für die Verbreitung von Kinderpornographie nach § 6 Nr. 6 StGB. Allerdings ist diese ihrerseits *strafrechtsdogmatisch* mehr oder weniger unproblematisch, da eine umfassende und unterschiedslose Anwendung des deutschen Strafrechts angeordnet ist. Fraglich ist hier eher die *rechtspolitische* und *völker-*

chische Umsetzung der ECRL) *Schwarzenegger*, in: Plöckinger/Duursma/Helm (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen im Internet-Recht, 2. Aufl. (2004 – im Erscheinen), Abschn. IV 2 b, andererseits.

⁹ Vgl. nur Schönke/Schröder-Eser (26. Aufl., 2001), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 1; Tröndle/Fischer (51. Aufl., 2003), Vor. § 3 Rn. 1. Im Ergebnis führt dies dann auch zur Zuständigkeit der deutschen Strafgerichtsbarkeit. Anders als im internationalen Privatrecht, in dem diese beiden Fragen getrennt sind und in dem durchaus vorstellbar ist, dass etwa ein deutscher Richter französisches Recht anwenden muss, wenden deutsche Strafgerichte genuin erst einmal nur deutsches Strafrecht an, weshalb die Zuständigkeit der deutschen Strafgerichtsbarkeit und die Anwendung deutschen Strafrechts grundsätzlich zusammenfallen.

¹⁰ Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts (5. Aufl., 1996), § 18 III; MüKo/StGB-Ambos (2003), vor §§ 3-7 Rn. 25 ff.; Schönke/Schröder-Eser (Fn. 9), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 4.

¹¹ Vgl. zu all diesen Prinzipien näher Jescheck/Weigend (Fn. 10), 1996, § 18 III; MüKo/StGB-Ambos (Fn. 10), vor §§ 3-7 Rn. 17 ff.; Schönke/Schröder-Eser (Fn. 9), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 4 ff.

rechtliche Legitimation einer solchen Anordnung der weltweiten Anwendbarkeit deutschen Strafrechts¹² sowie bei der konkreten Rechtsanwendung die Frage, ob und in welcher Gestalt darüber hinaus noch ein spezifischer Inlandsbezug erforderlich ist.¹³

2. Die spezielle Problematik für Internetstraftaten

a) Entscheidendes Kriterium ist in Problemfällen mit Internetbezug daher zumeist das Territorialitätsprinzip und damit die Frage, wann eine Tat i.S.d. § 3 StGB „im Inland begangen“ worden ist. § 3 StGB wird dabei durch § 9 StGB näher ausgefüllt, der insoweit vom „Ubiquitätsgrundsatz“ ausgeht: Eine Tat ist danach im Inland begangen, wenn entweder die Tathandlung im Inland vorgenommen worden ist oder aber der Taterfolg im Inland eingetreten ist. Ebenso unproblematisch wie unspektakulär sind dabei die Fälle, in denen die *Handlung* im Inland stattgefunden hat, d.h. in denen der pönalisierte Inhalt in Deutschland ins Internet eingestellt worden ist (und möglicherweise sogar auch auf einem in Deutschland befindlichen Server liegt).

b) Zum Gegenstand kontroverser Diskussionen und auch einer Entscheidung des BGH sind dagegen solche Fälle geworden, in denen der Inhalt im Ausland auf einem dort befindlichen Server abgelegt wird, aber – was im Internet regelmäßig der Fall ist – auch von Deutschland aus abrufbar ist. Da hier die Tathandlung (nahezu unstreitig¹⁴) im Ausland liegt, kommt es darauf an, ob die Abrufbarkeit des Inhalts in Deutschland dazu führt, dass auch hier i.S.d. § 9 I Var. 3 StGB der „zum Tatbestand gehörende Erfolg“ eingetreten ist. Diese Frage ist auch nach einer Leitentscheidung des BGH¹⁵ umstritten. Der damit verbundene umfangreiche Streit kann hier nicht umfassend nachgezeichnet, sondern soll nur knapp zusammengefasst werden:¹⁶

aa) Soweit es sich um Erfolgsdelikte handelt, für deren Vollendung der Zugang bzw. die Wahrnehmung einer Äußerung erforderlich ist, kann der Erfolgsort noch relativ einfach danach bestimmt werden, wo dieser Zugang bzw. diese Wahrnehmung erfolgt sind. Problematischer ist die Bestimmung eines Erfolgsortes aber bei solchen Inhaltsverbreitungsdelikten, die als Gefährdungsdelikte

¹² Vgl. MüKo/StGB-Ambos (Fn. 10), § 6 Rn. 12 und 16; Schönke/Schröder-Eser (Fn. 9), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 8.

¹³ Vgl. dazu BGHSt 45, 64, 66 ff.; interessanterweise verlangt der BGH, der in seiner Toeben-Entscheidung (BGHSt 46, 212, 224) das Territorialitätsprinzip extrem weit ausdehnt (vgl. auch näher unten), einen solchen spezifischen Inlandsbezug im konkreten Fall auch bei einer Begründung der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts über §§ 3, 9 StGB (krit. zu diesem Vorgehen Kudlich, StV 2001, 397, 399).

¹⁴ Für eine Ausdehnung des Handlungsbegriffs aber offenbar *Cornils*, JZ 1999, 394, 396 ff.

¹⁵ Vgl. BGHSt 46, 212 ff. m. Anm. Hörnle, NSStZ 2001, 309 ff., sowie Kudlich, StV 2001, 397 ff.

¹⁶ Ausführlicher vgl. nur Hilgendorf, NJW 1997, 1873 ff.; Koch, GA 2002, 703 ff.; Sieber, NJW 1999, 2065 ff.; monographisch Lehle, Der Erfolgsbegriff und die deutsche Strafrecht-zuständigkeit, 1999; sowie Körber (Fn. 1).

ausgestaltet sind. Teilweise wird hier der Eindruck erweckt, als ob in solchen Fällen mangels Taterfolgs eine Anwendung von § 9 I Var. 3 StGB generell ausscheiden müsste. Dass dies wenig überzeugend ist, zeigen schon Beispielsfälle, in denen illegale Inhalte per E-Mail (oder natürlich auch mit der klassischen Post) an einen Empfänger nach Deutschland gesendet und dort dann gelesen werden. Warum ein solches Handeln der deutschen Strafgewalt nicht unterfallen sollte, ist schwer einsehbar. Vor allem aber sagt die Qualifizierung als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt noch nichts darüber aus, ob i.S.d. § 9 StGB ein Erfolg eintreten kann – ist doch Gegenbegriff des Erfolgsdeliktes nicht etwa das Gefährdungsdelikt, sondern das Tätigkeitsdelikt.

Zwar wird man umgekehrt auch einen für § 9 I Var. 3 StGB ausreichenden Erfolg nicht überall dort als gegeben erachten können, wo sich die pönalisierte abstrakte Gefahr realisieren könnte. Denn diese Realisierung ist eben kein „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ i.S.d. § 9 I Var. 3 StGB, und auch Einschränkungen wie das Erfordernis eines *finalen* Handelns hinsichtlich der Verbreitung gerade in Deutschland¹⁷ oder eines objektiven territorialen Bezugs zu Deutschland (vor allem auf Grund der Sprache und der Inhalte)¹⁸ sind nicht nur verhältnismäßig unscharf, sondern finden auch keine Stütze im Gesetz.

bb) Soweit aber tatsächlich ein Erfolg i.S. einer von der Tathandlung abtrennbaren und im Tatbestand beschriebenen Veränderung der Außenwelt beschreibbar ist, kann diese Veränderung (überall dort, wo sie durch das Täterhandeln eingetreten ist) einen „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ und damit die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründen. Eine solche Lösung hat nicht nur den Vorteil, sich auf die historischen Wurzeln des § 9 I StGB stützen zu können,¹⁹ der im wesentlichen die frühere Rechtsprechung des RG fortschreibt,²⁰ sondern sie kann auch die konkrete Formulierung des jeweiligen Straftatbestandes berücksichtigen und zum Ausgangspunkt der Überlegungen machen. Dabei lässt eine genaue Betrachtung der jeweiligen Norm durchaus differenzierende (und sachgerechte) Ergebnisse zu: So ist etwa bei all den Delikten, die ein „Zugänglichmachen“ o.ä. eines illegalen Inhalts fordern, eine „Veränderung in der Außenwelt“ nur an dem Ort gegeben, an dem die Inhalte

¹⁷ So z.B. *Collardin*, CR 1995, 618, 621.

¹⁸ So *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873, 1876 f.

¹⁹ Ausführliche Analyse bei *Sieber*, NJW 1999, 2065 ff., mit dessen Ansatz zwar nicht in allen Ergebnissen und Konsequenzen, wohl aber in den Betrachtung der historischen Wurzeln und dem daraus abgeleiteten Abstellen auf einen „Tathandlungserfolg“ Übereinstimmung besteht.

²⁰ § 9 I StGB beruht im wesentlichen auf dem 1940 durch die Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts (BGBl. 1940 I, 754) neu eingefügten § 3 III RStGB. Die von *Sieber*, NJW 1999, 2065, 2069, analysierten Entscheidungen des RG betreffen neben der Beleidigung und dem unzulässigen Vertrieb von Lotterielosen (der an die gegenwärtige Diskussion über das Glücksspiel im Internet erinnert) z.T. ebenfalls Äußerungsdelikte. Dies ist insoweit interessant, als damit eine Basis für eine sachgerechte historische Auslegung geschaffen wird.

zugänglich gemacht wurden, nicht schon an jedem Ort, von dem aus man sich den anderswo zugänglich gemachten Inhalt beschaffen kann.²¹

cc) Der *BGH* teilt in der bereits erwähnten Toeben-Entscheidung zwar den Ausgangspunkt, dass die Einordnung als Gefährdungs- oder Verletzungsdelikt für die Frage nach einem Erfolgsort nicht präjudiziell ist. Bei der Festlegung des (hier sog.) „Tathandlungserfolgs“ geht er aber wesentlich weiter und hat für § 130 StGB die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf einen Fall bejaht, in dem ein Australier den Holocaust leugnende Inhalte auf einem australischen WWW-Server zum Abruf bereit gehalten hat. Die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens sei beim potentiellen bzw. abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikt des § 130 StGB Erfolg i.S.d. § 9 I Var. 3, und dieser Erfolg sei auch in Deutschland eingetreten.²²

Das erscheint zwar fraglich, da die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens eher eine *Modalität der Tathandlung* als einen Erfolg beschreibt; insoweit besteht eine gewisse Nähe zum o.g. Ansatz, bei Gefährdungsdelikten einen Erfolgsort überall dort anzunehmen, wo sich die in dem Tatbestand pönalisierte Gefahr in irgendeiner Weise realisieren kann. Für die Rechtsanwendung in der Praxis darf aber natürlich das weite Verständnis des Territorialitätsprinzips durch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht vernachlässigt werden.²³

III. Überlagerung des Strafanwendungsrechts durch das Herkunftslandprinzip in § 4 TDG?

Zusammengefasst bedeutet dies, dass nach den allgemeinen Regeln der §§ 3 ff. StGB deutsches Strafrecht häufig auf Inhalte im Internet anwendbar ist: Nicht nur praktisch unstreitig in solchen Fällen, in denen das Weltrechtsprinzip eingreift oder die Tathandlung im Inland begangen wird, sondern darüber hinaus auch in – je nach konkretem Verständnis des Erfolgsbegriffs – mehr oder weniger weitem Umfang,²⁴ wenn ein Tat(handlungs)erfolg in

²¹ Würde man anders entscheiden, müsste man etwa bei einem im Ausland stehenden Kiosk, an dem ein verbotenes Magazin gekauft und dann ins Inland transportiert werden kann, stets auch zugleich ein Zugänglich-Machen durch den Verkauf im Inland annehmen, was soweit ersichtlich niemand ernsthaft erwägt.

²² Vgl. BGHSt 46, 212, 221 ff.

²³ Zu einer – soweit ersichtlich als solchen noch wenig wahrgenommenen – weiteren Ausdehnung könnte der von BGHSt 47, 55, 58 ff. entwickelte „internetspezifische Verbreitensbegriff“ beitragen, der einen Verbreitenserfolg annimmt, wenn eine Datei auf einem in Deutschland stehenden Rechner „angekommen“ ist. Damit liegt der Erfolgsort immer auch hier, wenn eine Datei erfolgreich nach Deutschland abgerufen wird. Vgl. bereits *Kudlich*, JZ 2002, 310, 311.

²⁴ So ist auch nach dem hier vertretenen engeren Ansatz deutsches Strafrecht dann anwendbar, wenn Inhalte aktiv vom Anbieter nach Deutschland geleitet werden, so etwa bei e-mails aus dem Ausland an deutsche accounts, da dadurch die Veränderung in der Außenwelt in Gestalt eines „Hier-zugänglich-

Deutschland eintritt, wobei insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung zu einer weiten Anwendung tendiert. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Frage an Reiz und Bedeutung, ob die Regelungen über das deutsche Strafanwendungsrecht möglicherweise durch das Herkunftslandprinzip der ECRL, das in § 4 TDG (sowie auch in § 5 Mediendienstestaatsvertrag²⁵) umgesetzt worden ist, überlagert und modifiziert wird.

Vorstellbar ist dies insbesondere auf Grund des zweiten Absatzes des (hier im Folgenden alleine zitierten) § 4 TDG, wonach „der freie Dienstleistungsverkehr von Telediensten, die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG niedergelassen sind, (...) nicht eingeschränkt“ wird. Da nun die drohende strafrechtliche Verantwortlichkeit für einen bestimmten von Deutschland aus abrufbaren Inhalt ohne Zweifel ein Grund sein könnte, bestimmte Inhalte nicht im Internet zugänglich zu machen, obwohl sie im Niederlassungsland des jeweils Handelnden rechtlich unbedenklich sind, scheint § 4 II TDG als strafenwendungsrechtliche Regelung zu verstehen zu sein, die eine Anwendung deutschen Strafrechts trotz Erfolgseintritts im Inland ausschließen würde.²⁶

1. Das Anwendungs- und Ausnahmesystem des § 4 TDG

Die gesetzliche Regelung ist jedoch nicht ganz einfach zu durchschauen und allenfalls auf den ersten Blick klar: Dieser erste Blick zeigt, dass das Strafrecht jedenfalls insgesamt kein Gegenstand der Ausnahmekataloge des § 4 III und IV TDG ist. Allerdings findet das Strafrecht – gewissermaßen auf den zweiten Blick – immerhin Erwähnung im Katalog des § 4 V TDG. Danach unterliegen das Angebot und die Erbringung von Telediensten durch einen Diensteanbieter in einem anderen Staat abweichend von § 4 II TDG „den Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts, soweit dieses dem Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere im Hinblick auf die Verhütung, Ermittlung, Aufklärung, Verfolgung und Vollstreckung von Straftaten (...) vor Beeinträchtigungen oder ernsthaften und schwerwiegenden Gefahren dient, und die auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts in Betracht kommenden Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzziele stehen“. Für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten wird dabei nach § 4 V 2 TDG sogar – wie von Art. 3 IVb ECRL auch ausdrücklich zugelassen – von den Konsultations- und

Seins“ gerade auch durch eine Aktivität des Täters in Deutschland eintritt.

²⁵ Vgl. z.B.: HbgGVBl. 1997, S. 280, zuletzt geändert durch den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag vom 04. Februar 2003, HbgGVBl. 2003, S. 27.

²⁶ Ob die Rechtslage in diesem Staat mit der in Deutschland vergleichbar ist, wäre dabei unerheblich; denn § 4 TDG bzw. der damit umgesetzte Artikel 3 der ECRL geht gerade nicht den Weg einer Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts, sondern der gegenseitigen Anerkennung.

Informationspflichten gegenüber den anderen Mitgliedsstaaten und der Kommission abgesehen, die für andere Materien nach § 4 V TDG vorgesehen sind.

Damit scheint das Strafrecht einerseits der Geltung des Herkunftslandprinzips nicht generell entzogen zu sein; andererseits soll seine Anwendung aber doch unter nur recht unscharf gestalteten Voraussetzungen möglich bleiben, wobei zugleich von den sonst unter diesen Voraussetzungen vorgesehenen Verfahrenserfordernissen suspendiert wird. Die Konsequenz einer solchen etwas unentschlossen und fast schon in sich selbst widersprüchlich wirkenden Regelung ist nicht ganz einfach zu bestimmen. Insoweit ist wenig verwunderlich, dass der – bisher recht spärliche – Meinungsstand in der Literatur von der Annahme einer regelmäßigen Anwendung des Herkunftslandprinzips auch im Strafrecht bis zum Postulat seiner völligen Bedeutungslosigkeit in diesem Gebiet reicht.²⁷

2. (Nicht-)Geltung des § 4 TDG im Strafrecht aus übergeordneten Gründen?

Nun könnte man die durch § 4 TDG insoweit geschaffene Verwirrung als eine zwar ärgerliche, aber letztlich unschädliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers abtun, wenn die Vorschrift aus gleichsam vorgelagerten Gründen im Strafrecht nicht anwendbar wäre. Dafür erscheinen auf den ersten Blick zwei Begründungen vorstellbar, die aber beide bei näherem Hinsehen nicht tragen:

a) Die Materialien des TDG und die Erwägungsgründe der Richtlinie

Für eine Unanwendbarkeit bzw. Folgenlosigkeit könnte die Gesetzesbegründung zum TDG sprechen, in der die Rede davon ist, dass „die Anwendbarkeit des deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts (§§ 3 ff. StGB bzw. §§ 5, 7 OWiG) durch das TDG nicht berührt“ werden solle. Ein so weiter Ausschluss der Geltung im Strafrecht ist freilich dem Wortlaut des § 4 TDG nicht zu entnehmen. Insbesondere ist – wie oben bereits erwähnt – das Strafrecht als solches nicht ausdrücklich im Katalog der generellen Ausnahmen nach § 4 III TDG genannt. Da nach allgemeinen Grundsätzen eine historisch-genetische Auslegung jedoch üblicherweise nur insoweit starkes Gewicht entfaltet, als der gesetzgeberische Wille in der gesetzlichen Regelung objektiv zum Ausdruck gekommen ist (oder aber jedenfalls Wortlaut und Systematik einem solchen Verständnis nicht entgegenstehen),²⁸ kommt der soeben zitierten Passage aus der Ge-

²⁷ Vgl. nochmals die Nachweise in Fn. 8 sowie ferner *Altenhain*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, 2003, S. 107, 109 ff.; *Satzger*, in: Ohly/Heermann (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Netz*, 2003, 161, 176 ff.; *Spindler*, *RabelsZ* 66 (2002), 634, 644 ff.

²⁸ Vgl. BVerfGE 1, 299, 312; BGHZ 46, 74, 80; *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3. Aufl., 1995), S. 164; *Schmalz*, *Methodenlehre* (4. Aufl., 1998), Rn. 263.

setzesbegründung jedenfalls keine absolute Wirkung zu.²⁹

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem 8. Erwägungsgrund zur e-commerce-Richtlinie selbst, in dem es heißt: „Ziel dieser Richtlinie ist es, einen rechtlichen Rahmen zur Sicherstellung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten zu schaffen, nicht aber, den Bereich des Strafrechts als solchen zu harmonisieren.“ Zum einen gilt auch hier, dass ein etwaig beabsichtigter vollständiger Ausschluss im Richtlinientext nicht zum Ausdruck gekommen ist; zum anderen und vor allem stünde diese Formulierung auch einer Anwendung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 ECRL bzw. § 4 TDG im Strafrecht nicht entgegen. Denn dabei handelt es sich ja gerade um *keine Harmonisierung* des Strafrechts, sondern um einen von der Harmonisierung grundsätzlich zu unterscheidenden Fall der gegenseitigen Anerkennung.³⁰ Dass auch der deutsche Gesetzgeber in seiner Begründung vor dem oben zitierten Satz die Formel von der nicht angestrebten Harmonisierung für die „Bereiche des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts als solchen“ aufgreift, mag ein Hinweis darauf sein, dass ihm an dieser Stelle die Unterschiedlichkeit der beiden Integrationsinstrumente der Harmonisierung auf der einen und der gegenseitigen Anerkennung auf der anderen Seite nicht völlig bewusst gewesen ist.

Insoweit bleibt es also auch und gerade mit Blick auf die Richtlinie als Wurzel des TDG zunächst dabei, dass eine generelle Ausnahme des Strafrechts aus der querschnittartigen Regelung der Dienstleistungsgesellschaft nicht stattfinden soll.

b) Allgemeine Überlegungen zur „Europäisierung“ strafrechtlicher Regelungen

Der zweite „vorgelagerte Grund“ könnte im Gedanken bestehen, dass der Bereich des Strafrechts gänzlich außerhalb des Kompetenzbereichs der EG liegen würde und deshalb solche Regelungen, die in Umsetzung einer europäischen Richtlinie erfolgen, grundsätzlich keine Auswirkung für den Bereich des Strafrechts haben könnten. Aber auch diese Überlegung verfängt vorliegend nicht:

Zwar entspricht es der ganz herrschenden Meinung, dass der EG grundsätzlich keine originäre Kompetenz zur Setzung von Strafnormen zusteht.³¹ Und selbst soweit

²⁹ Ähnlich auch *Altenhain*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, 2003, S. 107, 112, abstellend auf den 8. Erwägungsgrund.

³⁰ Zutreffend betont von *Altenhain*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, 2003, S. 107, 112; ebenso *Manssen-Brunner* (Fn. 8), § 4 TDG, Rn. 5.

³¹ Vgl. nur *Satzger*, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001, S. 143 m.v.w.N.

aus Art. 280 IV EGV etwas anderes abgeleitet wird,³² beträfe dies nur den hier nicht einschlägigen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft. Allerdings handelt es sich bei der ECRL gerade um keine unmittelbar anwendbare Regelung etwa nach Art einer Verordnung, sondern um einen umsetzungsbedürftigen Rechtsakt. Da diese Umsetzung – wie im vorliegenden Fall durch das TDG – stets noch durch den nationalen Gesetzgeber erfolgen muss, werden „Anordnungen“ an die nationalen Gesetzgeber durch Richtlinien – ähnlich wie durch Rahmenbeschlüsse auf der Ebene der Europäischen Union – auch für den Bereich des Strafrechts als grundsätzlich möglich erachtet, weil die gegen eine originäre Strafrechtskompetenz der Gemeinschaft vorgebrachten Souveränitäts- und Demokratiedefizitargumente an Gewicht verlören, wenn die letztlich für den Bürger verbindliche Regelung durch den jeweils nationalen Gesetzgeber erlassen wird.³³

Man mag sich zwar fragen, ob dies auch dann gelten kann, wenn die Vorgaben – wie oft bei Richtlinien und Rahmenbeschlüssen und letztlich auch vorliegend – so eng sind, dass sie dem nationalen Gesetzgeber kaum noch einen Umsetzungsspielraum eröffnen. Denn durch ein solches Vorgehen droht die fehlende Kompetenz zur originären Strafgesetzgebung zumindest teilweise unterlaufen zu werden.³⁴ Allerdings ist hier eine weitere Besonderheit zu beachten: Durch die Umsetzung der Richtlinie wird hier eine Strafbarkeit gerade nicht *statuiert*, sondern aus dem Blick desjenigen Landes, auf dessen Territorium auf Grund des Herkunftslandprinzips ein bestimmter Inhalt straflos bleiben muss, gerade *ausgeschlossen*. In der Literatur wird aber auf dem Boden einer Reihe von Entscheidungen des EuGH³⁵ die gemeinschaftsrechtliche *Setzung* von der gemeinschaftsrechtlichen *Untersagung* einer Strafbarkeit unterschieden und der EG ein „*ius non puniendi*“ durchaus zugestanden.³⁶

Auch ob dem in uneingeschränkter Form zu folgen ist, mag hier dahinstehen; überzeugend ist die Annahme eines solchen „*ius non puniendi*“ aber jedenfalls dann, wenn die gemeinschaftsrechtlich suspendierte Strafbarkeit einen unmittelbaren Bezug zu den Grundfreiheiten hat. Denn wie *Christian Schröder* zu Recht betont, ist „die Aussicht auf strafrechtliche Konsequenzen (...) dazu

³² Vgl. zum Streit *Satzger* (Fn. 31), S. 105; *Waldhoff* in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag* (2. Aufl., 2002), Art. 280 Rn. 20; *Prieß/Spitzer* in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (6. Aufl., 2004), Art. 280 Rn. 84 ff.; vgl. auch *Zieschang*, *ZStW* 2001, 255 ff.

³³ Vgl. nur *Eisele*, *JZ* 2001, 1157, 1160; *Satzger* (Fn. 31), S. 90 ff.

³⁴ Dezidiert krit. etwa *Schünemann*, *GA* 2004, 193, 201, der von einem „mechanischen Kopiervorgang“ spricht „der dem Gesetzesbegriff des Art. 103 II GG nicht unterfällt“.

³⁵ Vgl. EuGH, Rs. 203/80 = E 1981, 2595 ff.; Rs. 186/87 = E 1989, 195 ff.; Rs. C-226/97 = E 1998 I, 3711, 3731 ff.

³⁶ Vgl. auch – im Zusammenhang mit dem Herkunftslandprinzip – *Altenhain*, in: *Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal* (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, 2003, S. 107, 115 f.

prädestiniert, ein gemeinschaftsrechtlich verbürgtes Recht letztlich doch nicht in Anspruch zu nehmen“.³⁷

Als Zwischenergebnis lässt sich damit feststellen, dass eine Anwendung des Herkunftslandprinzips auf das Strafrecht jedenfalls weder aus Gründen der Entstehungsgeschichte noch auf Grund mangelnder strafrechtlicher Kompetenzen der EG ausgeschlossen wäre. Die Äußerungen im deutschen Gesetzgebungsverfahren sowie auch die Erwägungsgründe in der Richtlinie zeigen aber, dass sowohl Richtlinien- als auch deutscher Gesetzgeber hinsichtlich einer Regelung des Strafrechts eine gewisse Zurückhaltung an den Tag legen. Diese, im Zusammenspiel mit der wenig klaren Regelung des § 4 TDG fast schon „unsicher“ wirkende, Haltung mag nicht zuletzt auch mit den Bedenken zusammenhängen, die generell hinsichtlich der Europäisierung des Strafrechts diskutiert werden. Auf Grund dieser Unsicherheiten in Wortlaut und Entstehungsgeschichte erscheint es legitim, im Folgenden weiteren Sachgesichtspunkte, die gegen eine weitreichende Geltung des Herkunftslandprinzips im Strafrecht sprechen würden, nähere Beachtung zu schenken:

3. Gründe für eine Einschränkung des Herkunftslandprinzips im Strafrecht

Diese Gründe liegen zum einen im Anwendungsbereich und im Regelungszusammenhang, in dem die Richtlinie zu sehen ist, zum anderen in den drohenden negativen Konsequenzen eines Herkunftslandprinzips im Bereich des Strafrechts:

a) Anwendungsbereich und Regelungszusammenhang

aa) In konsequenter Umsetzung von Art. 3 ECRL gilt die uneingeschränkte Freiheit von Telediensten nach § 4 II TDG nur für solche Diensteanbieter, die insoweit „geschäftsmäßig“ handeln. Diese Geschäftsmäßigkeit ist zwar – das zeigt § 2 III TDG deutlich³⁸ – nicht zwingend mit „Gewerbsmäßigkeit“ gleichzusetzen, sondern zielt nur auf die Nachhaltigkeit ab.³⁹ Selbst dann ist aber problematisch, dass die Wohltat des § 4 II TDG gerade solchen Anbietern zugute kommen soll, die nachhaltig, d.h. dauerhaft und in mehr oder weniger großem Umfang entsprechende Dienste betreiben – oder wie *Schwarzenegger* plakativ formuliert: Dass „gerade die kommerziellen (Kinder-)Pornovertreiber, NS-Propaganda-Händler oder Online-Auktionsbetrüger (...) zu privilegieren (sein) und (...) nur im Handlungsort verfolgt werden (dürfen)“.⁴⁰

³⁷ Vgl. *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 198.

³⁸ § 2 III TDG lautet: „Absatz 1 gilt unabhängig davon, ob die Nutzung der Teledienste ganz oder teilweise unentgeltlich oder gegen Entgelt möglich ist“.

³⁹ Vgl. *Manssen-Brunner* (Fn. 8), § 4 TDG Rn. 33.

⁴⁰ *Schwarzenegger*, in: Plöckinger/Duursma/Helm (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen im Internet-Recht, 2. Aufl. (2004 – im Erscheinen), Abschn. IV 2 b.

bb) Des Weiteren ist die Praktikabilität einer Regelung für das Strafrecht fraglich, aus der gerade ein großer Teil der auch strafrechtlich relevanten Bereiche wie insbesondere die Verletzungen des Urheberrechts oder das illegale Glücksspiel ausgenommen sind.

cc) Schließlich ist zu beachten, dass gerade auf europäischer Ebene etwa in Art. 22 der Cybercrime-Convention sowie in Art. 10 des Rahmenbeschlusses über Angriffe auf Informationssysteme oder in Art. 8 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie abweichende Regelungen getroffen worden sind, die vorrangig auf das Territorialitätsprinzip (bzw. ergänzend auf das aktive Personalitätsprinzip) abstellen.⁴¹ Diese sind mit einer Geltung des Herkunftslandprinzips im Übrigen nur schwer in Einklang zu bringen.

b) Drohende Konsequenzen bei einer Anwendung des Herkunftslandprinzips im Strafrecht

Aber auch die Ergebnisse, die eine uneingeschränkte Anwendung des Herkunftslandprinzips im Strafrecht nach sich ziehen würden, wecken Bedenken: Einerseits würde nämlich in vielen Bereichen eine „Abwärtsspirale“ des strafrechtlichen Schutzes hin zum geringsten Schutzniveau drohen,⁴² da sich die Mitgliedstaaten aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sehen könnten, den bei ihnen ansässigen Dienstleistern ein möglichst wenig enges strafrechtliches Korsett anzulegen, um sie nicht an eine „strafrechtliche Oase“ zu verlieren. Solche Einwände sind zwar dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, wie es dem Herkunftslandprinzip zugrunde liegt, generell inhärent und scheinen daher auf dem ersten Blick eben als europarechtliche Notwendigkeit hinzunehmen zu sein.

Allerdings ist hier zu beachten, dass seine Auswirkungen besonders weit reichen, wenn es sich um die Ausübung von Freiheiten handelt, welche wie im Bereich von Computernetzen praktisch immer grenzüberschreitend⁴³ und dabei zugleich im gesamten Bereich der Gemeinschaft (und nicht schwerpunktmäßig beschränkt auf die unmittelbaren Nachbarstaaten) erfolgt. Darüber hinaus sind derartige Auswirkungen im Strafrecht um so prekärer, wenn wie hier mittelbar über § 4 II TDG eben nicht nur mehr oder weniger wirtschaftsnahe Bereiche, sondern unter Umständen der Gesamtbestand strafrechtlicher Regelungen betroffen sein kann, der in seinen innerhalb der Mitgliedstaaten abweichenden Bereichen zumindest teilweise auch historischen oder soziokulturellen Besonderheiten in den Mitgliedstaaten geschuldet ist, deren

⁴¹ Zutreffend betont bei *Schwarzenegger*, in: Plöckinger/Duursma/Helm (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen im Internet-Recht, 2. Aufl. (2004 – im Erscheinen), Abschn. IV 1 a dd.

⁴² Vgl. *Altenhain*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, 2003, S. 107, 116 („race to the bottom“); *Manssen-Brunner* (Fn. 8), § 4 TDG Rn. 22.

⁴³ Zutreffend *Altenhain*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, 2003, S. 107, 117.

Berücksichtigung Art. 6 III EUV gerade einfordert.⁴⁴ Dass im Übrigen innerhalb eines jeweiligen Mitgliedstaates auf Grund der stets europaweiten Verfügbarkeit eines jeden Dienstes die Diskriminierung der in diesem Staat selbst niedergelassenen Inländer unter dem Gesichtspunkt der Geeignetheit entsprechender Strafdrohungen⁴⁵ besondere Zweifel an der Legitimation der strafrechtlichen Regelungen weckt, sei hier nur ergänzend bemerkt.

Andererseits könnte in bestimmten Bereichen auch der Druck der Mitgliedstaaten aufeinander wachsen, Lücken im eigenen Strafrecht in eigentlich systemfremder Weise zu schließen,⁴⁶ soweit es um gewisse, zumeist nur in einer bestimmten Strafrechtsordnung geschützte Rechtsgüter geht. So ist insbesondere der Schutz bestimmter Verfassungsorgane oder -symbole regelmäßig auf inländische Tatobjekte beschränkt, was bei einer Begehung durch einen im Ausland niedergelassenen Diensteanbieter trotz Eintritt des Erfolges im Inland konsequenterweise zur Straflösigkeit führen würde. Das könnte bei allen Mitgliedstaaten den bedenklichen Wunsch erwachen lassen, dass ihre Güter auch durch die Rechtsordnung der übrigen Mitgliedstaaten mitgeschützt werden.

IV. Fazit

Zusammenfassend sprechen damit gewichtige Sachgesichtspunkte für eine möglichst zurückhaltende Anwendung des Herkunftslandprinzips im Strafrecht. Auch die Materialien lassen eine eingeschränkte Auslegung zumindest zu, da sie zeigen, dass Richtlinien- wie deutscher Gesetzgeber gleichermaßen das Strafrecht nicht en passant „umkrepeln“ wollten.⁴⁷ Deshalb ist trotz der nicht zu leugnenden Friktionen mit den Ausschlussregeln des § 4 III und IV TDG eine Auslegung des § 4 V TDG vorzugswürdig, welche das Herkunftslandprinzip für das Strafrecht weiter als in anderen Bereichen ausschließt. Dies kann dadurch erreicht werden, dass im Bereich des Strafrechts *grundsätzlich* davon ausgegangen wird, dass es sich i.S.d. § 4 V TDG um „schwerwiegende und ernsthafte Gefahren“ handelt und die Reaktion des deutschen Strafrechts auch „angemessen“ ist.

Verfolgt man eine solche Auslegung, so tritt allerdings die legitime Frage auf, welche Bedeutung die Tatsache, dass das Strafrecht nicht in die generelle Ausschlussregel des § 4 III TDG aufgenommen worden ist, noch hat.

⁴⁴ Zur Bedeutung dieses „Schonungsgebotes“ für das Strafrecht näher *Satzger* (Fn. 31), S. 166 ff.; vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen der Berücksichtigung kultureller Besonderheiten im Strafrecht einerseits und dem Erfordernis einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung bei genuin internationalen Sachverhalten andererseits auch bereits *Sieber*, JZ 1997, 369 ff.

⁴⁵ Zur Frage nach der Geeignetheit der Strafdrohung als Bestandteil einer grundrechtsorientierten Auslegung im Strafrecht vgl. *Kudlich*, JZ 2002, 127, 130 f.

⁴⁶ Vgl. auch hierzu bereits *Altenhain*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, 2003, S. 107, 125.

⁴⁷ Zutreffend *Satzger*, in: Ohly/Heermann (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Netz, 2003, 161, 177.

Aber auch darauf fällt eine Antwort nicht allzu schwer: Der von Richtlinien- und Gesetzgeber eingeschlagene Weg kann als Auftrag gedeutet werden, die Begrenzung des Strafrechts auf „schwerwiegende und ernsthafte Gefahren“ sowie auf die Angemessenheit der Reaktion nicht aus den Augen zu verlieren. Anders formuliert: Dem Rechtsanwender ist ein Ausweg eröffnet, in begründeten Ausnahmefällen eine Anwendung des deutschen Strafrechts zu vermeiden, wenn diese dem Herkunftslandprinzip widerspricht und eine Regelung beispielsweise nur formal – vielleicht sogar zur Umgehung des Herkunftslandprinzips – in die Form eines Strafgesetzes gegossen wurde. Zwar erschiene es insoweit zu eng, § 4 TDG auf die Delegitimierung von „Formenmissbräuchen“ zu reduzieren; das Erfordernis einer „bei Null beginnenden“ Einzelprüfung der deutschen Strafgesetze auf die ausreichende „Ernsthaftigkeit der Gefahr“ und die „Angemessenheit“ in jedem konkreten Fall besteht gleichwohl nicht. Insbesondere im Bereich des Kernstrafrechts (oder vielleicht sogar noch weitergehend: außerhalb des Bereichs akzessorischer Strafvorschriften zu genuin den grenzüberschreitenden Handel betreffenden Materien) spricht eine erste Vermutung für die Zulässigkeit der strafrechtlichen Einschränkung, und die Argumentationslast liegt bei demjenigen, der sich mittels des Herkunftslandprinzips darüber hinwegsetzen will.

Damit bleibt es für den Regelfall – trotz der auch damit verbundenen Schwierigkeiten – bei der Anwendung des Territorialitätsgrundsatzes. Das erscheint auch sachgerecht, prägt dieser doch nicht nur auch andere Rechtsquellen in diesem thematischen Bereich, sondern berücksichtigt darüber hinaus die gebotene Zurückhaltung des Gemeinschaftsgesetzgebers gegenüber den nationalen Strafrechtsordnungen. Ein solches Ergebnis mag man vielleicht als „wenig spektakulär“ erachten. Aber zum einen spiegelt dies nur die auch nicht weitergehende Regelungskraft des Herkunftslandprinzips in seiner Richtlinie bzw. Gesetz gewordenen Fassung wider;⁴⁸ zum anderen sind „wie jeder Gärtner weiß, (...) die unscheinbarsten Pflanzen häufig die nützlichsten“.⁴⁹

⁴⁸ Insoweit kann auch eine richtlinienkonforme oder europarechtsfreundliche Auslegung (welche im Grundsatz auch für das Strafrecht von Bedeutung ist, vgl. nur *Satzger* [Fn. 31], S. 518 ff.) nicht helfen, ein klareres oder aussagekräftigeres Auslegungsergebnis zu erzielen – denn in der ECRL sind schon die gleichen Inkonsistenzen angelegt, die der deutsche Gesetzgeber richtlinien-treu übernommen hat.

⁴⁹ So in anderem Zusammenhang zum Wert auch „nicht spektakulärer Lösungen“ im Recht anschaulich *Pawlik*, in: Joerden/Wittmann (Hrsg.), Recht und Politik, Jahrestagung der IVR Deutsche Sektion September 2002 (ARSP-Beiheft 93), S. 115, 132.

Der strafrechtliche Schutz drahtloser Computernetzwerke (WLANs)

Von Ulf Buermeyer, Leipzig / Berlin¹

I. Einführung

In den letzten Jahren hat die Nutzung drahtloser Netzwerke zur Verbindung von Computern im Nahbereich, sogenannter WLANs (Wireless Local Area Network), stark zugenommen. Gegenüber einem klassischen drahtgebundenen Netzwerk - dem LAN (Local Area Network) - bietet ein WLAN den Vorteil, dass keine Installationsarbeiten notwendig sind, um Kabel zu verlegen. Daher können verschiedene Computer praktisch sofort untereinander Daten austauschen, sofern sie über die notwendige Hardware (WLAN-Adapter) verfügen. Die Übertragungsgeschwindigkeit der WLAN-Technologie hat sich dabei mit dem jüngsten Standard 802.11g der Geschwindigkeit im kabelgebundenen LAN so sehr angenähert, dass dem Nutzer kaum noch ein Unterschied auffällt.

WLANs werden dabei besonders gern eingesetzt, um mehreren Rechnern Zugang zum Internet zu verschaffen. Musste mit klassischer Technologie stets eine Kabelverbindung von der Telefonsteckdose, über die auch breitbandige DSL-Anschlüsse geschaltet werden, zu jedem einzelnen Rechner gelegt werden, so genügt es nunmehr, dass nur ein Vermittlungsgerät - ein sogenannter Router - unmittelbar an die Internet-Leitung angeschlossen wird. Die Computer, die auf das weltweite Datennetz zugreifen sollen, stellen dann lediglich eine WLAN-Funkverbindung zum Router her, der für sie Nutzdaten aus dem Internet anfordert bzw. über das Internet versendet.

Indessen halten sich Funkwellen nicht an Grundstück- oder Wohnungsgrenzen. Innerhalb der technischen Reichweite von WLANs, die bis zu 300 Meter um die Funkstation herum reichen kann, ist es grundsätzlich jedem Computer möglich, eine Verbindung zum Router aufzubauen, sofern er ebenfalls mit einer WLAN-Karte ausgerüstet ist. Daher können aus technischer Sicht auch Nachbarn oder auch Insassen eines vor dem Haus abgestellten Fahrzeugs mit ihren Rechnern eine Verbindung zum Router und über diesen zum Internet aufbauen. Beim Verbindungsaufbau bekommen die Rechner dabei typischerweise vom Router eine Adresse innerhalb des WLAN zugeteilt, eine sog. IP-Adresse.

Um die unkontrollierte Nutzung eines WLAN zu begrenzen, sehen die WLAN-Standards ein Verschlüsselungsverfahren vor, die sogenannte WEP (Wire Equivalent Privacy - etwa: „Privatsphäre wie bei einem Kabel“). Bei Verwendung von WEP wird ein 5 bzw. 13 Zeichen (40

oder 104 bit) langer Schlüssel in den Router und in alle autorisierten Rechner eingetragen. Dann sollte eine Kommunikation nur noch zwischen Rechnern möglich sein, denen der Schlüssel bekannt ist. Allerdings weist WEP eine konzeptionelle Schwäche auf, die dazu führt, dass mit einigem Aufwand, insbesondere Einsatz bestimmter im Internet frei verfügbarer Programme, der Schlüssel auch erraten werden kann. Praktisch erfordert dies jedoch, dass der Angreifer eine erhebliche verschlüsselte Datenmenge (typischerweise einige Megabyte) mitschneidet und analysiert, was eine Präsenz vor Ort von einigen Stunden bis Tagen erfordert. Neuere, aber noch wenig verbreitete Verschlüsselungsverfahren (WPA seit 2002² und jüngst IEEE 802.11i³) bieten zusätzliche Sicherheit.

Mobile Zeitgenossen, die etwa auf Reisen ihre eMails checken oder online Tickets kaufen wollen, suchen nach einer Möglichkeit, um unterwegs Zugang zum Internet zu finden. Die Tarifstrukturen der Mobilfunkanbieter für das Surfen via Handy sind indessen so unattraktiv, dass sie sich allenfalls für den geschäftlichen Einsatz rechnen mögen. Um dem Bedürfnis nach kostengünstigem Internet-Zugang unterwegs entgegenzukommen, bietet daher mittlerweile manche Bar und manches Café seinen Gästen einen kostenfreien Zugang über WLAN an (sog. Hotspots). Allerdings sind auch solche für die Öffentlichkeit bestimmten freien Zugänge noch nicht flächendeckend verfügbar - ganz im Gegenteil zu privaten oder geschäftlichen WLANs, die mittlerweile praktisch in jedem Ort zu finden sind. Die EDV-Fachzeitschrift *c't* etwa entdeckte bei einer Stichprobe in den Innenstädten Berlins, Münchens und Hannovers ohne größeren Aufwand insgesamt 1389 Funknetze, bei denen auf der Straße vor den Gebäuden ein Empfang möglich war⁴. Die große Verbreitung der WLANs wirkt daher ausgesprochen anziehend, um „mal eben“ unterwegs online zu gehen. Erst kürzlich wurde ein Fall aus Hamburg bekannt, in dem ein Student stutzig gewordenen Polizeibeamten begeistert vorführte, wie er über ein WLAN von der Straße aus surfte⁵.

II. Strafrechtliche Sanktionen gegen „Schwarzsurfen“?

Allerdings sind private WLAN-Funknetze häufig nicht für den Gebrauch durch Dritte vorgesehen. Auch wenn die Mehrheit der Internet-Zugänge, zu denen WLAN-Router den Zugang vermitteln, über pauschal abgerechnete sog. Flatrates verfügen dürften, so ist doch nicht auszuschließen, dass das Surfen in fremden Funknetzen

² Vgl. die Beschreibung des Standards in http://www.wifi.com/OpenSection/pdf/Wi-Fi_Protected_Access_Overview.pdf.

³ Bericht auf Heise online vom 26. Juni 2004, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/48624>.

⁴ *C't* 13/2004, S. 94, online auf <http://www.heise.de/ct/04/13/094/> verfügbar.

⁵ Bericht auf Heise online vom 13. Juni 2004, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/48173>.

¹ Der Autor ist Doktorand an der Juristenfakultät der Universität Leipzig, Redakteur der Zeitschrift HRRS und Rechtsreferendar im Bezirk des Kammergerichts.

im Einzelfall auch Übertragungskosten verursacht. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit das Surfen über fremde Netze strafrechtlich sanktioniert ist. In Betracht kommen insbesondere die Straftatbestände des Ausspähens von Daten gem. § 202a StGB, des Computerbetrugs gem. § 263a StGB sowie des Erschleichens von Leistungen gem. § 265a StGB, aber auch weniger augenfällige Tatbestände des TKG und des UWG.

Dabei sind die Fälle, bei denen der Nutzer ein mittels WEP-Verschlüsselung geschütztes Netz zum Internet-Zugang verwendet, nachdem er den Schlüssel herausgefunden hat, von denen zu unterscheiden, in denen er lediglich ein offenes, ungeschütztes WLAN nutzt. Um ein WEP-geschütztes Netz nutzen zu können, muss der Nutzer Kenntnis des benutzten Schlüssels erlangen. Dazu gibt es für nicht autorisierte Personen zwei technische Möglichkeiten. Zum einen kann der Schlüssel mittels bestimmter Programme erraten werden, die in Internet verfügbare Listen beliebiger Passwörter - etwa Vornamen, Tiernamen und Kosenamen - systematisch ausprobieren und bei Erfolg den passenden Schlüssel ausgeben. Verwendet der Betreiber des Netzes jedoch eine sinnlose Zeichenkombination als Schlüssel, so führt eine solche Wörterbuch-Attacke nicht zum Ziel. In diesem Fall könnte sich der Angreifer jedoch eines Programms bedienen, das die genannte Sicherheitslücke des WEP-Standards ausnutzt und den Schlüssel aus mitgeschnittenen verschlüsselten Daten berechnet. Ein offenes WLAN erfordert hingegen auf Seiten des Nutzers auf Rechnern mit aktuellen Betriebssystemen wie Windows XP nur einen Mausklick, um die Verbindung herzustellen.

Außer Ansatz sollen hier Fälle bleiben, in denen der Nutzer Daten auf Rechnern im WLAN ausspäht oder gar manipuliert - die prinzipielle Strafbarkeit aus § 202a StGB und ggf. §§ 303a, 303b StGB liegt hier auf der Hand⁶. An dieser Stelle soll es lediglich um die reine Internet-Nutzung in Netzen gehen, die vom Betreiber nicht für die öffentliche Verwendung vorgesehen sind. Im folgenden wird als „Nutzer“ jeweils derjenige angesehen, der das fremde Netz als Internet-Zugang nutzt, ohne dazu ausdrücklich ermächtigt zu sein, als „Client“ der von ihm verwendete Rechner und als „Provider“ derjenige Internet-Anbieter, mit dem der Betreiber seinerseits einen Internet-Zugangsvertrag geschlossen hat und der den Internet-Zugang für das WLAN bereitstellt.

1. Strafbarkeit gem. § 202a StGB

a) WEP-geschützte Netze

§ 202a Abs. 1 StGB schützt die formelle Verfügungsbefugnis des „Herrn der Daten“, also desjenigen, der kraft des Rechts am gedanklichen Inhalt der Daten darüber bestimmen kann, wem die Daten zugänglich sein sollen⁷.

⁶ Näher Heidrich c't 13/2003, 102, 103.

⁷ Lenckner in Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2001 (im folgenden S/S-Bearbeiter) § 202a Rn 1.

Eines Ausspähens von Daten macht sich danach schuldig, wer unbefugt Daten, die nicht für ihn bestimmt und gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, sich oder einem anderen verschafft.

Daten sind in diesem Sinne alle Informationen, die „elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind“, sich also in EDV-spezifischer Form darstellen („kodieren“) lassen⁸. Darunter fällt zum einen das bei WEP verwendete Passwort, zum anderen aber auch die im Rahmen des Verbindungsaufbaus vom Router zugeteilte IP-Adresse, denn beide sind „Informationen“ und werden in den beteiligten Rechnern in elektronischer Form nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert. Daten in diesem Sinne sind schließlich auch die Zugangsdaten, die der Router verwendet, um seinerseits die Verbindung ins Internet herzustellen. Dazu sind typischerweise ein Benutzername und ein Kennwort des Zugangsproviders im Router hinterlegt, so dass dieser bei Bedarf automatisch eine Verbindung herstellt. Auch diese sind nicht unmittelbar wahrnehmbar im Speicher des Routers abgelegt.

Nicht für den Täter bestimmt sind alle Daten, die nach dem Willen des Berechtigten nicht in den Herrschaftsbereich des Täters gelangen sollten⁹, was bei dem WEP-Schlüssel auf der Hand liegt. Doch auch von der Zuteilung der IP-Adresse durch den Router und der Nutzung der Zugangsdaten sollte der Nutzer durch die Verschlüsselung des Netzes gerade ferngehalten werden.

Gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind Daten, wenn Vorkehrungen speziell zu dem Zweck getroffen wurden, den Zugang Unbefugter zu erschweren oder zu verhindern¹⁰. Der Berechtigte muss durch die Sicherung dokumentieren, dass er ein Interesse an der Geheimhaltung der Daten hat¹¹. Denkbar sind hier sowohl physische als auch softwaretechnische Sicherungen; im Falle des berührungslosen drahtlosen Netzwerks werden jedoch nur Sicherungen durch Software relevant, nämlich insbesondere Verschlüsselung und Kennwortschutz¹².

Bei der Übertragung auf dem Funkweg sind die gesendeten Daten zwar zunächst jedermann zugänglich, der über die entsprechende WLAN-Geräte verfügt. Wird jedoch die WEP-Verschlüsselung eingesetzt, die nur mittels der oben genannten fortgeschrittenen Einbruchmethoden umgangen werden kann, ist auch eine Vorkehrung getroffen worden, die das Interesse an der Geheimhaltung der übertragenen Daten dokumentiert und den Zugang wenigstens erschwert. Diese Sicherung bezieht sich unmittelbar auf den gesamten Inhalt der Kommunikation, also

⁸ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl. 2001 (im folgenden: Lackner/Kühl) § 202a StGB Rn 2 und § 263a StGB Rn 3; S/S-Lenckner § 202a StGB Rn 3.

⁹ Lackner/Kühl § 202a StGB Rn 3; S/S-Lenckner § 202a StGB Rn 6.

¹⁰ Lackner/Kühl § 202a StGB Rn 4.

¹¹ Ernst CR 2003, 899.

¹² Ernst CR 2003, 899.

unter anderem die IP-Adresse, die der Router dem Nutzer mitteilt. Etwas schwieriger ist der WEP-Schlüssel selbst zu beurteilen, denn er dient dazu, die Nutzdaten geheim zu halten, wird aber selbst nicht mit übertragen. Dennoch wird man auch ihn als „besonders gesichert“ ansehen müssen: Seine Sicherung besteht gerade darin, dass er nicht selbst gesendet wird, sondern lediglich implizit in den chiffrierten Nutzdaten enthalten ist.

Der Tatbestand des § 202a StGB setzt jedoch weiter voraus, dass der Nutzer sich die Daten - also Schlüssel und IP-Adresse - auch *verschafft* hat, wozu entweder Kenntnisnahme oder Besitz von Datenträgern notwendig ist, auf denen die Daten gespeichert sind¹³.

Hinsichtlich der IP-Adresse ist eine Kenntnis zweifelhaft, denn sie wird üblicherweise unmittelbar dem verwendeten Rechner zugeteilt und dabei nicht angezeigt. Andererseits ist sie aber auf dem Rechner gespeichert und wenigstens anzeigbar¹⁴, so dass der Nutzer über einen Datenspeicher verfügt, aus dem er die IP-Adresse unmittelbar abrufen kann. Das Passwort hingegen wird dem Nutzer von den genannten Programmen angezeigt und daraufhin von Hand eingetragen, so dass er es in jedem Fall zur Kenntnis nimmt. Anders sind die Zugangsdaten zu bewerten: Da sie lediglich im Router hinterlegt sind, veranlasst der Nutzer zwar ggf. deren Verwendung gegenüber dem Provider, indem er den Router veranlasst, eine Verbindung zum Provider herzustellen und seinen Datenverkehr ins öffentliche Internet weiterzuleiten, doch kann Benutzername und Passwort selbst nicht zur Kenntnis nehmen.

Vorliegen des subjektiven Tatbestands (Vorsatz) unterstellt, macht sich daher gem. § 202a StGB strafbar, wer mittels entsprechender Software ein WEP-geschütztes Netz „knackt“, da er sich IP-Adresse und WEP-Schlüssel und damit im Sinne des Tatbestands geschützte Daten verschafft. Auf die Nutzung des WLANs - etwa als Internet-Zugang - kommt es dabei gar nicht an. Zu beachten ist das Antragserfordernis des § 205 Abs. 1 StGB.

b) offene Netze

Als Daten im Sinne der Norm kommt bei unverschlüsselten Netzen naturgemäß kein WEP-Schlüssel in Betracht, da ein solcher gerade keine Verwendung findet. Daher kann allenfalls auf die IP-Adresse abgestellt werden. Allerdings ist bei einem unverschlüsselten WLAN gerade keine Vorkehrung speziell zu dem Zweck getroffen worden, den Zugang Unbefugter zu erschweren oder zu verhindern. Der Router teilt dem verwendeten Client auf simple Anfrage eine IP-Adresse zu. Eine wie auch immer geartete Hürde muss der Nutzer dazu nicht überwinden, von Einschalten seines Rechners innerhalb der Funkreichweite des Routers einmal abgesehen. Angesichts der

¹³ Lackner/Kühl § 202a StGB Rn 5; S/S-Lenckner § 202a StGB Rn 10.

¹⁴ Unter Windows mittels der Befehle winipcfg (Win98) bzw. ipconfig (WinXP), unter Linux / Unix mittels ifconfig.

Tatsache, dass WLAN-Geräte ab etwa 20 Euro für jedermann frei zugänglich sind, kann die Übertragung per Funk als solche ebenfalls nicht als Zugriffsschutz angesehen werden. Daher kommt bei unverschlüsselten Netzen eine Strafbarkeit aus § 202a StGB mangels besonderer Sicherung der Daten nicht in Betracht.

2. Computerbetrug, § 263a StGB

In objektiver Hinsicht setzt der Computerbetrug voraus, dass das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt wird, dass das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs etwa durch unbefugte Verwendung von Daten oder allgemein durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf geschädigt wird. Bei der Nutzung eines fremden WLAN kommen verschiedene Datenverarbeitungsvorgänge in Betracht:

a) objektiver Tatbestand

Der Nutzer verwendet die vom Router des Betreibers zugewiesene IP-Adresse und bei verschlüsselten Netzen auch den WEP-Schlüssel gegenüber dem Router, um diesen zur Übertragung von Nutzdaten zu veranlassen. Diese beiden Informationen stellen auch Daten dar: Zwar ist der Datenbegriff des § 202a Abs. 2 StGB nicht unmittelbar anwendbar, dennoch kann an seinen Inhalt angeknüpft werden¹⁵: Daten im Sinne des § 263a StGB sind demnach Darstellungen von Informationen in maschinenspezifisch repräsentierter („kodierter“), aber nicht notwendigerweise besonders verschlüsselter Form¹⁶. WEP-Schlüssel und IP-Adresse unterfallen daher auch dem hiesigen Datenbegriff.

Wegen Computerbetrugs strafbar ist die Verwendung dieser Daten jedoch nicht generell, sondern nur dann, wenn sie „unbefugt“ erfolgt. Teilweise wurde in der älteren Rechtsprechung zur Bestimmung dieses Tatbestandsmerkmals auf den (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Willen des Betreibers der Datenverarbeitungsanlage generell¹⁷ oder doch insoweit abgestellt, als sich dieser sich an vernünftigen Gründen orientiert und erkennbar in Erscheinung tritt¹⁸ (subjektivierende Auslegung¹⁹). Inzwischen hat sich der BGH²⁰ jedoch der auch bisher schon herrschenden Meinung²¹ angeschlossen, die auf die

¹⁵ LK-Tiedemann § 263a StGB Rn 19; S/S-Cramer § 263a StGB Rn 7; Tröndle/Fischer, 52. Aufl. 2004, § 263a StGB Rn 3.

¹⁶ wie vorherige Fußnote.

¹⁷ BayObLG NSTZ 1990, 595, 598.

¹⁸ BGHSt 40, 331, 335; allerdings für die 4. Alternative des § 263a Abs. 1 StGB!

¹⁹ Vgl. die Nachweise bei LK-Tiedemann § 263a StGB Rn 42 f.

²⁰ So der 2. *Strafsenat* in BGH 2 StR 260/01, Beschluss vom 21. November 2001 (bei HRRS) = BGHSt 47, 160, 162 f = NJW 2002, 905, 906 mit zahlreichen Nachweisen; ebenso nun der 1. *Strafsenat* (1 StR 412/02, Beschluss vom 17. Dezember 2002 (bei HRRS) m. Anm. Mühlbauer NSTZ 2003, 650), der damit implizit seine Entscheidung in BGHSt (vgl. oben Fn 18) aufgibt.

²¹ OLG Köln NJW 1992, 125, 126; LK-Tiedemann § 263a StGB Rn 44; S/S-Cramer § 263a StGB Rn 11; Tröndle/Fischer §

Täuschungsähnlichkeit der Einwirkung auf die Datenverarbeitung abstellt: Da § 263a StGB eingeführt wurde, um Strafbarkeitslücken bei der „Täuschung“ von Computern zu schließen, bei denen naturgemäß kein menschlicher Irrtum im Sinne des Betrugstatbestandes erregt wird, jedoch nicht, um allgemein den Vermögensschutz weiter zu fassen als bei § 263 StGB²², ist es überzeugend, den Computerbetrug auch betrugspezifisch zu verstehen. Danach ist nur eine *täuschungsäquivalente*²³ Verwendung von Daten „unbefugt“. Maßgeblich ist demnach, ob eine fiktive menschliche Person anstelle der Datenverarbeitungsanlage im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB getäuscht worden wäre. Namentlich kommt eine Täuschung über die Zugangsberechtigung zur Inanspruchnahme der Anlage in Betracht.

Der bloßen *Verwendung einer IP-Adresse* gegenüber dem Router ist ein solcher Täuschungsinhalt jedoch nicht beizulegen. Die IP-Adresse hat keinen eigenen Erklärungswert, sie dient lediglich zur technischen Abwicklung des Datenverkehrs innerhalb des Netzes. Insbesondere hat sie nicht die Funktion eines Ausweises als berechtigter Netznutzer, da sie in keiner Weise individualisiert auf einen bestimmten Nutzer bezogen ist: Bei mehrfacher Anmeldung bekommt derselbe Client teils dieselbe, teils eine andere IP zugewiesen. Zwischen zwei Anmeldungen kann dieselbe IP auch bereits anderen Nutzern zugeteilt worden sein. Auch könnte der Nutzer eine beliebige andere noch nicht vergebene IP innerhalb desselben Netzes manuell in seinen Client eingeben, um mit dem Router zu kommunizieren. Schließlich verwenden nahezu alle WLANs IP-Adressen aus bestimmten für private Netze explizit freigegebenen IP-Adressbereichen²⁴, so dass die IP nicht einmal für das gerade „besuchte“ WLAN spezifisch ist. Demnach erfolgt anhand der vom Nutzer verwendeten IP auch keine Zugangskontrolle. Der Router macht sich anhand der IP keine „Gedanken“ über die Berechtigung des Nutzers. Daher ist in der Verwendung einer IP aus dem Netz des Routers keine täuschungsäquivalente Handlung zu sehen.

Anders ist der Fall hingegen im Falle der *Verwendung des WEP-Schlüssels* zu beurteilen. Dieser hat neben der Verhinderung des Abhörens auch die Funktion einer Zutrittskontrolle zum Netz. Daraus folgt, dass Datenpakete, die mit dem Schlüssel des Netzes verschlüsselt übertragen werden, zugleich den Erklärungsgehalt in sich tragen, dass der Absender berechtigter Nutzer des Netzes sei; der Router kommuniziert mit dem Client gerade

deswegen, weil sich dieser durch Verwendung des Schlüssels des Anschein eines berechtigten Teilnehmers gibt. Daher stellt die unberechtigte Verwendung des Schlüssels eine täuschungsäquivalente Handlung dar, so dass diese Verwendung des Datums WEP-Schlüssel als unbefugt im Sinne des § 263a Abs. 1 StGB anzusehen ist. Durch die Verwendung des WEP-Schlüssels wird zugleich die Datenverarbeitung im Router beeinflusst, da er nicht verschlüsselte Daten ohne weiteres verwerfen würde, die unberechtigterweise verschlüsselten jedoch empfängt und verarbeitet.

Dieser Datenverarbeitungsvorgang müßte jedoch zugleich vermögensmindernd wirken. In Betracht käme zwar, den Zugang des Nutzers zum WLAN oder zum Internet als Vermögenswert, also das Vermögen des Nutzers um diese konkrete Nutzungsmöglichkeit vermehrt anzusehen²⁵. Dem steht jedoch auf Seiten des Netzbetreibers keine Vermögensbeschädigung gegenüber: Er kann sein Netz trotz des ungebetenen Gastes weiter nutzen; ihm wird keine Nutzungsmöglichkeit entzogen und ihm entgeht auch kein Nutzungsentgelt, da er sein Netz gerade nicht mit Gewinnerzielungsabsicht für Dritte geöffnet hat. Zudem sind von § 263a StGB nur Fälle erfasst, in denen der beeinflusste Computer eine Ware oder Leistung vermittelt, während das Ablisten seiner eigenen Leistung gerade nicht tatbestandsmäßig ist, sondern allenfalls - nicht aber in den hier betrachteten WLAN-Fällen²⁶ - von § 265a StGB erfaßt wird²⁷.

Bezieht man in die Betrachtung jedoch mit ein, dass der Router nicht nur den Zugang zum WLAN vermittelt, sondern vor allem einen Übergang ins öffentliche Internet bietet, so erscheint ein Vermögensschaden denkbar. Denn zum einen stellt sich dieser Zugang als vermittelte Leistung und nicht lediglich als eigene Leistung des beeinflussten Computers dar. Zum anderen genügt für den Vermögensschaden auch die Begründung einer Verbindlichkeit²⁸. Die Möglichkeit eines solchen Schadens ergibt sich aus den Abrechnungsmodellen der Internet-Zugangsprouder, die dem Betreiber des WLANs den Zugang zum Internet vermitteln. Diese bieten zum einen sog. Flatrates an, die pauschal abgerechnet werden. In soweit fallen auch bei verstärkter Nutzung des Zugangs durch einen unberechtigten Nutzer keine zusätzlichen Kosten an, so dass dem Betreiber des Routers kein Vermögensschaden entsteht. Jedoch nutzen viele auch mit DSL-Zugängen Zeittarife oder sog. Volumentarife, bei denen eine bestimmte Verbindungszeit oder eine bestimmte Datenmenge pauschal abgegolten wird, darüber hinausgehende Verbindungen und Daten jedoch pro Minute bzw. pro Megabyte bezahlt werden müssen. In diesen Fällen entsteht dem Betreiber ein Vermögensschaden in Form der Mehrforderung des Zugangsproviders aus dem Zugangsvertrag, denn nach dessen Bestim-

263a Rn 11; Wessels/Hillenkamp BT II Rn 609. In einer früheren Entscheidung (BGHSt 38, 120, 122) hatte auch der BGH schon die „Struktur- und Wertgleichheit mit § 263 StGB“ für die 3. Alt. vertreten. Dass die frühere subjektive Ansicht verfehlt war, legt eingehend Mühlbauer wistra 2003, 244 ff dar.

²² Vgl. BGH 2 StR 260/01, Beschluss vom 21.11.2001 (bei HRRS) = BGHSt 47, 160, 162 f = NJW 2002, 905, 906.

²³ BGH aaO; vgl. mit einem am jeweiligen Geschäftstypus und der bestehenden privatrechtlichen Verkehrsanschauung und Risikoverteilung orientierten Ansatz auch Mühlbauer wistra 2003, 244, 248 ff.

²⁴ Insbesondere 192.168.x.x und das 10.x.x.x.

²⁵ Vgl. Tröndle/Fischer § 263 StGB Rn 55 aE zur Nutzung einer EDV-Anlage.

²⁶ Vgl. i.e. sogleich unter II. 3.

²⁷ LK-Tiedemann § 263a StGB Rn 59.

²⁸ LK-Tiedemann § 263a StGB Rn 70.

mungen kann er sich regelmäßig nicht auf die unberechtigte Nutzung seines Zugangs durch Dritte berufen.

b) subjektiver Tatbestand, insbesondere das Erfordernis der Stoffgleichheit

Schließlich verlangt jedoch § 263a StGB in subjektiver Hinsicht neben dem Vorsatz die Absicht des Täters, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, der dem Vermögensschaden des Geschädigten stoffgleich sein muss, was ebenso wie bei § 263 StGB zu bestimmen ist²⁹. Demnach müssen Vorteil und Schaden unmittelbar auf derselben Vermögensverfügung beruhen und der Vorteil dem Täter oder einem Dritten aus dem Vermögen des Täters zufließen³⁰. Dieses Tatbestandsmerkmal wirkt in den hier betrachteten Fällen die zentralen Probleme auf. Zwar mag man die Zugangsgewährung als Vermögensverfügung und die Nutzungsmöglichkeit des Internet als vermögenswerten Vorteil des Nutzers ansehen, doch korrespondiert dem auf Seiten des Betreibers kein unmittelbar auf der Verfügung der Zugangsgewährung beruhender Vermögensnachteil: Seinem Vermögen wird durch die Zugangsgewährung nichts entzogen, er kann seinen Internet-Zugang weiter nutzen, denn es ist für die Fälle der Netznutzung charakteristisch, dass sich die Zugangsmöglichkeit grundsätzlich³¹ gleichsam „klonen“ lässt. Damit steht dem erstrebten Vermögensvorteil der Nutzungsmöglichkeit kein unmittelbarer Vermögensnachteil auf Seiten des Betreibers gegenüber. Zwar erleidet er unter den gezeigten Umständen einen Vermögensschaden. Doch besteht dieser gerade in dem Anspruch des Providers als Drittem, nicht aber in einem vom Nutzer angestrebten oder tatsächlich erlangten Vorteil. Die Forderung des Providers gegen den Betreiber des WLANs ist gerade nicht mit der vom Nutzer verursachten Netznutzung stoffgleich. Das zeigt sich auch daran, dass der Nutzer sich in den WLAN-Fällen zwar *stets* eine Nutzungsmöglichkeit verschafft, ein Vermögensschaden aber nur *gelegentlich*, nämlich unter zahlreichen weiteren Umständen entsteht: Wenn nur ein derart loser und aus Sicht des Nutzers zufälliger Zusammenhang besteht, dann kann das eine nicht gleichsam die Kehrseite des anderen sein. Die Forderung des Providers stellt sich demnach lediglich als Folgeschaden der Zugangsgewährung dar, die nicht tatbestandsmäßig ist³².

Zwar mag man einwenden, dass auch ein Vorteil eines Dritten - nämlich des Providers - tatbestandsmäßig sein kann. Doch würde man der Vorstellung des Nutzers Gewalt antun, wollte man ihm unterstellen, er habe in der Absicht gehandelt, d.h. es sei ihm gerade darauf angekommen³³, dem ihm unbekanntem Provider des Betreibers einen Vermögensvorteil in Gestalt erhöhter Nut-

zungsentgelte verschaffen zu wollen, denn bei dieser Betrachtung bliebe der von ihm allein angestrebte Effekt der eigenen Nutzungsmöglichkeit außer Ansatz. Letztlich steht damit dem Vorteil des Nutzers kein Schaden des Betreibers, dem möglichen Schaden des Betreibers kein vom Nutzer angestrebter Vorteil gegenüber: Es fehlt an der Stoffgleichheit und damit am subjektiven Tatbestand. Damit kommt eine Strafbarkeit aus § 263a StGB insgesamt nicht in Betracht.

3. Erschleichen von Leistungen, § 265a StGB

Nach § 265a StGB macht sich strafbar, wer die Leistung eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten. Im Falle der Nutzung eines fremden WLANs fehlt es bereits an dessen Bestimmung, öffentlichen Zwecken zu dienen, denn Netze für geschlossene Benutzergruppen fallen nicht unter § 265a StGB³⁴. Bei zusätzlich WEP-geschützten Netzen ist dies besonders augenfällig, denn jedenfalls durch die Verschlüsselung macht der Berechtigte deutlich, dass er seine Infrastruktur nicht für die Nutzung durch Jedermann vorgesehen hat. Aber auch bei unverschlüsselten Netzen fehlt die genannte Zweckbestimmung. Hinzu kommt in beiden Fällen, dass die Vorschrift - ebenso wie § 263 StGB - das Vermögen schützt und insoweit Auffangtatbestand zum Betrug ist³⁵. Der Normzweck ist daher nicht berührt, wenn der Inhaber des Netzes gar keine Abrechnung vorgesehen hat, sondern im Gegenteil fremde Nutzung gerade nicht - insbesondere nicht gegen Entgelt - zulassen wollte. Eine Strafbarkeit nach § 265a StGB kommt daher nicht in Betracht³⁶.

4. Abhören von Nachrichten, §§ 89, 148 Abs. 1 Nr. 1 TKG

Mit einer Funkanlage dürfen gem. § 89 Satz 1 TKG Nachrichten, die für die Funkanlage nicht bestimmt sind, nicht abgehört werden; dieses Verbot ist gem. § 148 Abs. 1 Nr. 1 TKG mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bewehrt. Im Gegensatz zum alten TKG ist der Begriff der Funkanlage im neuen TKG nicht mehr legal definiert. Funkanlagen waren gem. § 3 Nr. 3 TKG (1996) „elektrische Sende- oder Empfangseinrichtungen, zwischen denen die Informationsübertragung ohne Verbindungsleitungen stattfinden kann“. Daran ist festzuhalten. Funkanlagen i.S.d. TKG sind somit auch WLAN-Adapter, die gerade der drahtlosen Übertragung von Computerdaten dienen. Fraglich ist daher lediglich, ob durch die Verbindung mit einem Router, die Zuweisung einer IP und die Abwicklung von Internet-Datenverkehr „Nachrichten“ in diesem Sinne „abgehört“ werden, die nicht für den Nutzer des offenen Netzes „bestimmt“ sind. Dabei ist anerkannt, dass die Übertragung von Nachrich-

²⁹ Lackner/Kühl § 263a StGB Rn 25; LK-Tiedemann § 263a StGB Rn 70; Tröndle/Fischer § 263a StGB Rn 25.

³⁰ Tröndle/Fischer § 263 StGB Rn 108.

³¹ Anders mögen extreme Fälle zu beurteilen sein, in denen der Nutzer durch dauerhafte starke Netzbelastung den Internet-Zugang des Betreibers gleichsam „verstopft“.

³² Tröndle/Fischer § 263 Rn 108.

³³ Lackner/Kühl § 263 Rn 58; Tröndle/Fischer § 263 Rn 110.

³⁴ Tröndle/Fischer § 265a StGB Rn 16 a.E.

³⁵ Lackner/Kühl § 265a StGB Rn 1;

³⁶ A.A. für geschützte WLANs Heidrich c't 13/2003, 102, 103, ohne jedoch auf das Erfordernis der Entgeltlichkeit einzugehen.

ten nicht nur unmittelbar zwischen Menschen, sondern auch zwischen Mensch und Maschine oder gar zwischen zwei Maschinen erfasst ist³⁷. Daher ist zu prüfen, ob die zwischen dem Rechner des Nutzers und dem Router stattfindende Kommunikation als „Nachricht“ im Sinne der Norm anzusehen und für wen sie jeweils „bestimmt“ ist.

Der Begriff der Nachricht ist im TKG nicht definiert. Der BGH hat ihn in einer Entscheidung aus dem Jahr 1980 zum inzwischen durch das TKG ersetzten Fernmeldeanlagen-gesetz (FAG) sehr weit verstanden, wobei die Entscheidung allerdings zur Definition der Funkanlage im ehemaligen § 1 Abs. 1 Satz 2 FAG erging, in der ebenfalls von „Nachrichten“ die Rede war. In diesem Zusammenhang hat das Gericht bereits die von einer Radar-falle ausgehenden Strahlen als Nachricht aufgefasst, weil ihnen der Informationsgehalt „Radarfalle aktiv“ zu entnehmen sei³⁸. Der BGH hat also hier die binäre Minimal-information „ja“ oder „nein“ als Nachricht ausreichen lassen, sofern sie auf einer funktechnischen Übertragung beruht – im Gegensatz etwa zum Empfang von elektro-magnetischen Wellen aus dem Weltall. Diesem extensiven Verständnis würde sicherlich auch der deutlich komplexere Datenverkehr bei Zuweisung der IP-Adresse³⁹ unterfallen. Doch ist die Entscheidung zum einen erkennbar von dem Bemühen beeinflusst, den in casu inkriminierten Radarfallen-Warner nicht aus der Definition der Funkanlage des damaligen § 1 Abs. 1 Satz 2 FAG herausfallen zu lassen. Zum anderen stellte der BGH tragend darauf ab, dass es gesetzgeberisches Anliegen bei Erlass des § 1 Abs. 1 Satz 2 FAG gewesen sei, den Begriff der Nachricht besonders weit zu fassen, um das daran geknüpfte staatliche Monopol des Betriebs von Funkanlagen umfassend zu sichern.

Dieses gesetzgeberische Motiv aus dem Jahre 1927 ist für die Interpretation des Nachrichtenbegriffs im heutigen § 89 TKG indessen ohne Bedeutung, denn die Norm ist in einem anderen Kontext zu sehen. Systematisch steht sie im 7. Teil des TKG über Fernmeldegeheimnis und Datenschutz, zweier Rechte, die das private Interesse der Kommunikationspartner an einer nicht abgehörten Kommunikation⁴⁰ und das öffentliche Interesse an vertraulicher Übermittlung von Nachrichten für hoheitliche Aufgaben⁴¹ (etwa Polizeifunk) konkretisieren und schützen sollen. Daher ist anerkannt, dass lediglich Sprache, Bilder, Musik oder andere verabredete Zeichen oder Töne darunter fallen⁴². Auch die Definition in § 88 Abs.

1 TKG lässt die Bedeutung eines Persönlichkeitsbezugs erkennen, denn danach unterfällt dem Fernmeldegeheimnis der Inhalt der Kommunikation sowie die Tatsache, wer an der Kommunikation beteiligt war. Daher ist auch der Nachrichtenbegriff des § 89 TKG von dieser Schutzrichtung her zu bestimmen.

Bei der rein technischen Kommunikation im Rahmen der Verbindungsaufnahme (IP-Zuweisung) ist schon zweifelhaft, ob sie noch als „verabredete Zeichen“ im Sinne der Definition zu verstehen sind, denn jedenfalls Sprache oder Bilder stellen sie nicht dar. Vor allem aber ist nicht zu erkennen, inwieweit hier das Fernmeldegeheimnis öffentlicher Stellen oder der Datenschutz mit seiner auf die Persönlichkeitsrechte konkreter Individuen abzielenden Schutzrichtung betroffen sein könnten. Die übertragenen Daten haben lediglich den Zweck, dass sich Router und Client auf die Parameter der späteren Übertragung von Nutzdaten einigen; ein darüber hinausgehender Sinn kommt ihnen nicht zu, so dass auch kein Geheimhaltungsinteresse zu erkennen ist. Geht man aber davon aus, dass sich die Auslegung von Straftatbeständen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend am angestrebten Rechtsgutsschutz orientieren und einen Bezug zur jeweiligen Schutzrichtung herstellen muss⁴³, so kann der Datenverkehr zur Zuweisung der IP-Adresse keine Nachricht im Sinne des § 89 TKG darstellen.

Hinsichtlich der später übertragenen Nutzdaten ist hingegen von Nachrichten in diesem Sinne auszugehen, denn hier handelt es sich um menschliche Kommunikation, meist in Form von Sprache – sei es unmittelbar mit anderen Internet-Nutzern (eMail, Chat, News), sei es in Form des Abrufs von auf Servern hinterlegten Daten (WWW). Doch ist hier der fremde Nutzer selbst Initiator und Kommunikationspartner, so dass die Funkaussendung gerade für ihn bestimmt ist. Denn die Zuordnung der übertragenen Daten als für einen Nutzer „bestimmt“ ist nicht an der Herrschaft über die Kommunikationsanlage zu messen, sondern auch hier an der Schutzrichtung des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses, die dem jeweils Kommunizierenden zugute kommt. Dies zeigt ein Vergleich etwa mit einem Hotel, wo andernfalls beispielsweise Telefongespräche der Gäste seitens des Managements beliebig abgehört werden könnte. Daher besteht auch in den WLAN-Fällen kein Grund, dem Nutzer strafbewehrt das „Abhören“ des von ihm selbst initiierten Datenverkehrs zu untersagen.

Schließlich lässt auch die Überschrift des § 89 TKG selbst, die ein „Abhörverbot“ ausspricht, erkennen, dass es dem Gesetzgeber der Norm darauf ankam, das Mithö-

³⁷ Ernst CR 2003, 899, 900.

³⁸ BGHSt 30, 15, 20.

³⁹ Regelmäßig erfolgt diese über das Dynamic Host Configuration Protocol (DHCP), ein Verfahren, bei dem dem Client-Rechner auf seine Anforderung (DHCP Discovery Packet) vom Router die zur Kommunikation im Netz notwendigen Daten zugewiesen werden.

⁴⁰ Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 1. Auflage 2002 (im folgenden: Scheurle/Mayen) § 86 TKG Rn 2.

⁴¹ Scheurle/Mayen § 86 TKG Rn 1.

⁴² Beck'scher TKG-Kommentar § 86 TKG Rn 4; Scheurle/Mayen § 86 Rn 4.

⁴³ Vgl. zur unstrittigen und verfassungsrechtlich begründeten auslegungleitenden systemimmanenten Funktion des Rechtsgutsschutzes m. diversen Nachw. Gaede, in: Die Rechtsgutstheorie, 2003, hrsg. v. Hefendehl/v.Hirsch/Wohlens, S. 183 ff. Zur Auslegungsmethodik dabei auch näher Demko, Die „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, 2002, S. 145 ff.. Als jüngeres praktisches Beispiel vgl. mustergültig BGH 4 StR 160/04, Beschluss vom 8. Juni 2004 = HRRS 2004 Nr. 670.

ren eines *Dritten* bei der Kommunikation (wenigstens) zweier anderer zu untersagen, nicht aber darauf, das Abwickeln eigenen Datenverkehrs unter Strafe zu stellen, sei es auch unter Verwendung einer fremden Infrastruktur.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass es sich bei den technischen Steuerinformationen bei der Verbindungsaufnahme nicht um Nachrichten im Sinne des § 89 TKG handelt, während die vom Nutzer des WLAN geführte Kommunikation zwar unter den Nachrichtenbegriff fällt, diese jedoch im Sinne der Norm „für ihn bestimmt“ ist. Eine Strafbarkeit gem. §§ 89, 148 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist daher abzulehnen.

5. Betriebsspionage, § 17 Abs. 2 UWG

Mitunter wird in der Literatur auch § 17 Abs. 2 Nr. 1 a) UWG als möglicherweise verwirklichter Straftatbestand ins Feld geführt⁴⁴. Wegen Betriebsspionage wird danach bestraft, wer sich aus Eigennutz ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch Anwendung technischer Mittel unbefugt verschafft. Zwar wird man die Verwendung eines WLAN-Adapters als technisches Mittel ansehen müssen. Jedoch fehlt bei den Informationen, die sich der Nutzer verschafft - nämlich der IP-Adresse und ggf. dem WEP-Schlüssel - an der Qualifizierung als Betriebsgeheimnis. Denn darunter sind im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende, nicht offenkundige Tatsachen zu verstehen, an deren Geheimhaltung der Betriebsinhaber ein Interesse hat und die nach seinem wenigstens erkennbaren Willen auch geheim bleiben sollen⁴⁵. Der Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb setzt dabei voraus, dass das Geheimnis für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens von Bedeutung ist, also wirtschaftlichen Wert hat⁴⁶.

Auch wenn sicherlich ein Interesse an der Geheimhaltung des WEP-Schlüssels anzuerkennen ist, so fehlt es doch am Bezug zum kaufmännischen oder technischen Betrieb des Unternehmens. Denn der WEP-Schlüssel stellt lediglich ein Hilfsmittel der Kommunikation dar, weist aber keine Verbindung zum eigentlichen Geschäftsbetrieb des Unternehmens auf und hat daher als solcher keine wirtschaftliche Bedeutung; diese kann allenfalls den Daten zukommen, die unter Verwendung des Schlüssel gesichert werden. Die IP-Adresse hingegen hat an sich mangels kommunikativen Gehalts noch nicht einmal einen Geheimhaltungswert.

III. Ergebnis und Ausblick - Strafbarkeit de lege ferenda?

⁴⁴ Ernst CR 2003, 898, 900.

⁴⁵ Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1. Auflage 2001 (im folgenden: Köhler/Piper) § 17 Rn 4; Hefermehl/Baumbach, Wettbewerbsrecht, 21. Auflage 1999 (im folgenden: Baumbach/Hefermehl) § 17 UWG Rn 2.

⁴⁶ Baumbach/Hefermehl aaO und Rn 6; Köhler/Piper § 17 UWG Rn 7.

Die Nutzung fremder Funkdatennetze, die mittels WEP gegen Zugriff besonders gesichert sind, ist gem. § 202a StGB strafbar; die bloße Nutzung fremder Datennetze als Internetzugang ohne einen Bruch der Verschlüsselung bleibt hingegen straflos⁴⁷. Das gefundene Ergebnis mag zunächst überraschen; bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass allein dieses Ergebnis angemessen ist.

Dies zeigt bereits die Frage nach dem betroffenen Rechtsgut, dessen Begründung von Verfassungs wegen dem staatlichen Strafanspruch Grenzen setzt⁴⁸. Auf das Vermögen kann wie oben gezeigt⁴⁹ nicht abgestellt werden, da es nur in wenigen Fällen überhaupt betroffen und zudem zivilrechtlich gem. §§ 202a StGB, 823 II BGB, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 (Eingriffskondition) und in extremen Fällen gem. § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) geschützt ist. In Betracht kommt daher allein das Gebrauchsrecht des Berechtigten, wie es etwa § 248b StGB für Kraftfahrzeuge oder Fahrräder schützt⁵⁰.

Indessen sprechen für die ausnahmsweise Strafbarkeit der bloßen Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) gem. § 248b StGB nachvollziehbare kriminalpolitische Erwägungen: Wird eines der dort genannten Fahrzeuge unbefugt in Gebrauch genommen, so wird dem Berechtigten die Nutzung für den Zeitraum der Fremdnutzung unmöglich gemacht; zudem sind „Schwarzfahrten“ typischerweise besonders unfallträchtig⁵¹. Beide Argumente können bei der Nutzung eines fremden WLANs keine Geltung beanspruchen: Der berechnete Nutzer wird an der eigenen Nutzung typischerweise nicht gehindert. Auch eine signifikant erhöhte Delinquenz der Nutzer steht nicht zu befürchten: Wer im Internet anonym bleiben will, um unter diesem Deckmantel Straftaten zu begehen, dem stehen auch bei der Nutzung des eigenen Zugangs hinreichend Möglichkeiten offen⁵², während er beim Surfen aus dem Auto deutlich eher kritischen Blicken ausgesetzt sein dürfte.

Doch auch unter dem Blickwinkel der rechtsstaatlich begründbaren Reichweite staatlichen Strafsens läßt sich eine Kriminalisierung der Nutzung offener WLANs nicht vertreten. Dies folgt insbesondere aus der Tatsache, dass für den Nutzer eines Netzes nicht unmittelbar zu erkennen ist, ob ein offenes WLAN für den öffentlichen Gebrauch vorgesehen ist oder nicht. Es gibt mehr und mehr Cafés und Restaurant, die ihren Gästen einen freien

⁴⁷ Heidrich c't 13/2003, 102, 103.

⁴⁸ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Fundierung eines rechtsstaatlichen, d.h. am Rechtsgüterschutz orientierten Strafrechts die Nachweise oben bei Fn. 43 sowie Roxin AT I, 3. Aufl. 1997, Rn 9.

⁴⁹ II. 2. zum Computerbetrug.

⁵⁰ Tröndle/Fischer § 248b StGB Rn 2 m.w.Nachw. auch zur Gegenmeinung (Schutzzweck lediglich Eigentumsschutz), die jedoch angesichts des inzwischen geradezu typischen Auseinanderfallens von Eigentum und Nutzungsrecht zumindest bei Kraftfahrzeugen nicht zu überzeugen vermag.

⁵¹ Tröndle/Fischer § 248b StGB Rn 2.

⁵² Zu nennen ist beispielhaft der Anon-Proxy der TU Dresden, vgl. <http://anon.inf.tu-dresden.de/>.

Zugang ermöglichen. Auch viele private Betreiber erlauben aus Idealismus die Mitnutzung ihres Internetzugangs, wie Projekte wie das WaveLanBerlin⁵³ zeigen. Für den Nutzer eines WLANs ist daher nicht ohne weiteres zu erkennen, ob dessen Betreiber mit der Nutzung einverstanden ist oder nicht: Bei vielen, aber eben nicht bei allen Betreibern unverschlüsselter WLANs darf er davon ausgehen. Wenn dieses Einverständnis vorliegt, bestehen gegen die Nutzung keine Bedenken. Durch eine Androhung auch für die Nutzung offener Netze würde jedoch das Risiko der Ermittlung des Willens des Netzbetreibers dem Nutzer auferlegt. Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ist dies kaum interessengerecht: Der Nutzer eines Netzes, der die Herkunft der Funkwellen kaum bestimmen kann, wird regelmäßig ebenso wenig in der Lage sein, die Person und noch weniger den aktuellen Willen des Betreibers in Erfahrung zu bringen. Der Betreiber hingegen kann seinen der freien Nutzung entgegenstehenden Willen in einfachster Weise deutlich machen, kann er doch in Sekundenschnelle die WEP-Verschlüsselung seines Netzes aktivieren, um Dritte vom Zugriff grundsätzlich fernzuhalten. Daher ist es eher dem Betreiber zuzumuten, die Verschlüsselung zu aktivieren, als vom Nutzer zu verlangen, auf die Verwendung offener Netze angesichts des Strafbarkeitsrisikos de facto zu verzichten, sieht man von den wenigen Fällen ab, in denen er eindeutig klären kann, in wessen Netz er aktiv und dass dieses „frei“ ist.

Vor diesem Hintergrund wäre es nicht zu rechtfertigen, auch die bloße Nutzung offener WLANs als Internet-Zugang strafrechtlich zu sanktionieren, stellt doch das Strafrecht nur das letzte Mittel staatlicher Sozialkontrolle dar: Es wird - in den Worten des BVerfG⁵⁴ - „als ‚ultima ratio‘ [...] eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozial-schädlich und für das geordnete Zusammenleben der

Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“. Dann aber kann es nicht Aufgabe des Strafrechts sein, durch Androhung von Sanktionen für die Nutzung offener WLANs die Nachlässigkeit von WLAN-Betreibern zu kompensieren, die den Schutz ihrer rechtlichen Interessen auf einfache Weise selbst realisieren könnten, indem sie die Verschlüsselung aktivieren, sich jedoch keine hinreichenden Gedanken machen und daher diese elementare Maßnahme nicht ergreifen. Auch wenn kein „viktimodogmatisches Prinzip“ zur teleologischen Reduktion geltender Straftatbestände im dem Sinne anzuerkennen sein mag, dass generell nicht schützwürdig sei, wer sich selbst schützen kann, so kann doch das Prinzip der Selbstverantwortung des Rechtsgutsträgers bei der Bestimmung der Reichweite einer Strafnorm eine entscheidende Rolle spielen⁵⁵. Dann muss dieses Prinzip jedoch zumindest ebenso bei der Frage fruchtbar gemacht werden, ob ein bisher straffreies Verhalten strafrechtlicher Sanktionierung bedarf. Denn strafrechtlicher Schutz ist nicht im Sinne des BVerfG „dringlich“, wenn privater Selbstschutz möglich, zumutbar und wirksam ist. Dies ist die notwendige Konsequenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips, das selbst zum Schutz generell schützwürdiger Rechtsgüter, also gewichtiger und elementarer Gemeinschaftsgüter⁵⁶, nicht erforderliche Eingriffe und wegen der Rückbindung an das Schuldprinzip insbesondere übermäßiges Strafen verbietet⁵⁷: Ansonsten geriete die Androhung staatlichen Strafens von der *ultima ratio* zur kleinen Münze. Auf dem Feld der WLAN-Nutzung muss daher weiter gelten: Im Zweifel für die (Straf-)Freiheit.

⁵⁵ S/S-Lenckner vor §§ 13 ff StGB Rn 70b m. w. Nachw.

⁵⁶ Vgl. die zusammenfassende Darstellung von Vogel StV 1996, 110, 111 f.

⁵⁷ Vogel aaO S. 113 ff, auch zur zurückhaltenden, mitunter dahinter zurückbleibenden Rechtsprechung des BVerfG (aaO S. 114 f).

⁵³ <http://wlanfhain.databang.org/WaveLanBerlin.cgi>; vgl. die dortige Linkliste zu zahlreichen vergleichbaren Projekten.

⁵⁴ BVerfG NJW 1993, 1751, 1754 = BVerfGE 88, 203, 258.

Schrifttum

Anusheh Rafi, Kriterien für ein gutes Urteil. Schriften zur Rechtslehre, Heft 219. Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 171 S., broch., ISBN 3-428-11334-9, EUR 52,80.

I. Ungeachtet des Postulats der Gesetzesbindung des Richters (im Allgemeinen sowie des speziellen strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips in Art. 103 II GG im Besonderen) besteht mittlerweile weitgehend Übereinstimmung darüber, dass die Entscheidung eines Rechtsfalls in den seltensten Fällen rein logisch-deduktiv aus dem Gesetzestext abgeleitet werden kann. Nimmt man

die – leider vielfach noch zu sehr vernachlässigten – Erkenntnisse der modernen Sprachwissenschaft ernst, so muss man die Möglichkeit einer solchen Deduktion sogar für den Regelfall verneinen (was freilich auf der Grundlage der „pragmatischen Wende“ in der Sprachphilosophie sowie in der modernen Argumentationstheorie keinesfalls zur vollkommenen Bindungslosigkeit des Rechtsanwenders führen muss). Gesteht man sich das ein, so besteht für den Richter ein wesentlich größerer Legitimationsbedarf als nach einem gesetzespositivistischen Modell (vgl. S. 16 ff.), so dass sich die Frage stellt, wie eine solche Legitimation (d.h. konkret: ein Legitimitätstransfer zwischen Normtext und gerichtlichem Tenor,

vgl. dazu bereits *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 20 ff.) erfolgen kann. Vor diesem Hintergrund ist der in einer am Frankfurter Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte bei Simon entstandenen Dissertation von Rafi unternommene Versuch zu verstehen, Hinweise für eine „verantwortungsvolle Ausführung“ der Entscheidungsarbeit (und der damit notwendigerweise verbundenen Dezision) zu geben (vg. S. 12).

II. Zu Beginn seiner Arbeit (vgl. S. 19 ff.) skizziert Rafi wichtige frühere Ansätze zur Bestimmung der richtigen/guten „Rechtsfindung“ bzw. „Rechtserkenntnis“ und damit der „Kriterien für ein gutes Urteil“. Er setzt sich dabei kritisch mit jeder Idee einer Rangfolge der Auslegungskanonens, aber auch mit einer Berücksichtigung der materiellen Wertethik, der Anlehnung an aus dem Recht gewonnenen Werte sowie mit der Orientierung an einer aus Prinzipien gewonnenen Werthierarchie auseinander. Auch modernere bzw. interdisziplinäre Ansätze wie die auf Habermas' Diskurstheorie zurückgehenden Konsensmodelle oder die ökonomische Theorie des Rechts werden im Wesentlichen verworfen. Stattdessen postuliert Rafi selbst einen „gebundenen Dezisionismus“ (vgl. S. 41 f.), bei dem es ihm weniger um die Einengung des Entscheidungsspielraums des Richters als vielmehr um eine Erklärung geht, *wie* der Richter bei seiner Entscheidung vorzugehen habe. Dabei kündigt er an, dass seine Überlegungen gerade über den Gesetzestext und die gängige Dogmatik hinausgehen sollen. Ziel ist es, zum einen Wertungsgesichtspunkte bzw. Topoi für „ein gutes Urteil“, zum anderen aber auch Bewertungsmaßstäbe für diese Güte an die Hand zu geben.

Für beides – Topoi ebenso wie die Bewertungsmaßstäbe – ist es nach Rafi wichtig, das „Ziel des Urteils“, das in der *Rechtsentscheidung* und gerade nicht in der „*Rechtsfindung*“ liegen soll, herauszufinden (Vgl. S. 43 ff.). Ein Urteil soll dabei „gut“ sein, wenn es seine Funktion erfüllt. Klingt eine solche Beschreibung fast schon nach einem sokratischen Dialog (etwa nach dem Motto: „Was aber ist die Natur des Urteils, und ist es dann nicht richtig, dass es sich so oder so verhalten muss?“), so wird dieser Eindruck rasch relativiert, da Rafi betont, dass die Funktionen eines Urteils gerade nicht in einer – wie auch immer gearteten – „Natur der Sache“ wurzeln, sondern diesem zugeschrieben werden.

Als Funktionen des Urteils werden zunächst die Gerechtigkeit, die Wahrheit, die Rechtssicherheit, Schutz objektiver und subjektiver Rechte sowie die Effizienz diskutiert und (mit vielfach aus anderen Zusammenhängen bekannten Argumenten) abgelehnt. Als Funktion des Urteils erkennt Rafi vielmehr nur die Schaffung von Rechtsfrieden (vgl. ausführlich S. 62 ff.) an, welcher auch die anderen denkbaren Zwecke teilweise in sich vereinigt. Ein solches monistisches Begründungsmodell und die Fokussierung auf den Rechtsfrieden, welche Rafi für die von ihm explizit allein untersuchten Urteile in Zivilsachen postuliert, erinnert stark an ganz ähnliche Überlegungen, die Schmidhäuser schon vor Jahren für

das Ziel des Strafverfahrens angestellt hat (vgl. dazu Eb.Schmidt-FS, S. 511 f.; eher krit. zu einem solchen monistischen Ansatz *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 225 ff.).

Im anschließenden, ausführlichsten Teil seiner Untersuchung (vgl. S. 79 ff.) stellt Rafi eine Reihe von Kriterien dar, die dem Rechtsfrieden dienen können und deswegen für den Erlass eines guten Urteils, d.h. zum Treffen einer „guten“ Entscheidung vom Richter berücksichtigt werden sollten:

Zunächst nennt Rafi die Bindung an den Wortlaut (S. 79 ff.), d.h. nach seinem Verständnis: an die Bedeutung, die dem juristischen Vorverständnis entspricht. Dabei kann es freilich – das versteht sich nach den einleitenden Bemerkungen in dem Buch von selbst – für Rafi nur um eine Wortlaut*grenze* im Sinne einer „semantischen Grenze der überzeugenden Interpretierbarkeit (...) als ‚gewonnene Pragmatik‘“ gehen, die „zwar historisch gesehen kontingent ist und zukünftig veränderbar bleibt aber trotzdem gegenwärtig existiert“ (vgl. S. 86). Die Bindung des Richters an diese Grenzen begründet Rafi demokratietheoretisch.

Des Weiteren soll eine Bindung an Folgerwägungen bestehen (vgl. S. 91 ff.). Um diese zu operationalisieren greift Rafi auch auf ökonomische Modelle zurück, für die er ausgesprochen interessante und instruktive „Zahlen-spielereien“ liefert, deren Aussagekraft für das konkrete Problem einer juristischen Entscheidungsfindung freilich mehr oder weniger unklar bleibt. Sehr überzeugend ist gleichwohl die Zusammenfassung auf S. 98 f., wonach die Folgen einer gesetzgeberischen Entscheidung um so eher von einem Richter akzeptiert werden müssen, je deutlicher der Gesetzgeber diese getroffen bzw. vorhergesehen hat.

Auf S. 99 ff. behandelt Rafi die Bindung an die Dogmatik, welche bei ihm insbesondere in Gestalt der Bedeutung einer „h.M.“ sowie von „Präjudizien“ eine Rolle spielt. Die Bedeutung gerade dieser beiden Punkte ist wenig erstaunlich, wenn man im Hinterkopf behält, welche Zweifel Rafi zumindest einleitend an der Aussagekraft des Gesetzestexts selbst geäußert hat.

Eine weitere Bindung soll an gesellschaftlichem Moralvorstellungen bestehen (vgl. S. 107 ff.), wobei hier nur „eklatante Widersprüche“ vermieden werden sollen, da nur eine wirklich „Empörung“ dem Rechtsfrieden schaden könne. Als Probleme einer Bindung an solche gesellschaftlichen Moralvorstellungen werden wohl die Frage nach dem angemessenen Minderheitenschutz wie auch die Messbarkeit der Moral zutreffend herausgearbeitet.

Hinsichtlich der „Bindung an die Zeit“ (vgl. S. 117 f.) entwickelt Rafi zwar (knapp) den interessanten Gedanken, dass das Zeitmoment für die Transformation eines persönlichen in einen rechtlichen Konflikt eine gewisse Bedeutung haben soll; die Aussagekraft dieses Moments

für den Erlass eines guten Urteils wird freilich nicht näher erläutert.

Im Anschluss widmet sich Rafi der Bindung an die „Erzählung der Parteien“ (vgl. S. 118 ff.). Er legt dabei dar, wie vor Gericht Sachverhalte „konstruiert“ und dabei teilweise auch den Erzählungen der Parteien „zugeschrieben“ werden. Wenigstens knappe (wenngleich innerhalb des Gesamtwerks m.E. wesentlich zu geringe) Erwähnung finden in diesem Zusammenhang auch die Bedeutung des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 103 I GG) sowie die Bindungen des Gerichts durch den Begründungszwang (vgl. dazu bereits ausführlich und eine Vielzahl der bei Rafi angestellten Überlegungen in diesem Kontext behandelnd *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, passim). Ebenso instruktiv wie originell sind dabei die Überlegungen Rafis zur Bedeutung der „Plausibilität von Geschehensfortgängen“, die den Richter bei der Konstruktion der Geschichte auf Grund der Erzählungen der Parteien bindet.

Eine weitere Bindung soll an die gesellschaftliche Praxis bestehen (vgl. S. 125 ff.), die selbst von Vertretern des Gesetzespositivismus und der Systemtheorie zumindest teilweise anerkannt werde. Als einen solchen Fall der Bindung an eine gesellschaftliche Praxis versteht Rafi letztlich das Gewohnheitsrecht.

Schließlich soll eine Bindung an die Logik (im Sinne einer Folgerichtigkeit bzw. Widerspruchsfreiheit, vgl. S. 132 ff.) sowie an die Verständlichkeit des Urteils (vgl. S. 135 ff.) bestehen. Dabei differenziert Rafi hinsichtlich des zweitgenannten Punktes zwischen der Verständlichkeit des Gesetzestextes, des Kommunikationsvorgangs sowie der Entscheidung, für welche auch stilistische Elemente eine Rolle spielen sollen und die Bedürfnisse des Adressatenkreises in ein angemessenes Verhältnis zur Genauigkeit des Urteils zu stellen seien.

Demgegenüber sei die Bindung an die Verfassung (vgl. S. 143 ff.) insoweit kein eigenständiges Kriterium, da dieses bereits in anderen Kriterien und insbesondere in der Bindung an den Gesetzeswortlaut zum Ausdruck komme. In diesem Zusammenhang befasst sich Rafi auch kurz mit den Besonderheiten des „Verfassungsgesetzes“ bzw. der Verfassungsinterpretation.

III. All die genannten Kriterien seien zum Erlass eines „Urteils“ heranzuziehen und mit Blick auf ihre jeweilige Bedeutung für die Urteilsfunktion „Rechtsfrieden“ miteinander abzuwägen. Diese Handreichung bleibt halbwegs vage, wird jedoch durch ein sehr anschauliches Bild aus der Chaostheorie ergänzt, wonach das Chaos bestimmte Prognosemöglichkeiten nicht ausschließen soll; dies lasse sich in gewisser Hinsicht auch auf die nicht determinierte, aber eben „gebundene“ De-zision des Richters übertragen. Des Weiteren soll sich nach Rafi auch „eine Analogie zur Linguistik“ anbieten: „Eine konkrete Sprache“ stelle „ein synchronisch festgelegtes System von Begriffen und grammatischen Regeln dar, während das Sprechen (...) der einzelnen Mitglieder der

Sprachengemeinschaft nur diachronisch beschrieben werden“ können und „sich der Festlegung“ entziehe. Wirklich verwundern kann die Möglichkeit einer solchen Analogie freilich nicht, wenn man berücksichtigt, dass Rechtstexte letzten Endes in natürlicher Sprache verfasst sind und somit für ihr Verständnis selbstverständlich auf die Regeln der Sprachtheorie zurückgegriffen werden kann.

Das Buch schließt mit dem anschaulichen Fazit: „Des-halb ist der Richter gebunden und frei zugleich: Als Teil des Systems kann er dieses dezisionistisch mit jedem Urteil verändern. In dem er sich am System orientiert und es insoweit als etwas ihm Entgegenstehendes betrachtet, bindet ihn das System jedoch auch an bestimmte Strukturen. So wird eine Rechtstheorie denkbar, die den Richter bei Anerkennung aller seiner Entscheidungsgewalt bindet und sich nicht anmaßt, ihm die Entscheidung abzunehmen.“

Dieses Fazit ist – ebenso wie eine Vielzahl der dazu führenden Gedanken – zwar nicht durchgehend neu, aber in der Sache überzeugend. Der Wert der anschaulich geschriebenen und stets gut lesbaren Untersuchung liegt darüber hinaus aber darin, dass die von Rafi für wichtig gehaltenen „Kriterien für ein gutes Urteil“ nicht nur zusammengetragen und im Zusammenhang abgehandelt, sondern zumeist auch in Beziehung zu der von ihm als zentral erachteten Urteilsfunktion der Schaffung von Rechtsfrieden gesetzt werden. Gerade weil die Lektüre des Buches wirklich Freude macht, bedauert man aus strafrechtlicher Sicht etwas, dass Rafi sich ausdrücklich auf zivilrechtliche Urteile beschränkt. Vieles, was er hierzu schreibt, mag auf das Strafrecht übertragbar sein; zur – freilich auch in anderen neueren Untersuchungen zum Thema offen gebliebenen (explizit dazu nun aber *Demko*, Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, vgl. dazu auch *Gaede* HRRS 2004, 213 ff.) – Frage, ob sich im Bereich des Strafrechts aus dem strengen Gesetzlichkeitsprinzips des Art. 103 II GG nicht gewisse Verschiebungen (etwa in Gestalt einer größeren Bedeutung des Wortlautarguments gegenüber Folgerwägungen) ergeben, findet sich deshalb auch hier – ebenso verständlicher- wie aus der Sicht des Strafrechters bedauerlicher Weise – kein weiterführender Hinweis.

Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Bucerius Law School, Hamburg

Schmid, Niklaus: **Strafprozessrecht – Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes**; 4., ergänzte und verbesserte Aufl., Zürich 2004; 89,00 CHF; ISBN 3 7255 4697 5.

I. Bislang ist das schweizerische Strafprozessrecht durch seine Gliederung in 29 verschiedene Prozessordnungen für die schweizerische Wissenschaft und erst Recht für

den Nichtschweizer schwer zu erschließen. Mit der vierten Auflage seines bereits bestens eingeführten Lehrbuches zum zürcherischen Strafprozessrecht (3. Auflage 1997, Internetupdate 2001) legt *Niklaus Schmid* nun vor einem besonderen historischen Hintergrund eine der zentralen Publikationen zum schweizerischen Strafprozessrecht neu vor. *Schmid* erläutert in erster Linie das zürcherische Strafverfahrensrecht, in nicht geringem Umfang auch landesweit bedeutendes Strafprozessrecht. Da *Schmid* sein Lehrbuch nun zudem als Autor des Vorentwurfs zur anstehenden Erschaffung *einer* eidgenössischen Strafprozessordnung verfasst und die zürcherische Prozessordnung wohl als ausstrahlungskräftigste schweizerische Prozessordnung gelten darf, handelt es sich um eine nicht nur den Kanton Zürich betreffende Publikation. Sie ist vielmehr für die gesamte Schweiz aber auch für die rechtsvergleichende Betrachtung von Interesse.

II. *Schmid* stellt in seinem Lehrbuch, das sich erklärmaßen sowohl an Studierende als auch an Praktiker richtet, in einem übersichtlichen Schriftbild das gesamte zürcherische Strafverfahren und in kürzerer Form auch das Strafprozessrecht des Bundes dar. Eingangs legt *Schmid* allgemeine Grundlagen und die Verfahrensmaximen des Strafprozessrechts nieder. Sodann werden die Strafverfolgungsbehörden, die Zuständigkeitsregelungen sowie die Verfahrensbeteiligten dem Leser näher gebracht. Auf Ausführungen zu den Prozessvoraussetzungen und den Prozesshandlungen folgt die Darstellung des Beweisrechts und der Zwangsmaßnahmen. Die Verfahrensstufen des Regelverfahrens und besondere Verfahrensarten werden darauf folgend näher dargestellt. Ausführungen zu den Rechtsmitteln und zum Kosten- und Entschädigungsrecht beschließen das Lehrbuch.

Die Einführung in das aktuelle zürcherische Prozessrecht gelingt *Schmid* auch in dieser Auflage. Der Leser spürt den hervorragenden Überblick *Schmid*s unter anderem auch an der gelungenen Gewichtung der Ausführungen. *Schmid* dosiert sehr geschickt, betont besonders bedeutende Bereiche und informiert doch prägnant auch über wissenswerte aber kaum zentrale strafprozessuale Phänomene wie den „Zürcher Tieranwalt“ (Rn. 507). Mit einem übersichtlichen Faltblatt am Ende des Buches stellt *Schmid* das Regelverfahren auf einen Blick auch graphisch gelungen dar. Schwerpunkte seiner Neubearbeitungen sind die Einarbeitung der zürcherischen Justizreform 2003 und die Einarbeitung aktueller Rechtsprechung. Die auch auf kantonaler Ebene geltenden jüngeren Strafprozessgesetze wie etwa das Bundesgesetz zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs (BÜPF) oder das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) sind von *Schmid* ebenfalls umfassend eingearbeitet worden, was die Bedeutung des Lehrbuchs für die gesamte Schweiz belegt. Etwa auch die Ausführungen zum Bundesstrafverfahren, zu den Bundeskompetenzen, zur Einwirkung der Bundesverfassung und der EMRK auf das kantonale Recht oder die Gerichtsstandsregelungen betreffen nicht in erster Linie kantonales Recht. Vor allem aber arbeitet *Schmid* die bereits zahlreiche Vereinheitlichungen des schweizerischen Strafprozessrechts

bedingende Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) und des EGMR nicht nur zum zürcherischen Strafverfahren ein. Die eingehende Einarbeitung der EGMR-Rechtsprechung ist dabei für die Schweiz etwas heute Bekanntes. Aus deutscher Sicht bleibt sie bemerkenswert, zumal sich kein deutsches Lehrbuch zum Strafprozessrecht finden lässt, das die Rechtsprechung des BVerfG auf vergleichbare Art und Weise mit der prinzipiell selbständig neben die nationale Verfassungslegung tretenden EGMR-Judikatur ergänzt. Wenngleich auch *Schmid* nicht alle Ansätze der immer weiter ausgedehnten Rechtsprechung des EGMR erschließt, die heute als praktisch und wissenschaftlich im (schweizerischen) Strafprozessrecht bedeutungsvoll einzuschätzen sind, so stellt das Lehrbuch doch über die Schweiz hinaus eine lohnende Informationsquelle dar. Da die schweizerischen Gerichte überdies besonders im Kanton Zürich den deutschen Gerichten bei der Durchdringung und eigenständigen Aufnahme der Judikatur zur EMRK um Jahre voraus sind, ist insoweit schon der Nachweis der von der EMRK durchdrungenen Rechtsprechung etwa des BGer oder des Zürcher Kassationsgerichts selbst ein Gewinn.

Schmid berücksichtigt in der gesamten Neuauflage bereits durch Verweise auf den Vorentwurf, wohin sich die schweizerische rechtspolitische Diskussion derzeit bewegt. *Schmid* beruhigt dabei den zürcherischen Praktiker bzw. den heutigen Studenten mit der Ankündigung, dass sich auf dem Stand seines Entwurfs gegenüber dem heute geltenden zürcherischen Recht mit einer eidgenössischen Strafprozessordnung kaum fundamental etwas ändern wird. Außerhalb Zürichs wird man dies in der Schweiz vielleicht etwas kritisch lesen. Ob *Schmid* Recht behalten wird, bleibt abzuwarten, wenngleich er in der Sache gute Gründe für seine Auffassung anführen kann.

Vielleicht für den deutschen Rezensenten besonders erwähnenswert scheint der Umgang *Schmid*s mit der prozesswissenschaftlichen Diskussion. *Schmid* schickt seinem Lehrbuch selbst die Ankündigung voran, dass das Schrifttum vergleichsweise zurückgenommen Eingang findet. Der Autor konzentriert sich auf die Rechtsprechung und verweist in den entsprechenden Fußnoten nur selten auf spezifisch einschlägige Literatur. *Schmid* nimmt im Wesentlichen lediglich zum Eingang der das Buch gliedernden Paragraphen kürzere Literaturübersichten auf, die sich überwiegend sofort als geeignete Auswahl erweisen, in denen man in Einzelfällen aber auch neuere und wichtige Publikationen vermisst (auf S. 38 wird nur auf die Altauflage des EMRK-Handbuchs von *Villiger* verwiesen). Da *Schmid* selbst seinen insoweit reduzierten Anspruch offen legt, kann die Zurücksetzung des Schrifttums selbst kein Grund zur Kritik an der Umsetzung des Vorhabens sein. Jedenfalls an den Stellen, an denen *Schmid* selbst betont, dass Streit herrscht, ist es jedoch in einem so umfassenden Lehrbuch wie dem von *Schmid* bedauerlich, im Ergebnis nur die Meinung des Autors zu erfahren. Für den Studierenden aber auch für den Praktiker, dem die Offenlegung des Streits eine gewisse Unsicherheit bzw. Argumentationspotential signalisiert (vgl. etwa Rn. 598 zum Anwendungsbereich von

ne bis in idem), wären gerade hier nähere Verweise ein Gewinn, falls sich etwa die Studierenden auch aus dem durch das Lehrbuch gewonnenen Verständnis heraus für die Meinung des Autors entscheiden sollen. Erst recht dann, wenn Schmid Aussagen trifft, die jedenfalls in ihrer Weite nicht mit der Rechtsprechung etwa des EGMR vereinbar sind (vgl. Rn. 61 und die damit offenbar partiell konfligierenden Prinzipien der Entscheidung *Coëme* u.a. v. Belgien, Rep. 2000-VII, §§ 101 ff.), sollten Hinweise ergänzt werden, die dem Studierenden eine Nachprüfung der von Schmid aufgestellten These ermöglichen (vgl. etwa auch die Rn. 176 ff. zur eingeschränkten Unmittelbarkeit, bei denen sich für Studierende und Praktiker gleichermaßen z.B. ein Verweis auf *Trechsel* AJP 11 [2000], 1366, 1369 f. angeboten hätte, der anders als Schmid im Licht der EGMR-Rechtsprechung den zunächst zu überwindenden Grundsatz der Unmittelbarkeit betont). Wenn sich in der Vorgehensweise Schmid's auch eine in der Schweiz offenbar verbreitete Lehrtradition niederschlägt, scheint sie doch bislang ein wenig dazu zu verführen, mit dem Buch Schmid's so zu lernen, dass man die Position Schmid's aufnimmt und repetiert. Wenn aber gerade das Strafprozessrecht von einem stets erneut zu bestimmenden Ausgleich von Individual- und Gemeinschaftsinteresse geprägt sein soll (vgl. so etwa Rn. 13), sollten sowohl der Student als auch der Praktiker hierfür ein Problembewusstsein entwickelt haben, das sie gerade davon abhält, abstrakten Lehrsätzen unkritisch gegenüberzustehen und das sie befähigt, ihre eigene Verantwortung für den stets eigenständig zu würdigenden neuen

Fall wahrzunehmen. Es hat den Anschein, als könnte Schmid den Wert seines Buches noch weiter steigern, wenn er wohllosiert die argumentative Möglichkeit abweichender Auffassungen stärker auch durch eine hervorgehobene Bezugnahme auf das Schrifttum demonstrieren würde.

III. Ein Fazit ist schnell gefunden. Das Lehrbuch von Schmid verteidigt auch in der vierten Auflage seinen Platz in der schweizerischen Literatur zum Strafprozessrecht. Gerade auch durch Bezüge zur anstehenden Vereinheitlichung des schweizerischen Rechts, Darstellungen des neueren Bundesrechts und die Einarbeitung der stetig wachsenden BGer- und EGMR-Rechtsprechung baut Schmid die Bedeutung seines Werks noch weiter aus. Der Leser wird auf aktuellstem Stand über das zürcherische und das gesamtschweizerische Strafprozessrecht informiert. Dies macht die Publikation für eine gründliche Befassung mit dem zürcherischen Strafprozessrecht unverzichtbar. Für das landesweite schweizerische Strafprozessrecht ist sie ein bedeutender Beitrag. Für die rechtsvergleichende bzw. auch auf die EMRK abstellende prozessrechtliche Wissenschaft und Praxis etwa in Deutschland ist der Schmid eine Quelle, die rege Beachtung verdient.

Wiss. Ass. **Karsten Gaede** (Zürich)

Vollständige Rechtsprechung des BGH

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen.

609. EGMR (Nr. 47114/99) – Urteil vom 22. Oktober 2002 (Taylor-Sabori v. United Kingdom)

Recht auf Achtung des Privatlebens und der vertraulichen Korrespondenz (Telekommunikationsüberwachung; gesetzliche Grundlage; Schutz bei modernen Formen der Individualkommunikation: hier pager-Systemen); Recht auf eine Beschwerde im nationalen Recht (Befassung mit der Substanz der Beschwerde; Möglichkeit einer angemessenen Abhilfe und Auseinandersetzung mit der Konventionsbeschwerde bei ungesetzlichen Strafverfolgungseingriffen; Ungenügen eines etwaigen Ausschlusses von Beweismitteln; Inkorporation der EMRK).

Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 100a StPO

610. EGMR (Nr. 67500/01) – Entscheidung vom 13. Mai 2004 (Atik v. Germany)

Recht auf faires Verfahren: freier Verkehr mit dem Verteidiger (Gesamtbetrachtung; Überwachungsfreiheit und wirksame Verteidigung; Kontaktaufnahme eines V-Mannes, eines verdeckten Ermittlers mit dem Verteidiger; Bedeutung der etwaigen Informationserlangung bzw. der belastenden Informationsverwertung); Erschöpfung des Rechtsweges.

Art. 6 Abs. 1 Abs. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 35 EMRK; § 137 StPO; § 110a StPO

611. BVerfG 2 BvL 8/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2004 (AG Bernau)

Richtervorlage zum Bundesverfassungsgericht; allgemeine Darlegungsanforderungen (Entscheidungserheblichkeit; Auseinandersetzung mit Rechtslage, Rechtsprechung und Literatur; Darlegung des vermeintlich verletzten verfassungsrechtlichen Grundsatzes); besondere Darlegungsanforderungen bei einer erneuten Vorlage (Auseinandersetzung mit dem Standpunkt des BVerfG;

Darlegung neuer Tatsachen); Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts; Cannabiskonsum (neuere wissenschaftliche Forschung; Fortbestehen nicht unbeträchtlicher Gefahren und Risiken); Drogen (Ungleichbehandlung von Alkohol und Cannabis); legitimer gesetzgeberischer Zweck (Schutz der Volksgesundheit, der Familie, der Jugend; Gefährlichkeit); Absehen von Strafe bei geringen Mengen zum Eigenkonsum (Verhältnismäßigkeit; Übermaßverbot; Schuldgrundsatz); Gesetzmäßigkeitsprinzip (Bestimmtheitsgrundsatz).

Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG; § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; Art. 8 EMRK; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BtMG; Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG

612. BVerfG 2 BvR 1167/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Juli 2004 (OLG Hamm, LG Münster)

Recht auf Verteidigung (keine Beiordnung eines neuen Pflichtverteidigers bei Fortbestehen des Vertrauensverhältnisses zum derzeitigen).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK

613. BVerfG 2 BvR 1217/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 29. Juni 2004 (BGH, LG Frankfurt am Main)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Rechtsstaatsprinzip: Beschleunigungsgebot); Berücksichtigung bei der Strafzumessung (Bestimmung von Art und Ausmaß der Verzögerung; Bestimmung des Maßes der Herabsetzung der Strafe; Verhältnismäßigkeit; Schwere des Tatvorwurfs); BGH 2 StR 41/04.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

614. BGH 2 StR 123/04 - Beschluss vom 2. Juni 2004 (LG Mühlhausen)

Mord; Sicherungsverwahrung; Vorverurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren (Berücksichtigung einer Gesamtfreiheitsstrafe); Katalogtat; Gefährlichkeitsprognose.

§ 211 StGB; § 66 Abs. 3 StGB; § 54 StGB

615. BGH 2 StR 14/04 - Beschluss vom 4. Juni 2004 (LG Erfurt)

Mord (Versuch, Vollendung); Körperverletzung; Konkurrenzen.

§ 211 StGB; § 223 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

616. BGH 2 StR 141/04 - Beschluss vom 2. Juni 2004 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Tenorkorrektur.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 268 StPO

617. BGH 2 StR 147/04 - Beschluss vom 18. Juni 2004 (LG Darmstadt)

Anrechnung in Italien erlittener Untersuchungshaft.
§ 450a StPO

618. BGH 2 StR 161/04 - Urteil vom 23. Juni 2004 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tatherrschaft; Täterschaft; Abgrenzung zur Beihilfe; vorsätzliches Fördern einer fremden Absatztätigkeit; Eigennützigkeit: Motivbündel).

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

619. BGH 2 StR 163/04 - Beschluss vom 4. Juni 2004 (LG Darmstadt)

Strafzumessung; Bildung der Gesamtstrafe (Erfordernis einer eigenen Strafzumessung; Summen der Einzelstrafen; Einsatzstrafe).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 54 StGB

620. BGH 2 StR 18/04 - Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Limburg)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Folgeschäden).

§ 46 Abs. 2 StGB

621. BGH 2 StR 36/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Fulda)

Strafzumessung (polizeiliche Überwachung der Tat).

§ 46 Abs. 2 StGB

622. BGH 2 StR 382/03 - Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Frankfurt)

BGHSt; absoluter Revisionsgrund der falschen Besetzung; Besetzungsrüge; gesetzlicher Richter; Beschluss über die kammerinterne Geschäftsverteilung (Schriftform).

§ 21g GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1 StPO

623. BGH 2 StR 383/03 - Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Frankfurt)

Absoluter Revisionsgrund der falschen Besetzung; gesetzlicher Richter; Beschluss über die kammerinterne Geschäftsverteilung (Schriftform).

§ 21g GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1 StPO

1. Zum Erlass eines kammerinternen Geschäftsverteilungsplans. (BGHSt)

2. Die Mitwirkungsgrundsätze für die kammerinterne Geschäftsverteilung sind durch Beschluss aller dem Spruchkörper angehörenden Berufsrichter vor Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer zu regeln. Sie haben Geltung nur für das betreffende Geschäftsjahr und treten mit dessen Ablauf ohne weiteres außer Kraft. (Bearbeiter)

3. Der Beschluss über die kammerinterne Geschäftsverteilung bedarf der Schriftform. (Bearbeiter)

4. Durch das Fehlen eines nach § 21 g GVG von den Kammermitgliedern zu erstellenden Mitwirkungsplans

wird das Gebot des gesetzlichen Richters zwar dann nicht verletzt, wenn ein Spielraum bei der Heranziehung der einzelnen Richter nicht besteht, etwa bei einem nicht überbesetzten Spruchkörper. Verhandelt eine Kammer aber in reduzierter Besetzung nach § 76 Abs. 2 GVG, so muss ungeachtet der Reduzierung der Besetzung durch von allen drei Richtern zu erlassenden Eröffnungsbeschluss bereits in der kammerinternen Geschäftsverteilung geregelt werden, welcher Richter nicht an der Hauptverhandlung teilnimmt, falls die Zweierbesetzung beschlossen werden sollte (BVerfG - KammerBeschl. vom 3. Mai 2004 - 2 BvR 1825/02). (Bearbeiter)

624. BGH 2 StR 505/03 – Urteil vom 26. Mai 2004 (LG Kassel)

BGHSt; Sittenwidrigkeit der Körperverletzung trotz Einwilligung (Reduktion auf den Kern; Beurteilungsgrundlage: Schwere des Rechtsgutsangriffs, Zweck der Tat, Umstände der Tat, positivkompensierender Zweck; sadomasochistische Praktiken); Tatherrschaft bei Fremdgefährdung (Abgrenzung von eigenverantwortlicher Selbstverletzung bzw. Selbsttötung); Fahrlässigkeit; allgemeine Handlungsfreiheit; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Selbstbestimmung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 227 StGB; § 228 StGB; § 15 StGB; § 25 StGB

625. BGH 2 StR 518/03 - Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Trier)

Zeitweilige Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 44 StPO

626. BGH 2 ARs 216/04 / 2 AR 124/04 - Beschluss vom 4. Juni 2004 (AG Bad Kissingen)

Bestimmung des zuständigen Gerichts.
§ 14 StPO

627. BGH 2 ARs 217/04 2 AR 134/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004

Aufhebung eines Abgabebeschlusses.
§ 109 Abs. 2 JGG; § 58 Abs. 3 Satz 3 JGG; § 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

628. BGH 2 ARs 233/04 / 2 AR 147/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004

Feststellung einer Verfahrensverbindung.
§ 2 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 3 StPO; § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

629. BGH 2 ARs 33/04 - Beschluss vom 26. Mai 2004

Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Antwort auf Anfragebeschluss; Prüfung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (Sachrüge; Verfahrensrüge); Verfahrensverstöß; Aufklärungspflicht; Einstellung des Verfahrens durch Prozessurteil.
§ 344 StPO; § 132 GVG; Art. 6 Abs. 1 Satz EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

630. BGH 3 StR 107/04 - Urteil vom 1. Juli 2004 (LG Aurich)

Mord; Heimtücke (Strafzumessung; Rechtsfolgenlösung, außergewöhnliche Umstände, Motivbündel).

§ 211 StGB; § 46 StGB

631. BGH 3 StR 108/04 – Beschluss vom 23. Juni 2004 (LG Kiel)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Gesamtbetrachtung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 Abs. 2 StGB; § 354a StPO

632. BGH 3 StR 130/04 - Beschluss vom 15. Juli 2004 (LG Osnabrück)

Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung; Gewalt; Ausnutzen einer schutzlosen Lage.

§ 177 Abs. 2 StGB

633. BGH 3 StR 158/04 - Beschluss vom 23. Juni 2004 (LG Aurich)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Beschwer des Revisionsführers.

§ 55 StGB; § 333 StPO

634. BGH 3 StR 162/04 - Beschluss vom 15. Juni 2004 (LG Kiel)

Wahrunterstellung einer Indiztatsache; Beruhen; Überzeugungsbildung.

§ 261 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

635. BGH 3 StR 166/04 - Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Kleve)

Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Wirkstoffgehalt von Marihuana „mittlerer Art und Güte“; Tetrahydrocannabinol; THC.

§ 29a BtMG

636. BGH 3 StR 172/04 - Beschluss vom 17. Juni 2004 (LG Duisburg)

Minder schwerer Fall des schweren Raubes (ungeladene Gaspistole).

§ 250 Abs. 3 StGB

637. BGH 3 StR 76/04 - Urteil vom 17. Juni 2004 (LG Oldenburg)

Brandstiftung; Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld (Strafzumessung; erzieherische Einwirkung); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 18 JGG; § 306 StGB; § 55 StGB

638. BGH 3 StR 172/04 - Beschluss vom 17. Juni 2004 (LG Duisburg)

Rücknahme der Revision durch den Wahlverteidiger.

§ 302 Abs. 2 StPO

639. BGH 3 StR 179/04 - Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Berlin)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Eintragungen im Erziehungsregister nach Vollendung des 24. Lebensjahrs).

§ 63 Abs. 2 BZRG; § 46 Abs. 2 StGB

640. BGH 3 StR 187/04 - Beschluss vom 15. Juni 2004 (LG Hannover)

Rechtsmittelverzicht eines Nichtmuttersprachlers; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Hinderung, Verschulden).

§ 302 StPO; § 44 StPO

641. BGH 3 StR 189/04 - Beschluss vom 13. Juli 2004 (LG Duisburg)

Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Begründungsanforderungen); Einziehung eines Tatmittels.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 74 StGB

642. BGH 3 StR 193/04 - Beschluss vom 29. Juni 2004 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Berichtigung des Schuldspruchs.

§ 349 Abs. 2 StPO

643. BGH 3 StR 206/04 - Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Osnabrück)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Strafzumessung; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; neue Hauptverhandlung nach Aufhebung und Zurückverweisung; Verschlechterungsverbot.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 Abs. 2 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

644. BGH 3 StR 211/04 - Beschluss vom 13. Juli 2004 (LG Hannover)

Strafzumessung (Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen); Beruhen.

§ 46 Abs. 2 StGB; § 337 StPO

645. BGH 3 StR 220/04 - Beschluss vom 13. Juli 2004 (LG Krefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Korrektur der Urteilsformel.

§ 349 Abs. 2 StPO

646. BGH 3 StR 229/04 - Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Osnabrück)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Anrechnung in der Niederlanden erlittener Auslieferungshaft.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 450a StPO

647. BGH 3 StR 344/03 – Urteil vom 17. Juni 2004 (LG Hildesheim)

BGHSt; Mittäterschaft (Tatbeiträge jedes Mittäters: Tateinheit, Tatmehrheit); Betrug; gewerbsmäßiges Handeln (Tateinheit); Bande.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

648. BGH 3 StR 368/02 / 3 StR 415/02 - Beschluss vom 15. Juni 2004

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; verfahrensbeendende Absprachen (Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts: Versprechenlassen, Anregen; rechtsstaatliche Grenzen); Vergleich im Strafprozess; Überprüfung des Urteils durch das Rechtsmittelgericht.

§ 132 Abs. 2 GVG; § 132 Abs. 4 GVG; § 302 StPO

649. BGH 3 StR 500/03 - Urteil vom 27. Mai 2004 (LG Oldenburg)

Sexuelle Nötigung (funktionaler Zusammenhang zwischen Nötigung und sexueller Handlung); schwerer Menschenhandel (qualitativ andersartige Form der Prostitution: übergewichtige Freier, geschlechtskranke Freier).

§ 177 StGB Abs. 1 StGB; § 181 Abs. 1 Nr. 1 StGB

650. BGH 3 StR 503/03 - Beschluss vom 15. Juni 2004 (LG Düsseldorf)

Neubescheidung einer Revision; Nachholung des rechtlichen Gehörs.

vor § 296 StPO; § 33a StPO

651. BGH 1 StR 166/04 – Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Nürnberg)

Richterliche Hinweispflicht (formenstrenge Anwendung auf die mögliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; konkludenter Hinweis).

§ 66 StGB; § 265 Abs. 2 StPO

652. BGH 1 StR 189/04 – Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Freiburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

653. BGH 1 StR 24/04 – Beschluss vom 17. Juni 2004 (LG Nürnberg)

Anordnung von Wertersatzverfall (Darlegung der Ermessensentscheidung bei möglicher Entreicherung); ausdrückliche Anrechnung der Bewährungsaufgabe im Tenor.

§ 73c Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 StGB; § 58 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56f Abs. 3 StGB

654. BGH 1 StR 62/04 – Beschluss vom 17. Juni 2004 (LG Stuttgart)

Hinterlistiger Überfall bei der gefährlichen Körperverletzung (strafscharfende Berücksichtigung der Begehungsweise bei versuchtem Mord).

§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 22 StGB; § 211 StGB

Ein Überfall ist im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht schon dann hinterlistig, wenn der Täter für den Angriff auf das Opfer das Moment der Überraschung ausnutzt, etwa indem er plötzlich von hinten angreift. Hinterlist setzt vielmehr voraus, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht gerichteten Weise vorgeht, um dadurch dem Überfallenen die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und eine Vorbereitung auf die Verteidigung auszuschließen, beispielsweise durch Entgegenreten mit vorgetäuschter Friedfertigkeit oder indem er sich vor dem Opfer verbirgt und ihm auflauert oder sich anschleicht (BGH NStZ 2001, 478).

655. BGH 1 StR 72/04 – Urteil vom 26. Mai 2004 (LG Aschaffenburg)

Darlegungsanforderungen bei einem Freispruch (möglicher Schluss auf den zugrunde gelegten Sachverhalt aus

dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe); Beweiswürdigung (Widerspruchsfreiheit).
§ 267 StPO; § 261 StPO

656. BGH 1 StR 86/04 – Beschluss vom 11. Mai 2004 (LG Nürnberg)

Konkurrenzen (Handlungseinheit; Tateinheit).
§ 52 StGB; § 53 StGB

657. BGH 1 StR 214/04 – Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Hechingen)

Ablehnung von Beweisanträgen wegen Prozessverschleppung (Begriff des Beweisantrages; unzulässige Verknüpfung mit der Strafzumessung; Hinwirkung der Verteidigung auf eine bestimmte Strafe; Feststellung der Sprachfähigkeiten des ausländischen Angeklagten; Verfahrensabsprachen).
Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

658. BGH 1 StR 256/04 – Beschluss vom 7. Juli 2004 (LG Nürnberg)

Wirksamer konkludent erklärter Rechtsmittelverzicht durch „Kopfnicken“; Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Vortrag von Negativtatsachen).
§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO; § 302 Abs. 2 StPO

659. BGH 1 StR 525/03 – Beschluss vom 30. Juni 2004 (LG Karlsruhe)

Strafverfolgungsverjährung (Alternativität der Unterbrechungsmöglichkeiten: Unterbrechung nur durch die erste der vorgenommenen Handlungen); Hinweispflicht und faires Verfahren, rechtliches Gehör (Divergenz beim Verständnis eines Zeugen zwischen Gericht und Verteidigung).
§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 265 StPO

660. BGH 1 StR 526/03 – Beschluss vom 30. Juni 2004 (LG Karlsruhe)

Strafverfolgungsverjährung (Alternativität der Unterbrechungsmöglichkeiten: Unterbrechung nur durch die erste der vorgenommenen Handlungen); analoge Anwendung des § 354 StPO.
§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 354 Abs. 1 StPO

661. BGH 4 StR 47/04 – Urteil vom 8. Juli 2004 (LG Essen)

Beweiswürdigung (Inbegriff der Hauptverhandlung); negative Beweiskraft des Sitzungsprotokolls.
§ 274 StPO; § 261 StPO

662. BGH 4 StR 54/04 – Urteil vom 17. Juni 2004 (LG Neubrandenburg)

Begrenzung der Milderungsmöglichkeit (Strafrahmenverschiebung) nach §§ 21, 49 StGB bei erheblicher Schuldinderung durch verschuldete Trunkenheit (Alkoholkonsum; Divergenz der Strafsenate und vertretene Maßstäbe bei der Vorhersehbarkeit; einheitliche Auffassung hinsichtlich der Alkoholkrankheit bzw. der weitgehenden Beherrschung durch den Alkohol).

§ 21 StGB; § 49 StGB

663. BGH 4 StR 119/04 – Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Neubrandenburg)

Sexueller Missbrauch gemäß § 176 Abs. 1 StGB (Verdrängung durch den schweren sexuellen Missbrauch auch bei Annahme eines minder schweren Falles; Strafzumessung).
§ 176 Abs. 1 StGB; § 176a Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

664. BGH 4 StR 128/04 – Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Bochum)

Missbrauch einer Schutzbefohlenen (erforderlicher Missbrauch der mit dem Schutzverhältnis verbundenen Abhängigkeit).
§ 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB

665. BGH 4 StR 150/04 – Beschluss vom 8. Juni 2004 (LG Leipzig)

Tateinheit wegen teilweiser Handlungseinheit (Konkurrenz von versuchter Nötigung, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und der unbefugten Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Handgranate).
§ 22 a Abs. 1 Nr. 6 KWKG; § 240 StGB; § 113 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

666. BGH 4 StR 150/04 – Beschluss vom 6. Juli 2004 (LG Leipzig)

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

667. BGH 4 StR 77/04 – Urteil vom 17. Juni 2004 (LG Paderborn)

Tenorierung bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung); Strafzumessung (kein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot bei mittelbarer Festlegung des Strafrahmens durch einen Verweis auf den besonders schweren Fall; Fall der Entbehrlichkeit einer Darlegung zur möglichen Gegenindizierung bei Regelbeispielen).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

668. BGH 4 StR 85/03 – Urteil vom 6. Juli 2004 (LG Essen)

BGHSt; BGHR; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Vorabteilentscheidung der Revision); Teilurteile und Zwischenurteile im Strafverfahren; Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zur Führung eines Fahrzeuges; Erfordernis des „spezifischen Zusammenhangs“; Gesamtwürdigung; Anfrageverfahren); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Durchführung eines zeitaufwendigen Anfrage- und Vorlageverfahrens); Freiheit der Person.
§ 353 StPO; § 354 StPO; § 69 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG

669. BGH 4 StR 157/04 – Beschluss vom 13. Juli 2004 (LG Bochum)

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

670. BGH 4 StR 160/04 – Beschluss vom 8. Juni 2004 (LG Landshut)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konstitutive Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs; rechtsgutsbezogene Auslegung; Perversion des Fahrzeugs; Ungenügen eines reinen Zusammenhangs mit dem Straßenverkehr; Öffentlichkeit eines Verkehrsraums und faktische Herbeiführung der Öffentlichkeit).

§ 315 b StGB

671. BGH 4 StR 165/04 – Beschluss vom 24. Juni 2004 (LG Dortmund)

Strafverfolgungsverjährung bei sexuellem Missbrauch eines Kindes und sexuellem Missbrauch einer Schutzbefohlenen (keine Rückwirkung bei bereits eingetretener Verjährung).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 78 b Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vom 27. Dezember 2003

672. BGH 4 StR 226/04 – Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Kaiserslautern)

Strafzumessung (fehlende Feststellungen für Strafschärfungsgründe); erweiterter Ersatzverfall (erforderliche tatrichterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft der Gegenstände).

§ 46 StGB; § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 73 StGB; § 73a StGB

673. BGH 4 StR 229/04 – Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Halle)

Sexuelle Nötigung in Form der Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage; notwendige Feststellungen bei Ableitung aus der Person des vermeintlichen Täters und zur subjektiven Seite).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 15 StGB

674. BGH 4 StR 235/04 – Beschluss vom 24. Juni 2004 (LG Saarbrücken)

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 346 Abs. 2 Satz 1 StPO

675. BGH 4 StR 428/03 – Beschluss vom 22. Juni 2004 (LG Bielefeld)

BGHSt; wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Beschränkung der rechtswidrigen Absprache im Sinne des § 298 Abs. 1 StGB auf kartellrechtswidrige Absprachen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen; Täterschaft und Teilnahme); Tateinheit beim Betrug (Maßgeblichkeit des individuellen Tatbeitrages jedes einzelnen Mittäters; Versuch nur bei Annahme der Bösgläubigkeit); Untreue bei der GmbH (Vermögensbetreuungspflicht; faktischer Geschäftsführer; tatsächliche Verfügungsmacht).

§ 298 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 25 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB

676. BGH 5 StR 136/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Stuttgart)

BGHR; Betrug durch das Erschleichen eines Rabatts nur bei anderweitiger äquivalenter Verkaufsoption (Vermögensschaden; bloße Vereitelung einer Vermögensmehrung; Anwendung bei Expektanzen; Stoffgleichheit; quantifizierbare Beeinträchtigung); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (Anhörung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; rechtliches Gehör).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 81 Abs. 2 EGV; § 263 StGB; § 357 StPO

677. BGH 5 StR 136/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Stuttgart)

Aufhebung des Haftbefehls wegen Unverhältnismäßigkeit ihrer Fortdauer.

§ 120 Abs. 1 StPO; § 126 Abs. 3 StPO

678. BGH 5 StR 148/04 - Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

679. BGH 5 StR 165/04 – Beschluss vom 8. Juni 2004 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

680. BGH 5 StR 173/04 – Beschluss vom 8. Juni 2004 (LG Hamburg)

Lückenhafte Strafzumessung (hinreichende Erörterung einer engmaschigen polizeilichen Überwachung beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; praktischer Ausschluss der Gefährdung).

§ 46 StGB; § 29 BtMG

681. BGH 5 StR 174/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Bautzen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

682. BGH 5 StR 180/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

683. BGH 5 StR 181/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Berlin)

Recht auf ein faires Verfahren bei Verfahrensverständigung und Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Rechtsirrtum des Gerichts hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfahrensabsprache: Gesamtstrafenbildung; Hinweispflicht des Gerichts und Verbot, sich in einen nicht nachvollziehbaren Widerspruch zu den im Rahmen der Verständigung gegebenen Rechtsfolgenbewertung zu setzen; Kompensation zum Ausgleich von Verletzungen beider Rechte durch analoge Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 55 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

684. BGH 5 StR 203/04 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG Braunschweig)

Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (Entbehrlichkeit einer Anhörung bei Schuldspruchberichtigung; rechtliches Gehör; faires Verfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); schwere Brandstiftung (minder schwerer Fall; verminderte Schuldfähigkeit; Strafrahmenschiebung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (sichere Feststellung einer mindestens verminderten Schuldfähigkeit).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 357 StPO; § 306a Abs. 3 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

685. BGH 5 StR 211/04 – Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Leipzig)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsur; Verfahren nach § 460 StPO).

§ 55 StGB; § 460 StPO

686. BGH 5 StR 230/04 – Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Berlin)

(Besonders) Schwere räuberische Erpressung (Erörterungsmangel hinsichtlich eines minder schweren Falls bei nach den Feststellungen fehlerhafter Tatbewertung als planvoll).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

687. BGH 5 StR 534/02 (alt: 5 StR 469/97 und 5 StR 456/99) – Urteil vom 22. April 2004 (LG Berlin)

Unzureichende Beweiswürdigung bei Mord; Freispruch durch das Revisionsgericht (Durchentscheidung nach der dritten Urteilsaufhebung; verletzungsbedingte Konfabulationsneigung).

§ 211 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

688. BGH 5 StR 579/03 – Beschluss vom 9. Juni 2004 (LG München)

Steuerhinterziehung (Rechtsanwendung und Berechnungsdarstellung des Richters: Aufhebung auf die Sachrüge, Bedeutung eines Geständnisses; unechte Betriebsaufspaltung, steuerrechtliche Strohmännersprechung); Recht auf faires Verfahren bei Verfahrensabsprachen (Öffentlichkeitsgrundsatz; Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Angeklagten durch den Druck des Gerichts zu einer Verfahrensabsprache; unerklärbares Auseinanderfallen der Strafunter- und Strafobergrenzen); Freiheit der Person (Missbrauch der Untersuchungshaft). § 370 AO; § 15 EStG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 18 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

689. BVerfGE 1 BvR 737/00 – Beschluss vom 29. Juli 2004 (OLG Braunschweig, AG Braunschweig)

Rechtsberatungsgesetz (geschäftsmäßiges Besorgen fremder Rechtsangelegenheiten; beruflerfahrener Jurist); allgemeine Handlungsfreiheit; Auslegung von Gesetzen (teleologische Auslegung; teleologische Reduktion; Berücksichtigung von Alterungsprozessen des Gesetzes auf Grund geänderter gesellschaftlicher Gegebenheiten; Verhältnismäßigkeit; Berücksichtigung von Grundrechten); Recht im Sinne der Verfassung; fehlendes Rechtsschutzbedürfnis (Verfassungsbeschwerde gegen einen mit zulässigem Einspruch angegriffenen Bußgeldbescheid).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 1 RBerG; Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG; § 138 Abs. 2 StPO; § 46 Abs. 1 OWiG