

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 3/2005
6. 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

Rechtsanwalt **Matthias Rahmlow**, Krefeld – **Einzelne Probleme des Straftatbestands der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen“ (§ 201 a StGB)** S. 84

Frau Oberassistentin Dr. **Daniela Demko** (LLM), Zürich – **Zur «Einzelfallprüfung» und «geltungszeitlichen Interpretation» im Rahmen des Art. 3 EMRK** S. 94
(Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

Die Ausgabe umfasst vier Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR ***Falk v. Niederlande* – Verhältnismäßiger Schutz im Ordnungswidrigkeitenrecht gegen strict liability-Delikte**

BVerfG **Rechtsgrundlage für das Auslesen von SIM-Karten**

BVerfG **Verfassungskonforme Reduktion der Geldwäsche bei der Annahme von Verteidigerhonoraren**

BGH **Anstiftung zum Mord – gekreuzte Mordmerkmale (BGHSt)**

BGH **Kostenentscheidung bei Vorgehen nach § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO bei ausgeschlossener Entscheidung durch das Revisionsgericht (BGHR)**

BGH **Partielle Änderung der Rechtsprechung zum berechtigten Protokoll** SCHRIFTFLEITUNG

BGH **Zwangsmittelverbot bei anhängigem Steuerstrafverfahren (BGHR) und Strafmilderungslösung bei verspäteter Einleitung eines Ermittlungsverfahrens** Wiss. Assistent Karsten Gaede
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich
karsten.gaede@strate.net

BGH **Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils bei überzogener Strafmilderung für ein absprachebedingtes Geständnis** REDAKTION
Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:
Oberass. Dr. Daniela Demko, LLM (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Universität Erlangen); 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).

Diese Ausgabe umfasst 81 Entscheidungen.

HRRS HRR-Strafrecht

Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche
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, LLM (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen); 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).

6. Jahrgang, März 2005, Ausgabe **3**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

209. EGMR Nr. 66273/01 – Zulässigkeitsentscheidung vom 19. Oktober 2004 (Falk v. Niederlande)

Verhältnismäßiger Schutz der Unschuldsvermutung gegen *strict liability*-Delikte und belastende Beweislastregeln bzw. Beweislastumkehr (hinreichende Beachtung der Verteidigungsrechte; Verhältnismäßigkeit; Anwendung auf das Verkehrsstrafrecht bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht; subsidiäre Tatverantwortlichkeit des Fahrzeughalters für Bagatellvergehen); Selbstbelastungsfreiheit.
Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; Vor § 1 OWiG; Vor § 1 StVG

1. Auch minder schwere Verkehrsordnungswidrigkeiten stellen Straftaten im Sinne des Art. 6 EMRK dar (vgl. *Öztürk gg. Deutschland*, Urteil vom 21. Februar 1984, Serie A Nr. 73, S. 17-21, §§ 46-54). Die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK gilt demzufolge auch für derartige Verkehrsordnungswidrigkeiten.

2. Die Unschuldsvermutung und das Gebot, dass der anklagende Staat die Last des Beweises der von ihm erhobenen Tatvorwürfe trägt, sind nicht absolut. Tatsachen- und Rechtsvermutungen operieren in jedem Strafrechtssystem und sind nicht von vornherein durch die EMRK ausgeschlossen, solange die Vertragsstaaten innerhalb vernünftiger Grenzen verbleiben. Hierbei haben sie die Bedeutung des verfolgten Anliegens zu

berücksichtigen und die Rechte der Verteidigung zu bewahren (vgl. *Salabiaku gg. Frankreich*, Urteil vom 7. Oktober 1988, Serie A Nr. 141-A, S. 15-16, § 28). Beim Einsatz von Vermutungen haben die Vertragsstaaten einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Bedeutung des verfolgten Anliegens und den Verteidigungsrechten herbeizuführen.

3. Zur Anwendung im Einzelfall auf die subsidiäre Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters für Bagatellvergehen im Straßenverkehr.

212. BVerfG 2 BvR 308/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Februar 2005 (LG Bonn/AG Bonn)

Unverletzlichkeit der Wohnung (Schutzbereich; Durchsuchung; Verhältnismäßigkeit; Geeignetheit); Verpflichtung zur organisatorischen Sicherung des Richtervorbehaltes (Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters bei Tage und während der Nachtzeit); Beachtung des Richtervorbehaltes durch Polizei und Staatsanwaltschaft (kein Unterlaufen der Regelzuständigkeit; zwingender Versuch Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt zu erreichen); vollständige und zeitnahe Dokumentation bei nichtrichterlicher Durchsuchung (Bezeichnung des Tatverdachts und der gesuchten Beweismittel; tatsächliche Umstände der Gefahr im Verzug; Bemühungen, Ermittlungsrichter oder bei seiner Unerreichbarkeit einen Staatsanwalt zu erreichen); Gebot effektiven Rechtsschutzes (nachträgliche

Kontrolle schwerwiegender Grundrechtseingriffe; Auskunft über die Telekommunikation); Telekommunikationsgeheimnis (Auslesen von Daten auf einer SIM-Karte; Verbot der Umgehung; Beschlagnahme von Datenträgern, Rechnungen und Geräten nur unter den Voraussetzungen der §§ 100g, 100h StPO).

Art. 13 GG; Art. 10 GG; § 104 Abs. 3 StPO; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 100g StPO, § 100h StPO; § 98 Abs. 2 StPO; § 102 StPO.

1. Art. 13 Abs. 1 GG gewährt einen räumlich geschützten Bereich der Privatsphäre, in dem jedermann das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 51, 97, 107; 103, 142, 150 f.). Zum Zwecke der strafrechtlichen Ermittlung darf auch in die Wohnung eines Verdächtigen nur eingedrungen werden, wenn sich gegen ihn ein konkret zu beschreibender Tatvorwurf richtet, der Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung ein angemessenes Verhältnis zur Stärke des Tatverdachts wahrt und außerdem zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich ist, nämlich den Erfolg verspricht, geeignete Beweismittel zu erbringen (vgl. BVerfGE 96, 44, 51).

2. Die Landesjustiz- und die Gerichtsverwaltungen und die Ermittlungsrichter haben sicherzustellen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird. Sie müssen die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle der Wohnungsdurchsuchungen schaffen. Dazu gehört die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters - bei Tage, auch außerhalb der üblichen Dienststunden, uneingeschränkt und während der Nachtzeit (§ 104 Abs. 3 StPO) jedenfalls bei einem praktischen, nicht auf Ausnahmefälle beschränkten Bedarf (vgl. BVerfGE 103, 142, 152, 156).

3. Polizei und Staatsanwaltschaft müssen bei ihrem Vorgehen im Ermittlungsverfahren den Ausnahmecharakter der nichtrichterlichen Durchsuchungsanordnung beachten und gegebenenfalls die nachträgliche gerichtliche Prüfung der Durchsuchungsvoraussetzungen ermöglichen. Sie dürfen die Regelzuständigkeit des Ermittlungsrichters nicht unterlaufen, indem sie so lange zuwarten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlustes eingetreten ist. Selbst herbeigeführte tatsächliche Voraussetzungen können die Gefahr im Verzuge und die Eilkompetenz nicht begründen. Der Durchsuchung muss in aller Regel der Versuch vorausgehen, einen Ermittlungsrichter zu erreichen und bei dessen Unerreichbarkeit einen Staatsanwalt (§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO).

4. Die handelnden Beamten, möglichst der - vorrangig verantwortliche - Staatsanwalt, haben die Bezeichnung des Tatverdachts und der gesuchten Beweismittel und die tatsächlichen Umstände, auf die die Gefahr des Beweismittelverlustes gestützt wird, sowie die Bemühungen, einen Ermittlungsrichter oder bei seiner Unerreichbarkeit einen Staatsanwalt zu erreichen, in einem vor der Durchsuchung oder unverzüglich danach gefertigten Vermerk vollständig zu dokumentieren. Eine solche Darlegung kann aber dann entbehrlich sein, wenn allein die Beschreibung der tatsächlichen Umstände den Tatverdacht,

die Zielrichtung der Durchsuchung und deren Dringlichkeit als evident erscheinen lassen (BVerfG 2 BvR 1481/02, NJW 2004, 1442).

5. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) verlangt, dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe gerichtlich geklärt werden können, wenn deren direkte Belastung sich auf eine Zeitspanne beschränkt, in der der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in dem von der maßgeblichen Prozessordnung vorgesehenen Verfahren kaum erlangen kann (vgl. BVerfGE 96, 27, 39 f.). Zu solchen schwerwiegenden Eingriffen gehört auch die Anordnung einer Auskunft über die Telekommunikation.

6. Das Auslesen der auf einer SIM-Karte gespeicherten Daten greift in das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 und 2 GG ein. Denn die in einem Mobiltelefon oder auf der eingelegten SIM-Karte gespeicherten Daten geben Auskunft über Einzelheiten der abgegangenen, angenommenen und zwar empfangenen, aber nicht angenommenen Anrufe. Die Information, ob, wann und wie oft zwischen Fernmeldeanschlüssen Fernmeldeverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist, gehört zu den durch Art. 10 Abs. 1 GG gegen staatliche Kenntnisnahme abgeschirmten Kommunikationsumständen.

7. Die auf Art. 10 Abs. 2 GG beruhende Begrenzungsfunktion der §§ 100g und 100h StPO verbietet den Ermittlungsbehörden die Umgehung der dort geregelten materiellen und verfahrensmäßigen Schranken durch die Wahl einer anderen Zwangsmaßnahme, die solchen Schranken nicht unterliegt. Besteht die begründete Vermutung, dass die den Ermittlungen dienlichen Verbindungsdaten bei dem Beschuldigten aufgezeichnet oder gespeichert sind, etwa in Einzelverbindungsdaten der Rechnungen des Telekommunikationsdienstleisters oder in elektronischen Speichern der Kommunikationsgeräte, so darf eine Beschlagnahme dieser Datenträger, der Rechnungen und Geräte, nur unter den Voraussetzungen der §§ 100g, 100h StPO erfolgen.

210. BVerfG 2 BvR 1975/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Januar 2005 (LG Hannover/AG Hannover)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Freiheit der Berufsausübung; strafprozessuale Durchsuchung bei einem Rechtsanwalt (Verdacht der Geldwäsche durch Annahme von Verteidigerhonorar); verfassungskonforme Reduktion (Institution der Wahlverteidigung; Verhältnismäßigkeit; kein Ausreichen der Leichtfertigkeit im subjektiven Tatbestand; sicheres Wissen; äußere Anknüpfungstatsachen; Recht auf Wahlverteidigung); Richtervorbehalt (eigenverantwortliche richterliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen; umfassende Abwägung; Ausstrahlungswirkung der Grundrechte; Beachtung der Rolle der Strafverteidigung).

Art. 13 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 102 StPO; § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Der durch die Strafnorm des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bewirkte Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Strafverteidiger – und in die Institution der Wahlvertretung – bedarf im Hinblick auf den ansonsten verletzen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einer verfassungskonformen Reduktion und ist deshalb verfassungsrechtlich nur dann gerechtfertigt, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars – oder des Honorarvorschusses – sicher weiß, dass dieses aus einer Katalogtat herrührt (vgl. BVerfG 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1311).

2. Bei der Prüfung und Entscheidung, ob ein Anfangsverdacht der Geldwäsche gegen einen Strafverteidiger zu bejahen ist, muss die Staatsanwaltschaft auf die Gefahren für die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter besonders Bedacht nehmen. Da die Strafvorschrift ein sozial unauffälliges Handeln pönalisiert, hat die Verwirklichung des objektiven Tatbestands nur wenig Aussagekraft. Den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der inneren Tatseite ist Rechnung zu tragen. Der Anfangsverdacht setzt auf Tatsachen beruhende, greifbare Anhaltspunkte für die Annahme voraus, dass der Strafverteidiger zum Zeitpunkt der Honorarannahme bösgläubig war. Indikatoren für die subjektive Tatseite können beispielsweise in der außergewöhnlichen Höhe des Honorars oder in der Art und Weise der Erfüllung der Honorarforderung gefunden werden (vgl. BVerfG 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1312).

3. Auch die Strafgerichte sind verpflichtet, der besonderen Rolle der Strafverteidiger bei der ihnen anvertrauten Aufgabe der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung angemessen Rechnung zu tragen. Dies gilt insbesondere für die Feststellung der Anknüpfungstatsachen für das Wissen des Strafverteidigers. Die Feststellung sicheren Wissens auf Grund äußerer Indikatoren wird dabei regelmäßig besondere Anforderungen an die richterliche Beweiswürdigung stellen. Welche Anforderungen dies im Einzelnen sind, legen die dazu berufenen Fachgerichte fest. Sie sind von Verfassungs wegen verpflichtet, der Ausstrahlungswirkung der Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers angemessen Rechnung zu tragen (BVerfG 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1312).

4. Berührt eine gerichtliche Entscheidung die Freiheit der Berufsausübung, so steht sie mit Art. 12 Abs. 1 GG nur dann in Einklang, wenn die Norm, auf der die Entscheidung beruht, verfassungsgemäß ist und wenn die angegriffene Entscheidung auch im Übrigen erkennen lässt, dass sie auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte Bedacht genommen und die materiellen und prozessualen Normen im Lichte der betroffenen Grundrechte ausgelegt und angewendet hat (vgl. BVerfGE 7, 198, 206 f.; BVerfG 2 BvR 1520/01, 1521/01, NJW 2004, 1305, 1312).

5. Der Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 20, 162, 223; 103, 142, 150 f.). Wird die Durchsuchung, wie

regelmäßig, ohne vorherige Anhörung des Betroffenen angeordnet, so soll die Einschaltung des Richters auch dafür sorgen, dass die Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt werden (vgl. BVerfGE 103, 142, 151). Dies verlangt eine eigenverantwortliche richterliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und eine umfassende Abwägung zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs im konkreten Fall. Die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache (vgl. BVerfGE 57, 346, 355).

211. BVerfG 1 BvR 2019/03 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 1. Februar 2005 (LG München I)

Pressefreiheit; Durchsuchung von Redaktionsräumen (Störung der Redaktionstätigkeit; einschüchternden Wirkung, chilling effect); Wechselwirkungslehre (Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteresse und Pressefreiheit; entbehrliche Abwägung bei Ermittlungen gegen Zeugniserweigerungsberechtigten); nachträgliche gerichtliche Kontrolle (Beachtung des Vorbringens des Betroffenen); Störung der Totenruhe (beschimpfender Unfug an Leichen; „Körperwelten“).

Art. 5 Abs. 2 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK; § 97 StPO; § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO; § 168 StGB

1. Die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgte Pressefreiheit schützt die Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen (vgl. BVerfGE 66, 116, 133; 77, 65, 74). Eine Durchsuchung in Redaktionsräumen stellt wegen der damit verbundenen Störung der Redaktionstätigkeit und der Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung eine Beeinträchtigung der Pressefreiheit dar.

2. Zu den Schranken der Pressefreiheit im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG gehören die Vorschriften der Strafprozessordnung als allgemeine Gesetze. Diese sind aber ihrerseits unter Berücksichtigung der Pressefreiheit auszulegen und anzuwenden (vgl. BVerfGE 77, 65, 81 ff.; 107, 299, 329 ff.). Die Einschränkung der Pressefreiheit muss geeignet und erforderlich sein, um den angestrebten Erfolg zu erreichen; dieser muss in angemessenem Verhältnis zu den Einbußen stehen, welche die Beschränkung für die Pressefreiheit mit sich bringt (vgl. BVerfGE 59, 231, 265; 77, 65, 75). Geboten ist insofern eine Abwägung zwischen dem sich auf die konkret zu verfolgenden Taten beziehenden Strafverfolgungsinteresse und der Pressefreiheit (vgl. BVerfG NJW 2001, 507, 508).

3. Es bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dahingehend, dass auch Vergehen Anlass für Durchsuchungen und Beschlagnahmen sein können.

4. Sind Zeugniserweigerungsrechte selbst Beschuldigte eines Verfahrens, so kann verfassungsrechtlich unbedenklich, von einer gesonderten Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprüfung gemäß § 97 Abs. 5 Satz 2 StPO absehen werden.

5. Wird gegen ein Redaktionsmitglied ermittelt, bedarf es von Verfassungs wegen einer Abwägung, ob der den

Mitarbeiter treffende Tatvorwurf von einem solchen Gewicht ist, dass er die Durchsuchung der gesamten Redaktionsräume rechtfertigt. Dabei ist das Gewicht des durch die Tat verletzten Rechtsguts zu berücksichtigen und das Interesse am Auffinden von be- und entlastenden Beweismitteln gegen den Schutz der Pressefreiheit abzuwägen.

6. Das die Durchsuchung anordnende Gericht trifft die Pflicht, durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Eingriff in das Grundrecht messbar und kontrollierbar bleibt. Mithin hat der Beschluss Ziel, Rahmen und Grenzen der Durchsuchung zu definieren (vgl. BVerfGE 96, 44 51 f.; 103, 142 151). Der äußere Rahmen, innerhalb dessen die Durchsuchung durchzuführen ist, muss daher bei Maßnahmen in einer Redaktion in räumlicher Hinsicht so bestimmt werden, dass die Durchsuchung auch unter Berücksichtigung des Grundrechts der Pressefreiheit angemessen ist.

7. Im Rahmen einer nachträglichen Überprüfung eines prozessual überholten Durchsuchungsbeschlusses hat das Gericht das Vorbringen des von einer Durchsuchung Betroffenen besonders zu beachten und sich mit ihm auseinander zu setzen, denn es geht für den Betroffenen um den ersten Zugang zum Gericht.

213. BVerfG 2 BvR 983/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Januar 2005 (OLG Düsseldorf/LG Mönchengladbach)

Freiheit der Person (Maßregelvollzug); Dauer der Unterbringung (Steigen der verfassungsrechtlichen Kontrolldichte; Notwendigkeit einer externen Exploration); Anforderungen an ein Prognosegutachten (nachvollziehbar und transparent; Darstellung von Anknüpfungs- und Befundtatsachen; Erläuterung von Untersuchungsmethoden und Hypothesen); eigenständige Prognoseentscheidung des Gerichtes (Kontrolle des Prognoseergebnisses und der Qualität der gesamten Prognosestellung); Kenntnisnahme weiterer vorhandener psychiatrischer Gutachten.

Art. 2 Abs. 2 GG; § 67e StGB; § 63 StGB; § 16 Abs. 3 MRVG NW; § 23 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 93 Abs. 1 BVerfGG

1. Es ist unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf ausreichender richterlicher Sachaufklärung beruhen. Dabei steigen die Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung mit der Dauer des Maßregelvollzugs. Insbesondere bei länger dauernder Unterbringung besteht regelmäßig die Pflicht, bei richterlichen Entscheidungen über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung einen besonders erfahrenen Sachverständigen zu Rate zu ziehen, der die richterliche Prognose durch ein hinreichend substantiiertes und zeitnahes Gutachten vorbereitet (vgl. BVerfGE 70, 297, 308).

2. Nach sachverständiger Beratung hat der Richter eine eigenständige Prognoseentscheidung zu treffen, bei der er

dem ärztlichen Gutachten richterliche Kontrolle entgegenzusetzen hat (vgl. BVerfGE 58, 208, 223; 70, 297, 310). Diese Kontrolle hat sich nicht nur auf das Prognoseergebnis, sondern auch auf die Qualität der gesamten Prognosestellung zu beziehen.

3. Bevor der Richter das Prognoseergebnis auf Grund eigener Wertung kritisch hinterfragen kann, hat er zu überprüfen, ob das Gutachten bestimmten Mindeststandards genügt. So muss die Begutachtung insbesondere nachvollziehbar und transparent sein. Der Gutachter muss Anknüpfungs- und Befundtatsachen klar und vollständig darstellen, seine Untersuchungsmethoden erläutern und seine Hypothesen offen legen (vgl. im Einzelnen BGHSt 45, 164, 178 f.). Auf dieser Grundlage hat er eine Wahrscheinlichkeitsaussage über das künftige Legalverhalten des Verurteilten zu treffen, die das Gericht in die Lage versetzt, die Rechtsfrage der fortbestehenden Gefährlichkeit eigenverantwortlich zu beantworten (vgl. BVerfGE 109, 133, 165).

4. Zu den Anforderungen an eine fristgemäße Begründung der Verfassungsbeschwerde gemäß §§ 23, 92, 93 Abs. 1 BVerfGG gehört die Vorlage der angegriffenen Entscheidungen oder zumindest die Mitteilung von deren wesentlichem Inhalt (vgl. BVerfGE 88, 40, 45).

214. BVerfG 2 BvR 1451/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Dezember 2004 (LG Hamburg)

Grundrecht auf effektiven, lückenlosen Rechtsschutz (Anspruch auf wirksame und effektive Kontrolle; tief greifende Grundrechtseingriffe); nachträgliche Kontrolle (Durchsuchungsmaßnahmen; Telefonüberwachung); Rechtsschutzinteresse (Erreichbarkeit eines konkreten und praktischen Zieles; Treu und Glauben; unbefristete Anträge; kein Ausschluss durch Rechtsmittelverzicht im Hauptverfahren); Abgrenzung zu BVerfG NJW 2003, 1514.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 100a StPO

1. Art. 19 Abs. 4 GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl. BVerfGE 8, 274, 326; 104, 220, 231; stRspr). Dabei fordert Art. 19 Abs. 4 GG zwar keinen Instanzenzug (vgl. BVerfGE 49, 329, 343; 104, 220, 231; stRspr). Eröffnet das Prozessrecht aber eine weitere Instanz, so gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG in diesem Rahmen die Effektivität des Rechtsschutzes im Sinne eines Anspruchs auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 40, 272, 274 f.; 104, 220, 232; stRspr). Das Rechtsmittelgericht darf ein von der jeweiligen Prozessordnung eröffnetes Rechtsmittel daher nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer "leer laufen" lassen (vgl. BVerfGE 78, 88, 98 f.; 104, 220, 232).

2. Neben den Fällen der Wiederholungsgefahr und der fortwirkenden Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff kommt ein trotz Erledigung fortbeste-

hendes Rechtsschutzinteresse in Fällen tief greifender Grundrechtseingriffe in Betracht, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann. Effektiver Grundrechtsschutz gebietet es dann, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, die Berechtigung des schwerwiegenden - wenn auch tatsächlich nicht mehr fortwirkenden - Grundrechtseingriffs gerichtlich klären zu lassen (vgl. BVerfGE 96, 27, 40; 104, 220, 233).

3. Ein Rechtsschutzinteresse ist zu bejahen, solange der Rechtsschutzsuchende gegenwärtig betroffen ist und mit seinem Rechtsmittel ein konkretes praktisches Ziel erreichen kann (vgl. BVerfGE 104, 220, 232). So kann das Rechtsschutzbedürfnis auch entfallen, wenn die verspätete Geltendmachung eines Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt. Dies ist anzunehmen, wenn der Berechtigte sich verspätet auf sein Recht beruft und unter Verhältnissen untätig bleibt, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (vgl. BVerfGE 32, 305, 308 f.). Auch ein an sich unbefristeter Antrag kann deshalb nicht nach Belieben hinausgezogen oder verspätet gestellt werden, ohne unzulässig zu werden (vgl. BVerfGE 4, 31, 37; 32,

305, 309). Allerdings darf hierdurch der Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (vgl. BVerfGE 10, 264, 267 ff.; 32, 305, 309).

4. Wenngleich vornehmlich in den Fällen, die schon das Grundgesetz unter Richtervorbehalt gestellt hat (vgl. BVerfGE 96, 27, 40; 104, 220, 233), ein fortbestehendes Rechtsschutzinteresse trotz Erledigung anzunehmen ist (vgl. BVerfGE 104, 220, 232), kann eine von Verfassungs wegen gebotene Überprüfung auch in anderen Fallgruppen vorliegen (vgl. BVerfG NStZ-RR 2004, 252, 253). Dies betrifft u.A. auch die Telefonüberwachung - als erheblicher Eingriff in die durch Art. 10 GG geschützte Rechtsposition.

5. Das Rechtsschutzinteresse für eine nachträgliche Kontrolle strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen entfällt nicht schon dadurch, dass der Betroffene im Hauptsacheverfahren auf Rechtsmittel verzichtet hat. Im Strafverfahren geht es um Schuld und Unschuld, nicht um die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahmen. Daher kann, ungeachtet der durch den Rechtsmittelverzicht dokumentierten Akzeptanz der Verurteilung ein berechtigtes Interesse an der Feststellung davon unabhängiger Ermittlungsmaßnahmen als gesonderte Grundrechtseingriffe bestehen.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

199. BGH 5 StR 290/04 – Urteil vom 26. Januar 2005 (LG Cottbus)

Abgrenzung von Totschlag und schwerer Körperverletzung (Tötungsvorsatz bei schwerwiegenden Gewalthandlungen; bewusste Fahrlässigkeit; Einbeziehung von Mitäterschaft bei unmöglicher Zuordnung von Einzelhandlungen); neue Grundsätze zur Strafraumenverschiebung bei Alkoholkonsum (Trinken in Gruppen; Gefahrerhöhung).

§ 212 StGB; § 224 StGB; § 226 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

1. Die Abgrenzung einer bewusst fahrlässigen von einer bedingt vorsätzlichen Tötung erfordert bei schwerwiegenden Gewalthandlungen eine sorgfältige Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Die offensichtliche Lebensgefährlichkeit einer Handlungsweise stellt dabei für den Nachweis eines bedingten Tötungsvorsatzes einen Umstand von erheblichem Gewicht dar (BGH NStZ 2003, 431), weil bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen ein bedingter Tötungsvorsatz nahe liegt (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 58). Angesichts der hohen Hemmschwelle bei Tötungsdelik-

ten bedarf die Frage der Billigung des Todeserfolges indes einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, in die auch die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motivation mit einzubeziehen sind (vgl. BGHSt 36, 1, 10).

2. Die Frage einer Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB bei erheblicher Alkoholisierung hat der Tatrichter aufgrund einer Gesamtschau aller schulderhöhenden und schuld mindernden Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Der grundsätzlich schuld mindernde Umstand einer erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit kann dabei durch schulderhöhende Umstände ausgeglichen werden. Ein solcher Ausgleich liegt insbesondere dann nahe, wenn eine vermeidbare Alkoholisierung durch Umstände in der Person des Täters (etwa Neigung zu Aggressionen oder Gewalttätigkeiten unter Alkoholeinfluss) oder in der Tatsituation (etwa Trinken in gewaltbereiten Gruppen oder gewaltgeneigten Situationen) das Risiko der Begehung von Gewalttaten erkennbar signifikant erhöht hat (BGH NJW 2004, 3350, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt).

203. BGH 5 StR 510/04 – Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Berlin)

Beihilfe zur Steuerhinterziehung (maßgeblicher Zeitpunkt der Beihilfehandlung; Verbot der Rückwirkung); gewerbsmäßige Steuerhinterziehung (Bedenken hinsichtlich der Verfassungsgemäßheit; Bestimmtheitsgrundsatz; Berechnungsdarstellung); redaktioneller Hinweis.
 § 2 StGB; § 8 StGB; § 27 StGB; § 370 AO; § 370a AO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 7 EMRK

Der für den Bestand des Schuldspruchs wesentliche Begehungszeitpunkt der Beihilfehandlung bestimmt sich gemäß § 2 Abs. 1 und 2 sowie § 8 StGB nach dem Zeitpunkt der Teilnahmehandlung als solcher und nicht nach dem Begehungszeitpunkt der begangenen Haupttaten (vgl. BGHR StGB § 8 Teilnehmer 1 m.w.N.). Eine Ausrichtung an der Haupttat widerspricht dem Grundgedanken des § 8 StGB, dem Bestimmtheitsgebot sowie dem Rückwirkungsverbot (vgl. BGH aaO m.w.N.).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB**135. BGH 2 StR 229/04 - Urteil vom 12. Januar 2005 (LG Kassel)**

BGHSt; Heimtückemord (bedingter Anstiftersvorsatz; Gleichgültigkeit hinsichtlich der Tatausführung); niedrige Beweggründe (Tötung aus Gefälligkeit); Rechtskraft des Urteils gegen den Haupttäter (Bindungswirkung); gekreuzte Mordmerkmale.
 § 211 StGB; § 26 StGB; § 15 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 StGB

1. Für die Anstiftung zum Heimtückemord genügt bedingter Vorsatz des Anstifters, der auch gegeben sein kann, wenn der Anstifter aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit der Tatausführung einverstanden ist. (BGHSt)

2. Ist bei dem Täter einer bezahlten Auftragstötung das Handeln aus Habgier neben anderen Motiven nicht bewusstseinsdominant, kommen auch sonstige niedrige Beweggründe als Mordmerkmal in Betracht. (BGHSt)

3. Fehlt beim Anstifter der Vorsatz hinsichtlich des tatsächlich vorliegenden Mordmerkmals der Heimtücke, stellt sich der Anstifter jedoch vor, der Täter werde aus Habgier handeln, so ist tateinheitlich zur Anstiftung zum Totschlag eine versuchte Anstiftung zum Mord gegeben. (BGHSt)

4. Die Tötung eines Menschen aus „Gefälligkeit“ gegenüber einem Dritten ist Ausdruck einer besonders verachtenswerten Gesinnung und damit regelmäßig eines niedrigen Beweggrunds im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB. (Bearbeiter)

5. Die Rechtskraft des Urteils gegen den Haupttäter entfaltet keine Bindungswirkung für das gesonderte Strafverfahren gegen den Gehilfen. (Bearbeiter)

6. Mord und Totschlag stehen nicht im Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation, sondern sind zwei selbständige Tatbestände. Demnach ist die Strafbarkeit des Teilnehmers nach § 28 Abs. 1 StGB zu beurteilen (st. Rspr.). (Bearbeiter)

7. Eine Strafrahmengmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB kommt beim Teilnehmer bereits dann nicht in Betracht,

wenn bei ihm ebenfalls ein täterbezogenes Mordmerkmal vorliegt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Mordmerkmale beim Täter und beim Teilnehmer in vollem Umfang übereinstimmen. Es genügt vielmehr, dass die verwirklichten täterbezogenen Mordalternativen gleichartig sind (vgl. BGHSt 23, 39, 40 und ständig – „gekreuzte Mordmerkmale“). (Bearbeiter)

204. BGH 5 StR 529/04 – Urteil vom 1. Februar 2005 (LG Berlin)

Verurteilung wegen Totschlages bei einer Eifersuchtstat (Mord: Heimtücke, fehlende bewusste Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers; niedrige Beweggründe; noch hinnehmbare Strafrahmenschiebung; Berücksichtigung des Rechtsgedanken des § 60 StGB).
 § 212 StGB; § 211 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 60 StGB

Die Tötung einer Frau, um sie keinem anderen Partner zu überlassen, kann die Voraussetzungen niedriger Beweggründe erfüllen (vgl. nur BGH NStZ 2002, 540, 541 m.w.N.). Ist aber die Wut des Angeklagten auf sein Opfer mit einer nicht gänzlich unverständlichen, ihn psychisch erheblich belastenden Verzweiflung über seine Situation nach dem von ihm nicht verstandenen und nicht akzeptierten Scheitern seiner ersten festen Partnerschaft verbunden, liegt im Ergebnis auf der Hand, dass das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe mindestens aus subjektiven Gründen ausscheidet (vgl. nur BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 32; BGH StV 2004, 205).

196. BGH 5 StR 168/04 – Urteil vom 2. Februar 2005 (LG Berlin)

Vorteilsannahme (Begriff des Vorteils; Unrechtsvereinbarung; Vorsatz; Irrelevanz persönlicher Beziehungen; Sozialadäquanz; Verbotsirrtum).
 § 331 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 17 StGB

1. Unter einem Vorteil im Sinne von § 331 Abs. 1 StGB ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche Lage objektiv verbessert (vgl. BGHSt 47, 295, 304; BGH NJW 2003, 763, 764). Dazu zählt auch die Entgegennahme erheblicher vorfinanzierter geldwerter Leistungen, aber auch insoweit den Angeklagten gewährter zinsloser Dar-

lehen (vgl. BGH GA 1959, 176, 177). Die Erlangung eines Vorteils im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB setzt keinen korrespondierenden Nachteil des Vorteilsgebers voraus (BGH NJW 2001, 2558, 2559 m.w.N.).

2. Es ist ausreichend, dass der Vorteil von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Amtsträgers verknüpft wird (vgl. BGH NJW 2004, 3569, 3571), wodurch auch schon einem bewussten Handeln von Amtsträgern begegnet werden soll, mit dem ein böser Anschein möglicher „Käuflichkeit“ erweckt wird (vgl. BGHR StGB § 331 Anwendungsbereich 2). Nur darauf muss sich der Vorsatz des Vorteilsnehmers auch beziehen.

3. Unter dem rechtlichen Gesichtspunkt, in gewissem Umfang übliche und deshalb sozialadäquate Vorteile von der Strafbarkeit auszunehmen, können allenfalls gewohnheitsmäßig anerkannte, relativ geringwertige Aufmerksamkeiten aus gegebenen Anlässen vom Tatbestand ausgenommen sein (vgl. BGH NJW 2003, 763, 765).

4. Ein persönliches Verhältnis zwischen Amtsträger und Zuwendendem vermag die Anwendung der Korruptionsvorschriften grundsätzlich nicht zu hindern.

201. BGH 5 StR 84/04 – Urteil vom 3. Februar 2005 (LG Leipzig)

Untreue (fehlende Feststellungen; zutreffende Analyse der vertraglichen Bindungen und Nachteilsabwendungsoptionen); Vernehmung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft als Zeuge (Beruhen); § 266 StGB; § 315 BGB; § 316 BGB; § 24 StPO; § 337 StPO

Nach der Rechtsprechung ist ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB zwar schon dann gegeben, wenn die pflichtwidrige Handlung eine schadensgleiche Vermögensgefährdung auslöst, selbst wenn es letztlich nicht zu einem Schadenseintritt kommt. Hierfür ist jedoch eine sorgfältige Auslegung und Feststellung eingegangener Verpflichtungen und bestehender Nachteilsabwendungsoptionen erforderlich (hier: mögliche vorteilhafte Kaufoption, Leistungsbestimmungsrecht nach §§ 315, 316 BGB).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

190. BGH 4 StR 529/04 – Beschluss vom 4. Januar 2005 (LG Magdeburg)

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung des länger andauernden Zustandes der Schuldunfähigkeit oder erheblich verminderten Schuldfähigkeit; Gesamtwürdigung bei der Persönlichkeitsstörung; schwere andere seelische Abartigkeit); Öffentlichkeitsgrundsatz (Hinweispflichten bei Verlegung der Hauptverhandlung).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 169 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

1. Die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung ist nicht gleichbedeutend mit derjenigen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB, sondern kann immer auch als Spielart menschlichen Wesens einzuordnen sein. Für die Diagnose einer „kombinierten Persönlichkeitsstörung mit paranoiden und narzisstischen Zügen“ gilt nichts anderes.

2. Für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus kann die Diagnose einer „Persönlichkeitsstörung“ stets nur unter engen Voraussetzungen und nur dann genügen, wenn feststeht, dass der Täter aufgrund dieser Störung aus einem mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt hat. Für eine solche Annahme bedarf es einer Gesamtschau, ob die Störungen beim Täter in ihrer Gesamtheit sein Leben vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen belasten oder einengen wie krankhafte seelische Störungen (vgl. BGHR StGB § 21, seelische Abartigkeit 35). Für die Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsstörung und der Erheblichkeit der darauf beruhenden Verminderung der Schuldfähigkeit ist deshalb maßgebend, ob es auch im Alltag außerhalb der Straftaten zu Einschränkungen des berufli-

chen oder sozialen Handlungsvermögens gekommen ist. Erst wenn das Muster des Denkens, Fühlens und Verhaltens sich im Zeitverlauf als stabil erwiesen hat, können die psychiatrischen Voraussetzungen vorliegen, die rechtlich als schwere andere seelische Abartigkeit im Sinne des § 20 StGB angesehen werden (BGHR StGB § 21, seelische Abartigkeit 39, zum Abdruck in BGHSt 49, 45 bestimmt).

167. BGH 3 StR 457/04 - Beschluss vom 18. Januar 2005 (LG Verden)

Strafzumessung; Gleichheitssatz (keine Gleichheit im Unrecht; unverständlich niedrige Strafe für nichtrevidierenden Mitangeklagten); Beruhen.

§ 46 Abs. 2 StGB; Art. 3 Abs. 1 GG; § 337 StPO

Aus einer unverständlich niedrigen Strafe für einen nichtrevidierenden Mitangeklagten kann ein Revisionsführer keine Rechte für die eigene Strafzumessung herleiten.

155. BGH 3 StR 362/04 - Urteil vom 16. Dezember 2004 (LG Verden)

Urteilsgründe (Strafzumessung; Randbereiche des Strafrahmens); Raub (Beisichführen einer Waffe in der Beendigungsphase; Vorsatz des Beisichführens); Strafzumessung (ausländerrechtliche Folgen; Nachtatverhalten: Rückgabe der Beute).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 267 StPO; § 250 Abs. 1 StGB

1. Je mehr sich die im Einzelfall verhängte Strafe dem unteren oder oberen Rand des zur Verfügung stehenden Strafrahmens nähert, um so höher sind die Anforderungen, die an eine umfassende Abwägung und eine erschöpfende Würdigung der maßgeblichen straferschwerehenden und strafmildernden Umstände zu stellen sind.

2. Der Senat lässt offen, ob eine Waffe auch dann bei der Tat im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB „bei sich“ geführt wird, wenn sich die Tätergruppe nach Vollen- dung des Raubes (Wegnahme) teilt und ein Teil unbe- waffnet die Beute in Sicherheit bringt, während der ande- re Teil ohne Beute, aber mit einer am Tatort vorgefunden- en Waffe flieht.

3. Für den Vorsatz des Beisichführens im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB genügt das Bewusstsein, die Waf- fe verwendungsbereit bei sich zu haben; eine irgendwie geartete Verwendungsabsicht ist nicht erforderlich.

4. Ein Straftäter, der die Pflicht nicht erfüllt, den dem Geschädigten zugefügten Schaden zu ersetzen und die entwendete Beute wieder zurückzugeben, sondern sich die Möglichkeit erhält, nach Strafverbüßung in den Ge-

nuss der Früchte seines verbrecherischen Tuns zu kom- men, zeigt damit eine rechtsfeindliche Haltung, die zu seinen Lasten berücksichtigt werden muss, wenn nicht der Täter die Tat überhaupt bestreitet.

140. BGH 2 StR 472/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Kassel)

Mord; besondere Schwere der Schuld (Regel-Ausnahme- Verhältnis); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe. § 211 StGB; § 57a StGB; § 268 StPO

Mord wird im Regelfall „nur“ mit lebenslanger Freiheits- strafe geahndet. Die besondere Schwere der Schuld ist darüber hinaus ausnahmsweise dann zu bejahen, wenn bei der erforderlichen Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit hierfür sprechende Umstände von Gewicht festgestellt werden.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

180. BGH 4 StR 426/04 – Beschluss vom 9. November 2004 (LG Essen)

BGHR; Kostenentscheidung bei Vorgehen nach § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO durch das für das Nachverfahren nach §§ 460, 462 StPO zuständige Gericht (unmögliche Entscheidung durch das Revisionsgericht selbst); Ge- samtstrafenbildung (verkannte Zäsurwirkung).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO; § 462 StPO; § 460 StPO

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittels ist in Fällen, in denen das Revisionsgericht nach § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO verfährt, jedoch selbst keine Kostenent- scheidung nach § 473 Abs. 4 StPO vornehmen kann, von dem für das Nachverfahren nach §§ 460, 462 StPO zu- ständigen Gericht zusammen mit der abschließenden Sachentscheidung zu treffen. (BGHR)

134. BGH 2 StR 138/04 - Urteil vom 12. Januar 2005 (LG Frankfurt/Main)

Letztes Wort; Beweiskraft des Protokolls (Erschütterung durch dienstliche Erklärungen); Berichtigung des Proto- kolls nach zulässiger Verfahrensrüge; Schuldfähigkeit (Spielsucht); Zweifelssatz (Wahrunterstellung; Rechts- frage).

§ 274 StPO; § 258 Abs. 2 StPO; § 258 Abs. 3 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB; Art. 2 Abs. 1 GG; 20 Abs. 3 GG

1. Der Senat hält an der bisherigen Rechtsprechung fest, wonach übereinstimmende dienstliche Erklärungen des Vorsitzenden und des Protokollführers allein nicht aus- reichen, um die absolute Beweiskraft des Protokolls (§ 274 StPO) zuungunsten des Angeklagten zu erschüttern.

2. Der Senat neigt - unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung - der Auffassung zu, dass ein ordnungs- gemäß berichtigtes Protokoll auch dann zugrunde zu legen ist, wenn dadurch einer erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen würde. Danach könnte berücksich-

tigt werden, dass ursprünglich nur ein Mangel des Proto- kolls vorlag und kein Verfahrensfehler gegeben ist.

3. Die Feststellung einer „Spielsucht“, „Spieleiden- schaft“ oder die Eigenschaft, „pathologischer Spieler“ zu sein, führen nicht ohne weiteres dazu, dass beim Betrof- fenen eine krankhafte seelische Störung oder eine schwe- re andere seelische Abartigkeit im Sinne des § 20 StGB vorliegt. Maßgebend ist vielmehr, inwieweit das gesamte Erscheinungsbild des Täters psychische Veränderungen der Persönlichkeit aufweist, die pathologisch bedingt oder - als andere seelische Abartigkeit - in ihrem Schwe- regrad den krankhaften seelischen Störungen gleichwer- tig sind. Deshalb ist eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit beim pathologischen Spielen nur ausnahmsweise dann gegeben, wenn die Sucht zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt oder der Täter bei Beschaffungstaten unter Entzugserschei- nungen gelitten hat.

4. Die verminderte Schuldfähigkeit darf als Rechtsfrage nicht zugunsten des Täters unterstellt werden, da bei Rechtsfragen der Zweifelssatz nicht gilt.

181. BGH 4 StR 469/04 – Urteil vom 13. Januar 2005 (LG Halle)

Richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren (Be- nachrichtigung des Verteidigers nur bei zukünftiger Ver- nehmung; Wartepflicht im Einzelfall; Anwesenheit der Erziehungsberechtigten; Zulässigkeit einer Verfahrensrü- ge); schriftliche Urteilsgründe; Begründung einer hohen Jugendstrafe (Abstellen auf ein „völlig cooles und überheblich-arrogantes Verhalten“; Geltung des in dubio pro reo Grundsatzes); redaktioneller Hinweis.

§ 18 JGG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c, d EMRK; § 168c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 267 StPO

1. Es erscheint zweifelhaft, ob § 168 c Abs. 5 Satz 1 StPO im vorliegenden Fall eine Pflicht für die Ermitt-

lungsrichterIn begründete, den Verteidiger vor Eintritt in die Vernehmung zu benachrichtigen: Der Wortlaut der Vorschrift („vorher“) und ihr Sinn und Zweck legen nahe, dass die Benachrichtigungspflicht nur in der Zukunft liegende Termine erfasst. Daran fehlt es jedoch, wenn die Vorführung bereits stattfindet und erst während dieses Termins durch die Bestellung des Verteidigers dessen Berechtigung zur Teilnahme begründet wird. Ob Grundsätze des fairen Verfahrens in einem solchen Fall es gebieten, mit der förmlichen Vernehmung innewahalten, bis der Verteidiger Gelegenheit hatte zu erscheinen, ist eine Frage des Einzelfalls, die hier nicht zu entscheiden ist.

2. Die schriftlichen Urteilsgründe dienen nicht dazu, die gesamte Beweisaufnahme im Einzelnen wiederzugeben. Der Tatrichter muss sich im Urteil nur mit den für die Entscheidung maßgebenden Umständen auseinandersetzen. Bleibt ein Beweismittel unerwähnt, so ist deshalb daraus nicht zu schließen, dass es übersehen worden ist.

156. BGH 3 StR 411/04 - Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Lübeck)

Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils (überzogene Strafmilderung; Verfahrensabsprachen); fair trial (Drohung mit nicht schuldangemessener Strafe; Verwertungsverbot hinsichtlich des betroffenen Geständnisses); Geständnis (strafmildernde Wirkung); Verfahrensrüge (Begründungsanforderung; Einführung von Urkunden; Inbegriff der Hauptverhandlung).
§ 136a StPO; § 46 Abs. 2 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 344 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

Veranlasst der Staatsanwalt den Angeklagten zu einem Geständnis durch die Äußerung, er werde in diesem Fall eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten beantragen, während sich die Strafe ohne Geständnis auf sechs bis sieben Jahre belaufen könne, so liegt hierin ein Verstoß gegen § 136 a Abs. 1 Satz 3 StPO (Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils) und eine mit den Grundsätzen eines fairen Strafverfahrens nicht zu vereinbarende Androhung einer die Schuldangemessenheit übersteigenden Strafe. Denn ein so gravierender Unterschied in den Schlussanträgen ist mit der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses nicht mehr erklärbar und als unzulässiges Druckmittel zur Erwirkung eines verfahrensverkürzenden Geständnisses zu werten. Dies hat dessen Unverwertbarkeit zur Folge (§ 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO).

177. BGH 4 StR 237/04 – Beschluss vom 14. Dezember 2004 (LG Halle)

Schuldpruchänderung; Tenorierung (Klarstellung; Tatmodalitäten; angewendete Vorschriften); Strafzumessung (Begründungsanforderungen).
§ 46 StGB; § 260 StPO; § 354 StPO; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Tatmodalitäten, die kein eigenes Unrecht darstellen oder die allein für die Strafzumessung von Bedeutung sind (hier: gemeinschaftliche Begehung der Tat), sind aus Gründen der Übersichtlichkeit im Tenor nicht zu erwähnen (vgl. BGHSt 27, 287, 289). Derartige Angaben finden ihren angemessenen Platz vielmehr im Verzeichnis der angewendeten Strafvorschriften nach § 260 Abs. 5 StPO.

2. Eine bloße Bezugnahme auf die Strafzumessung bei einem Mitangeklagten neben der Aufführung der eigenen (hier fehlenden) Vorbelastung des Angeklagten genügt den Begründungsanforderungen des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO nicht, wenn die jeweiligen Tatbeiträge der Angeklagten grundlegend verschieden sind.

159. BGH 3 StR 430/04 - Beschluss vom 15. Dezember 2004 (LG Flensburg)

Kosten des Adhäsionsverfahrens; besonders schwere Vergewaltigung (Versuch; unmittelbares Ansetzen).
§ 91 ZPO; § 472a StPO; § 22 StGB; § 23 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

Über die Kosten des Adhäsionsverfahrens ist nicht nach § 91 ZPO, sondern nach § 472 a StPO zu entscheiden.

174. BGH 1 StR 563/04 – Beschluss vom 13. Januar 2005 (LG Ravensburg)

Wirksame Rücknahmeerklärung eines Jugendlichen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.
§ 302 StPO

Die Rücknahmeerklärung des Angeklagten erstreckt sich stets auch auf das Rechtsmittel des Verteidigers. Der jugendliche Angeklagte kann sein Rechtsmittel auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zurücknehmen.

157. BGH 3 StR 422/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Oldenburg)

Präklusion der Besetzungsrüge (Ausnahme bei nicht erkennbar falscher Besetzung); Zweierbesetzung einer großen Strafkammer; Unabänderlichkeit des Besetzungsbeschlusses nach Eröffnung der Hauptverhandlung.
§ 338 Nr. 1 StPO; § 222b StPO; § 76 GVG

1. Besetzungsfehler, die objektiv nicht erkennbar waren oder erst im Laufe der Hauptverhandlung eintreten, sind von der Präklusionswirkung des § 222b Abs. 1 Satz 1 StPO ausgeschlossen.

2. Ein die Zweierbesetzung anordnender Beschluss ist, wenn er im Zeitpunkt seines Erlasses gesetzesgemäß war, jedenfalls nach Beginn der Hauptverhandlung nicht mehr abänderbar (vgl. BGHSt 44, 328, 333).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

197. BGH 5 StR 191/04 – Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Kaiserslautern)

BGHR; Zwangsmittelverbot bei anhängigem Steuerstrafverfahren (nemo tenetur se ipsum accusare; Abgabe von Steuererklärungen für nachfolgende Besteuerungszeiträume; strafrechtliches Verwendungsverbot; kein Ausschluss anderweitiger Ermittlungen im Sinne der Selbstanzeige; Suspendierung der Erklärungspflicht); auffallend späte Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (Verstoß gegen das faire Verfahren; Strafzumessungslösung). Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 370 AO; § 371 AO; § 393 Abs. 1 AO; § 152 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Bei Anhängigkeit eines Steuerstrafverfahrens rechtfertigt das Zwangsmittelverbot (nemo tenetur se ipsum accusare) nicht, die Abgabe von Steuererklärungen für nachfolgende Besteuerungszeiträume zu unterlassen. Allerdings besteht für die zutreffenden Angaben des Steuerpflichtigen, soweit sie zu einer mittelbaren Selbstbelastung für die zurückliegenden strafbefangenen Besteuerungszeiträume führen, ein strafrechtliches Verwendungsverbot. (BGHR)

2. Das Verwendungsverbot bedeutet nicht, dass bei nunmehr zutreffenden Angaben, jedoch bei Fehlen der sonstigen Voraussetzungen des § 371 AO die Wirkungen einer strafbefreienden Selbstanzeige zugute kommen. Ergeben sich für die Ermittlungsbehörden anderweitige Verdachtsmomente (etwa aus Kontrollmitteilungen) für das Vorliegen einer Steuerstraftat, sind sie nicht gehindert, diese zu verfolgen. Allein ein Rückgriff auf die wahrheitsgemäßen Angaben des Steuerpflichtigen ist ihnen verwehrt. (Bearbeiter)

3. Der Senat braucht im vorliegenden Fall nicht darüber zu entscheiden, wie weit das Verwendungsverbot im Einzelfall reicht. Im vorliegenden Fall hat die Angeklagte überhaupt keine Erklärungen abgegeben. Insoweit ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht vor der Bestrafung strafbaren Verhaltens schützt, sondern lediglich vor einem rechtlichen Zwang zur Selbstbelastung und einer darauf beruhenden strafrechtlichen Verurteilung. (Bearbeiter)

4. Nach § 152 Abs. 2 StPO sind die Ermittlungsbehörden verpflichtet, bei Vorliegen eines Anfangsverdachts ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Bei der Frage, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die einen Anfangsverdacht begründen, steht den Ermittlungsbehörden ein Beurteilungsspielraum zu (BGHSt 37, 48, 51). Nutzen die Ermittlungsbehörden diesen Beurteilungsspielraum missbräuchlich aus, kann dies den Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK verletzen. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein Steuerstrafverfahren wegen Hinterziehung von Veranlagungssteuern erst nach Abschluss der Veran-

lagungsarbeiten eingeleitet wird, obwohl bereits zeitlich früher zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Steuerverkürzung vorlagen und mit dem Zuwarten allein erreicht werden soll, dass der Beschuldigte wegen einer vollendeten Tat und nicht nur wegen einer versuchten Steuerhinterziehung verfolgt werden kann, weil mit Einleitung des Ermittlungsverfahrens die Strafbarkeit wegen Nichtabgabe der Steuererklärung entfällt (vgl. BGHR AO § 393 Abs. 1 Erklärungspflicht 3). (Bearbeiter)

5. Ein solches pflichtwidriges Verhalten der Ermittlungsbehörden, welches mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens unvereinbar wäre, führt indes nicht etwa dazu, dass eine Verurteilung wegen vollendeter Steuerhinterziehung ausscheidet. Es ist jedoch vom Tatrichter bei der Festsetzung der Rechtsfolgen zu berücksichtigen (vgl. zu dem ähnlich gelagerten Problem eines Lockspitzeinsatzes BGHSt 45, 321). (Bearbeiter)

6. Will die Revision eine missbräuchlich späte Einleitung des Ermittlungsverfahrens beanstanden, bedarf es grundsätzlich einer entsprechenden Verfahrensrüge. Mit dieser müssen dem Revisionsgericht alle Tatsachen vorgetragen werden, aus denen sich ergibt, dass bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine Anfangsverdachtslage vorlag, die zur Einleitung eines entsprechenden Ermittlungsverfahrens hätte führen müssen. Darüber hinaus ist darzulegen, aus welchen Umständen der Revisionsführer den Schluss herleitet, die Ermittlungsbehörden hätten aus sachfremden Erwägungen und somit willkürlich von einer früheren Einleitung abgesehen. (Bearbeiter)

200. BGH 5 StR 301/04 – Urteil vom 12. Januar 2005 (LG Aachen)

Steuerhinterziehung (überhöhter Hinterziehungsschaden: fehlerhafter Ansatz der Körperschaftsteuer und der Einkommensteuer; Gesamtbetrachtung bei Körperschaftshinterziehung und korrespondierender Einkommensteuerhinterziehung); Strafzumessung (Vermeidung von Doppelbelastungen; Kompensationsverbot; begrenzte Revisibilität).

§ 370 AO; § 370 Abs. 4 Satz 3 AO; § 46 StGB

1. Verurteilt der Tatrichter einen Angeklagten wegen einer als geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH begangenen Körperschaftsteuerhinterziehung, so muss der Angeklagte bei der Ausurteilung der korrespondierenden Einkommensteuerhinterziehung – wegen der hier gebotenen Gesamtbetrachtung der begangenen Steuerhinterziehungen – strafzumessungsrechtlich so behandelt werden, als ob für die Gesellschaft steuerrechtlich gehandelt wurde. Mithin ist bei der Bemessung des dem Angeklagten bei seiner Einkommensteuer strafrechtlich vorzuwerfenden Hinterziehungsbetrages einerseits zwar die Brutto-vGA (unter Einschluss der bei der Gesellschaft anfallenden Körperschaftsteuer) in Ansatz zu bringen, andererseits aber – fiktiv – der bei steuerrechtlichem Ver-

halten der Gesellschaft beim Gesellschafter abzuziehende Körperschaftsteuerbetrag anzurechnen (vgl. bereits BGH wistra 1990, 193, 194).

2. Zwar berühren zur Verdeckung einer Steuerhinterziehung nicht geltend gemachte Vorsteuererstattungsansprüche wegen des in § 370 Abs. 4 Satz 3 AO normierten Kompensationsverbotes nicht den tatbestandlichen Hinterziehungsschaden (vgl. BGH wistra 1991, 107); bei der Gewichtung der Tat im Rahmen der Strafzumessung sind sie aber in der Regel – im Wege der Schätzung – zu beachten (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 1 Strafzumessung 6).

198. BGH 5 StR 271/04 – Urteil vom 12. Januar 2005 (LG Dresden)

(Gewerbsmäßige) Steuerhinterziehung (Verhältnis zwischen der Abgabe falscher Umsatzsteuerjahreserklärungen zu den vorangegangenen falschen monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen: Tatmehrheit, Steuerverkürzung auf Zeit bzw. auf Dauer im Einzelfall; Suspendierung).

§ 370 AO; § 370a AO; § 18 Abs. 1 UStG; § 46 StGB; § 53 StGB; § 393 AO

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt der Abgabe einer falschen Umsatzsteuerjahreserklärung (§ 18 Abs. 3 UStG) im Verhältnis zu den vorangegangenen unzutreffenden monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen in demselben Kalenderjahr (§ 18 Abs. 1 UStG) in steuerstrafrechtlicher Hinsicht ein selbständiger Unrechtsgehalt zu. Beiden Arten von Steuererklärungen kommt ein eigenständiger Erklärungswert zu, der auch durch die Zusammenfassung in der Jahreserklärung nicht deckungsgleich wird (BGHR AO § 370 Abs. 1 Konkurrenzen 13). Materiellrechtlich handelt es sich jeweils um selbständige Taten im Sinne von § 53 StGB.

2. Die Abgabe falscher Umsatzsteuervoranmeldungen ist grundsätzlich als Steuerverkürzung auf Zeit gemäß § 370 Abs. 4 Satz 1 AO zu behandeln und erst in der Abgabe der falschen Jahreserklärung die endgültige Steuerver-

kürzung eine Steuerverkürzung auf Dauer (vgl. BGHR aaO m.N.).

3. Diese rechtstechnische gesetzliche Systematik zur zeitnahen Steuererfassung und -erhebung schöpft steuerstrafrechtlich den Unrechtsgehalt der Taten indessen dann nicht mehr aus, wenn der Täter von Anfang an, das heißt schon bei Abgabe der falschen Umsatzsteuervoranmeldungen beabsichtigt, eine Steuerverkürzung auf Dauer zu bewirken, oder er die Finanzverwaltung dauerhaft pflichtwidrig in Unkenntnis über die von ihm bewirkten Umsätze belassen und keine zutreffende Jahreserklärung abgeben will. In solchen Fällen geht die Hinterziehung auf Zeit in eine solche auf Dauer über, mit der Folge, dass der gesamte monatlich erlangte Vorteil als vom Vorsatz umfasstes Handlungsziel bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist (st. Rspr., BGHSt 43, 270, 276; BGH NStZ 2000, 38; BGH wistra 1997, 262 f.).

188. BGH 4 StR 519/04 – Beschluss vom 1. Februar 2005 (LG Dortmund)

Mittäterschaftlich begangene bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Zurechnung der einzelnen Tat nach den Grundsätzen der Beteiligungsformen, nicht infolge der Bandenmitgliedschaft).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 30a Abs. 1 BtMG

1. Die Feststellung der Bandenmitgliedschaft eines Angeklagten genügt für sich allein jedoch nicht, um ihm jede im Rahmen der Bande begangene Tat zurechnen zu können. Vielmehr sind die Mitgliedschaft in der Bande einerseits und die mittäterschaftliche Begehung andererseits begrifflich und tatsächlich voneinander zu trennen (vgl. BGHSt 47, 214, 216).

2. Die Zurechnung einer Bandentat richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsprechung zu den Beteiligungsformen der §§ 25 f. StGB (vgl. BGHSt aaO S. 218). Dazu hätte es zumindest der Feststellung bedurft, dass der Beschwerdeführer auch in diesem Fall in die Tatplanung eingeweiht war und die Tatausführung in irgendeiner Weise unterstützt hat.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Einzelne Probleme des Straftatbestands der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen“ (§ 201 a StGB)¹

Von Rechtsanwalt **Matthias Rahmlow**, Krefeld.

¹ Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Rechtsanwalts-gesellschaft Janssen + Maluga mbH in Krefeld (www.janssen-maluga.de) und hat am Institut für Kriminalwissenschaften an der Universität Münster (Abt. VI, Prof. Dr. Stein) promoviert.

Mit dem 36. Strafrechtsänderungsgesetz wurde der Straftatbestand der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen“ (§ 201 a StGB) geschaffen,² der seit dem 6. August 2004 geltendes Recht ist.³ Der Gesetzgeber hielt es für nicht länger hinnehmbar, dass das nichtöffentlich gesprochene Wort durch § 201 StGB strafrechtlich geschützt wird, während es bisher nicht – oder nur sehr eingeschränkt nach § 33 KunstUrhG – strafbar war, Bildaufnahmen von einer Person, die sich in einer nichtöffentlichen Situation

² Art 1 Nr. 2 36. StrÄndG, BGBl. I, S. 2012.

³ Art 2 36. StrÄndG, BGBl. I, S. 2012.

befindet, herzustellen oder zu übertragen.⁴

Dieser Beitrag will eine Hilfestellung zu den sich bereits jetzt abzeichnenden Auslegungsproblemen geben. Insgesamt ist die neue Vorschrift rechtspolitisch nicht unumstritten. Mit den grundsätzlichen Problemen der strafrechtlichen Inkriminierung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen⁵ beschäftigt sich der Beitrag nicht, sondern es sollen praxistaugliche Ansätze zu einer Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale geliefert werden, von denen bereits jetzt vorausgesagt werden kann, dass sie besondere Probleme aufwerfen werden. Dabei kommt man nicht umhin, dem Tatbestand immanente Ungereimtheiten aufzuzeigen und rechtspolitisch zweifelhafte Auswirkungen der Neuregelung anzusprechen. Sich daraus ergebenden möglichen verfassungsrechtlichen Problemen wird aber nicht im Einzelnen nachgegangen.⁶

I. Der räumliche Schutzbereich

In § 201 a Abs. 1 StGB ist das Herstellen oder Übertragen von Bildaufnahmen einer Person die Tathandlung. Das Verhalten ist aber nur in einer speziellen Situation tatbestandsmäßig: Die Person muss sich in einem „gegen Einblick besonders geschützten Raum“ oder einer „Wohnung“ befinden.

1. Die Wohnung

Im Gegensatz zum „gegen Einblick besonders geschützten Raum“ – einer neuen Formulierung – findet sich der Begriff der Wohnung im Strafgesetzbuch auch in anderem Zusammenhang. § 123 Abs. 1 StGB (Hausfriedensbruch) schützt die Wohnung vor einem Eindringen, die Diebstahlsqualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist einschlägig, wenn der Täter zur Ausführung der Tat in eine Wohnung einbricht (Wohnungseinbruchdiebstahl) und § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB bestraft als „Schwere Brandstiftung“, wenn der Täter eine Räumlichkeit, die der Wohnung vom Menschen dient, in Brand setzt (oder durch Brandlegung mindestens teilweise zerstört). Es liegt somit nahe, zunächst zu überprüfen, ob auf die bisherigen Konkretisierungen der „Wohnung“ zurückgegriffen werden kann.

a. Die bislang bei § 123 StGB verwendete Definition, der Inbegriff aller Räumlichkeiten, die einer Person zum ständigen Aufenthalt dienen oder ihr zur Benutzung frei-

⁴ BTDruckS. 15/2466, S. 4; zur internationalen Rechtslage vgl.: *Hoppe*, GRUR 2004, S. 990, 991.

⁵ Vgl. dazu immer noch grundlegend: *Arzt*, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Habil.-Schr., Tübingen 1970.

⁶ So wird die Vorschrift beispielsweise in einer gemeinsamen Stellungnahme der Medienverbände (http://www.d-jv.de/downloads/stellungnahme_presserat.pdf) deshalb abgelehnt, weil die bisherigen (überwiegend zivilrechtlichen) Sanktionen gegen persönlichkeitsrechtsverletzende Bildaufnahmen ausreichen und die Vorschrift im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot fragwürdig sei (Stellungnahme S. 3 ff.). Überdies werde mit der Regelung der Presse- und Rundfunkfreiheit nicht genügend Rechnung getragen (Stellungnahme S. 2).

stehen,⁷ geht auf das Reichsgericht zurück.⁸ Mit dieser weiten Formulierung sind nicht nur die Räume erfasst, die den engeren Lebensmittelpunkt einer Person bilden, sondern auch solche Räumlichkeiten, in denen eine Person sich nur zeitweise aufhält⁹ (so ein Hotelzimmer, ein Ferienhaus und der Raum des in ein Obdachlosenheim Eingewiesenen¹⁰). Ebenfalls unter den Begriff fallen bewegliche Sachen, die der Unterkunft dienen¹¹ (Wohnwagen, Campingbusse, Zelte und Schiffe) sowie Nebenräume, selbst wenn sie außerhalb des Wohnbereichs oder gar des eigentlichen Wohngebäudes liegen und sogar dann, wenn sie mit anderen gemeinschaftlich genutzt werden¹² (Kellerräume, Treppenhäuser, freistehende Garagen). Fraglich ist, ob bei § 201 a Abs. 1 StGB der Begriff der Wohnung ebenso weit bestimmt werden muss.

b. Möglich ist nämlich auch, an einen engeren zu § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB vertretenen Wohnungsbegriff anzuknüpfen.¹³ Dort versteht die h. M. darunter die Räumlichkeiten, die als Mittelpunkt des privaten Lebens Selbstentfaltung und vertrauliche Kommunikation gewährleisten, wodurch insbesondere die Nebenräume nicht mit erfasst sind.¹⁴ Welcher Wohnungsbegriff beim

⁷ *Krey*, Strafrecht BT, Band 1, 11. Aufl., Stuttgart 1998, Rn. 432; *Rengier*, Strafrecht BT II, 4. Aufl., München 2002, § 30, Rn. 2; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1995, § 30, Rn. 10; *Wessels/Hettinger*, Besonderer Teil, Band 1, 28. Auflage, Heidelberg 2004, Rn. 579; *Joecks*, in: Studienkommentar zum StGB, 5. Auflage, München 2004, § 123, Rn. 5; *Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar, Band 2, §§ 80 – 200, 7. Auflage, Stand: Oktober 2003, § 123, Rn. 8; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Auflage, München 2004, § 123, Rn. 3; *Tröndle/Fischer*, § 123, Rn. 3; *Schäfer*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 10. Aufl., 4. Band (§§ 80 – 184 c), Berlin 1988, § 123, Rn. 7; *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar zum StGB, Baden-Baden 1995, Stand: 12. Lieferung, Juli 2002, § 123, Rn. 21.

⁸ RGSt 12, 132, 133.

⁹ *Schäfer*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 7; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zur StGB, 26. Auflage, München 2001, § 123, Rn. 4; *Tröndle/Fischer* (o. Fn. 7), § 123, Rn. 3; *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 21.

¹⁰ OLG Köln, NJW 1966, S. 265; OLG Bremen, NJW 1966, S. 1766; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 9), § 123, Rn. 4.

¹¹ *Krey* (o. Fn. 7), Rn. 432 *Wessels/Hettinger* (o. Fn. 7), Rn. 579; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Aufl., Berlin 2002, § 35, Rn. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fn. 7), § 30, Rn. 10; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 9), § 123, Rn. 4; *Schäfer*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 10; *Tröndle/Fischer* (o. Fn. 7), § 123, Rn. 3.

¹² RGSt 1, 121 f.; *Wessels/Hettinger* (o. Fn. 7), Rn. 579; *Otto*, (o. Fn. 11), § 35, Rn. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (o. Fn. 7), Rn. 10; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 9), § 123, Rn. 4; *Schäfer*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 7; *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 21; *Tröndle/Fischer* (o. Fn. 7), § 123, Rn. 3.

¹³ In diese Richtung bereits *Kühl*, APF 2004, S. 190, 194, deutlich bejahend dann: *Lackner/Kühl* (o. Fn. 7), § 201 a, Rn. 2.

¹⁴ OLG Schleswig, NSTZ 2000, S. 479, 480; *Hellmich*, NSTZ 2001, 511, 515; *Rengier*, BT1, Rn. 42 a; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Band II, 27.

§ 201 a Abs. 1 StGB anzuwenden ist, muss sich aus dem Zweck dieser Vorschrift ergeben. § 123 Abs. 1 StGB schützt das Hausrecht.¹⁵ Hinter dem Schutz des Tatobjekts „Wohnung“ steht, dass dem Einzelnen ein räumlicher Bereich gesichert werden soll, in der er sich frei von gesellschaftlichen Zwängen entspannen und entfalten kann.¹⁶ Den Schutz dieses persönlichen Rückzugsbereichs hat § 201 a Abs. 1 StGB ebenfalls im Auge. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen nur öffentlich zugängliche Orte aus dem Schutzbereich herausfallen.¹⁷ Damit ist im Grundsatz auf den weiten Wohnungsbegriff des § 123 Abs. 1 StGB abzustellen¹⁸ und dieser Begriff in § 201 a StGB umfasst auch die nicht ständig genutzten Räumlichkeiten, die Nebenräume und die gemeinschaftlich genutzten Räume. Der Grund, weshalb man den Wohnungsbegriff beim Wohnungseinbruchdiebstahl insbesondere bzgl. der Nebenräume einschränkt, greift hier nicht durch. Die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit ihrer hohen Mindeststrafdrohung soll erst dann eingreifen, wenn der Täter (neben dem Angriff auf das Eigentum) in gravierender Weise in die Privatsphäre eingedrungen ist, was beispielsweise beim Eindringen in Kellerräume nicht gegeben ist.¹⁹ § 201 a Abs. 1 StGB hat hingegen die gleiche (niedrige) Strafandrohung wie § 123 Abs. 1 StGB.

c. Im Ergebnis ist die „Wohnung“ in § 201 a Abs. 1 StGB in einer Hinsicht sogar weiter zu definieren als in § 123 Abs. 1 StGB. Ein Hausfriedensbruch ist dann nicht möglich, wenn dem Opfer gegenüber dem Täter kein Hausrecht zusteht, es also sich unrechtmäßig in der Wohnung aufhält (Hausbesetzung)²⁰ oder aus rechtlichen Gründen kein Hausrecht erwerben kann (Strafgefangener in der Zelle)²¹. Da der Wortsinn des § 201 a Abs. 1 StGB nicht darauf abstellt, dass sich die Person in „ihrer“ Woh-

nung oder „berechtigt“ dort aufhält, ist es nicht ausgeschlossen, auch die Personen zu schützen, die sich unrechtmäßig in einer Wohnung aufhalten.²² Im Gegenteil sprechen sowohl das gesetzgeberische Ziel der Vorschrift als auch die gesetzliche Systematik dafür, den Angriff auf das Persönlichkeitsrecht der Person, die sich unrechtmäßig in einer Wohnung aufhält, in den Tatbestand mit einzubeziehen. § 201 a Abs. 1 StGB will, ausweislich des Erfordernisses der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs, bestimmte Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch das Mittel der Bildaufnahme oder -übertragung unter Strafe stellen. Die Begrenzung auf die Wohnung hat nur den Grund, den Tatbestand „bestimmbar“ im Sinne des Bestimmtheitsgrundsatzes werden zu lassen.²³

Damit ist folgendes gemeint: Ein Tatbestand, der abstrakt und generell die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wie es aus dem Zivilrecht bekannt ist, unter Strafe stellt, kann in seiner Reichweite relativ genau bestimmt werden und muss damit zunächst nicht unmit- telbar gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen. Allerdings ist er so weit, dass er der Einschränkung bedarf (Fälle der Interessenkollision etc.). Diese notwendige Einschränkung müsste und würde durch die Rechtsprechung erfolgen, sodass im Ergebnis die tatsächlichen Grenzen des strafbaren Verhaltens durch die Rechtsanwendungspraxis bestimmt würden. Darauf beruht der Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz letztlich.²⁴

§ 123 Abs. 1 StGB soll mit dem Hausrecht zwar auch eine Facette des persönlichen Lebensbereichs schützen, doch hat hier das Tatobjekt „Wohnung“ eine andere Funktion. Hierdurch wird der Strafrechtsschutz formalisiert, sodass eine Tatbestandserfüllung auch dann gegeben ist, wenn im Einzelfall eine Persönlichkeitsrechtsverletzung gar nicht gegeben ist.²⁵ Bei § 201 a Abs. 1 StGB hingegen liegt es ähnlich wie bei § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Die „Schwere Brandstiftung“ schützt die Rechtsgüter „Leib und Leben“.²⁶ Der Gefahr eines Angriffs hierauf ist jeder Mensch ständig ausgesetzt, er darf sich aber durch einen Aufenthalt in einer „Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient“, vor einem Angriff auf Leib und Leben durch Feuer sicher fühlen,²⁷ was auch gilt, wenn er die Wohnung unrechtmäßig nutzt.²⁸ Dieser Gedanke, dass das Opfer sich durch den bloßen tatsächlichen Aufenthalt in einer Wohnung vor Angriffen – dort auf Leib und Leben, hier auf den höchstpersönlichen Lebensbereich – sicher fühlen darf,

Auflage, Heidelberg 2004, Rn. 267; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 7), Rn. 11. Dagegen spricht sich ohne weitere Begründung *Eser* aus (Schönke/Schröder (o. Fn. 9), § 244, Rn. 30), der den Wohnungsbegriff des § 123 Abs. 1 StGB für maßgeblich hält.

¹⁵ *Wessels/Hettinger* (o. Fn. 7), Rn. 573; *Otto* (o. Fn. 11), § 35, Rn. 1; *Rengier* (o. Fn. 7), § 30, Rn. 1; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 9), § 123, Rn. 1; *Schäfer*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 1; *Tröndle/Fischer* (o. Fn. 7), § 123, Rn. 2.

¹⁶ *Schäfer*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 1; *Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 3; *Ostendorf*, in: Nomos Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 7. Der Strafrechtsschutz ist freilich formalisiert, sodass eine Tatbestandserfüllung auch vorliegt, wenn das Opfer die Wohnung tatsächlich gar nicht in diesem Sinne nutzt (*Lenckner*, in Schönke/Schröder, [o. Fn. 9], § 123, Rn. 2).

¹⁷ BTDruckS. 15/2466, S. 4.

¹⁸ So auch *Eisele*, JR 2005, erscheint demnächst (Manuskript S. 6.).

¹⁹ In der Entscheidung des OLG Schleswig (NSStZ 2000, S. 479, f.) ging es um das Eindringen in Kellerräume, aus denen Sachen im Werte von weniger als 50 DM sowie eine Kiste Leergut entwendet wurden.

²⁰ *Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 14; *Joecks* in: Studienkommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 24; *Schäfer*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 7), § 123, Rn. 51; *Lenckner*, in Schönke/Schröder, (o. Fn. 9), § 123, Rn. 16.

²¹ So die (durchaus fragliche) h. M. seit RGSt 28, 192, 193 f.; vgl.: BVerfG, NJW 1996, S. 2643; BGHSt 44, 138, 141.

²² Beispiel: Der Täter argwöhnt, sein Nachbar betrete mit dem zur Vorsicht hinterlegten Schlüssel die Wohnung und benutze sie zum „Fremdgehen“. Er installiert deshalb eine Kamera in seinem (!) Schlafzimmer.

²³ BTDruckS. 15/2466, S. 4; *Borgmann*, NJW 2004, 2133, 2134.

²⁴ Vgl. *Gaede*, in: HRRS 2004, 318, 319.

²⁵ *Lenckner*, in Schönke/Schröder, (o. Fn. 9), § 123, Rn. 2.

²⁶ *Wessels/Hettinger* (o. Fn. 7), Rn. 961; *Heine*, in: Schönke/Schröder, (o. Fn. 9), § 306 a, Rn. 1.

²⁷ BGHSt 26, 121, 123; RGSt 60, 136, 137; *Wessels/Hettinger* (o. Fn. 7), Rn. 962.

²⁸ BGHSt 26, 121, 123; *Wessels/Hettinger* (o. Fn. 7), Rn. 962; *Heine*, in: Schönke/Schröder, (o. Fn. 9), § 306 a, Rn. 5.

gilt auch im Falle des § 201 a Abs. 1 StGB.

Als Ergebnis lässt sich festhalten: Der Begriff der Wohnung in § 201 a Abs. 1 StGB ist unter Einschluss von Nebenräumen und kurzzeitigen Aufenthaltsorten genau so weit zu definieren ist wie beim Hausfriedensbruch. Im Gegensatz zum Wohnungsbegriff des § 123 Abs. 1 StGB kommt es jedoch nur auf den durch die Wohnung bewirkten faktischen Schutz an, sodass auch derjenige geschützt ist, der sich nur kurz oder gar ohne Berechtigung in der Wohnung aufhält.

2. Der „gegen Einblick besonders geschützter Raum“

Ergänzt wird der räumliche Schutzbereich durch den „gegen Einblick besonders geschützten Raum“. Diesen Begriff kennt das Strafgesetzbuch bisher noch nicht. Zunächst ist insbesondere das Verhältnis zur „Wohnung“ problematisch. Der Gesetzgeber führt aus, öffentliche Orte sollten aus dem Strafrechtsschutz ausgeklammert bleiben und er stellt einen Vergleich zur Wohnung an.²⁹ Nun geht es aus dem Wortsinn des § 201 a Abs. 1 StGB aber nicht hervor, dass die Wohnung ein Unterfall des besonders geschützten Raums ist, ansonsten hätte das Tatobjekt als Wohnung oder *sonst* besonders geschützter Raum bezeichnet werden müssen. Damit ist klar, dass die beiden Begriffe sich zwar in Bereichen überschneiden mögen und eine Wohnung aus besonders geschützten Räumen bestehen kann, was aber nicht zwingend ist, wenn z. B. keine Gardinen an den Fenstern installiert sind.³⁰ Damit muss der besonders geschützte Raum unabhängig vom Wohnungsbegriff konkretisiert werden.³¹

a. Ausgehend von der bisherigen Auslegung der „Räumlichkeit“ in § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB muss man unter einem Raum einen Bereich verstehen, der gegen die Umwelt abgegrenzt ist.³² Der Gesetzgeber betont, es müsse sich nicht unbedingt um einen „umschlossenen Raum“ im Sinne des § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB handeln.³³ Dass der Bereich „allseitig“ abgegrenzt sein muss, ergibt sich in der Tat nicht aus dieser Formulierung. Allerdings muss man vom Wortsinn her fordern, dass der „Raum“ sich deutlich von der Umwelt abhebt, indem Begrenzungen einen Bereich schaffen und ihm eine Gestalt verleihen. Damit fallen Gebilde, die nur einen Seitenschutz bieten, nicht darunter (eine Allee aus Hecken);³⁴ dass allein die Begrenzung nach oben fehlt, ist aber unschädlich (Umkleidekabine im Hallenbad).

Unter einem *gegen Einblick geschützten* Raum hat man einen solchen zu verstehen, der durch einen Sichtschutz

das willkürliche Hineinsehen zumindest erschwert. Dabei ist ein solcher Sichtschutz zu verlangen, der den Blick tatsächlich versperrt und nicht auf andere Weise wirkt. Es ist z. B. denkbar, dass jemand einen Prominenten fotografiert, der sich in einem Pavillon auf einem riesigen Grundstück befindet, das mit (durchblickbarem) Maschendrahtzaun umgeben ist. Hier wirkt die große Entfernung zwischen Zaun und Pavillon regelmäßig als Schutz gegen Beobachtung. Allerdings handelt es sich nicht um einen Schutz gegen Einblick, denn dieser ist möglich, wenn auch regelmäßig uninteressant, weil auf die große Entfernung nichts zu erkennen ist. Überwindet der Täter den tatsächlichen Beobachtungsschutz z. B. durch ein Teleobjektiv, so macht er sich den grundsätzlich möglichen Einblick zunutze, sodass eine Erfassung dieses Verhaltens den Wortsinn (Art 103 Abs. 2 GG) überdehnte.

b. Das oben aufgestellte Erfordernis des Blickschutzes lässt sich grundsätzlich auf zweierlei Weise interpretieren.

(1) Man kann zum einen verlangen, dass der Raum bewusst von einer Person als zumindest auch blickschützend gestaltet worden ist. Das ist bei den meisten Räumen gegeben. Zwar werden die verwendeten üblichen Baumaterialien einen ungehinderten Einblick ohnehin nicht zulassen, aber die gewollte Zielrichtung der Errichtung eines Raumes (einer Lagerhalle, eines Büros etc.) ist nicht nur der Schutz vor den körperlichen Einflüssen von außen (Witterung), sondern auch der Blickschutz. Hier liegt auf jeden Fall ein gegen Einblick geschützter Raum vor, weil der Raum zweckgerichtet als Blickschutz errichtet wurde.

(2) Fraglich sind hingegen die Fälle, in denen der tatsächlich den Einblick nicht ermöglichende oder erheblich erschwerenden Raumbegrenzungen nicht als Sichtschutz geschaffen wurde. Hier gibt es zwei Konstellationen: Der Raum wurde durch die Natur geschaffen (etwa eine Felsgrotte, im Folgenden: „natürlicher Raum“) oder der Raum ist zwar durch menschliche Tätigkeit entstanden, das aber nur zufällig (Beispiele: die unter dem Dach entstehenden Abseiten, im Folgenden: „zufälliger Raum“ oder ein begehbarer ausrangierter Kesselwagen, im Folgenden: „zweckentfremdeter Raum“). Der Wortsinn lässt es zu, auch den zufälligen und den zweckentfremdeten Raum als gegen Einblick geschützt anzusehen, denn der sprachliche Bedeutungsgehalt von „geschützt“ muss nicht als „zweckgerichtet zum Schutz errichtet“ verstanden werden. (Ein Platz unter einem großen Baum ist vor Regen geschützt, obwohl niemand ihn geschaffen hat). Auch die Gesetzgebungsmaterialien weisen in die Richtung, alle Raumarten (natürliche, zufällig und zweckentfremdete Räume) darunter zu verstehen. Dem Gesetzgeber ging es beim geschützten Raum ebenso wie bei der Wohnung darum, das Persönlichkeitsrecht zu schützen und nur aus Gründen der Bestimmtheit des Tatbestands (Art 103 Abs. 2 GG) ist der Schutz vor Abbildung in anderen, ebenso schutzwürdigen Lebenssituationen nicht

²⁹ BTDruckS. 15/2466, S. 4.

³⁰ Ernst, NJW 2004, S. 1277, 1278.

³¹ Eisele, JR 2005 (o. Fn. 18), Manuskript S. 6.

³² Vgl. Heine, in: Schönke/Schröder, (o. Fn. 9), § 306 a, Rn. 4 zum Begriff der „Räumlichkeit“.

³³ BTDruckS. 15/2466, S. 5.

³⁴ Bedenken gegen den Schutz des in der Gesetzesbegründung genannten sichtgeschützt umzäunten Gartens haben im Hinblick auf den Wortsinn auch Eisele (o. Fn. 18), Manuskript S. 6 und Lackner/Kühl (o. Fn. 7), § 201 a, Rn. 2 a. E.; a.A. Hoppe, GRUR 2004, S. 990, 992.

erfasst.³⁵

c. Der gegen Einblick geschützte Raum muss *besonders* geschützt sein. Hierzu muss man folgendes fordern:

(1) Ein Raum ist dann gegen Einblick *besonders* geschützt, wenn über die Umgrenzung, die den Raum erst schafft, hinaus ein zusätzlicher, zwar nicht lückenloser, aber den Einblick erschwerender Sichtschutz installiert oder betätigt wird (die Tür der Umkleidekabine muss geschlossen werden; der Strandkorb muss zusätzlich durch eine Markise abgeschirmt werden; der Eingang der Felsgrotte muss durch ein Handtuch verdeckt werden). In diesem Sinne ist ein Raum dann gegen Einblick *besonders* geschützt, wenn über den bisher durch die Umgrenzung geschaffenen Sichtschutz hinausgehend nach außen erkennbar Anstalten getroffen werden sich abzuschirmen. Insofern bedeutet „besonders“ geschützt „erkennbar über den vorhandenen Schutz hinaus“ und der Täter wird wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung bestraft, der die Missachtung des Zeichens einer bewussten Abschirmung das Gepräge gibt.

(2) Probleme wirft diese Definition aber dann auf, wenn ein zusätzlicher Sichtschutz deshalb nicht installiert zu werden braucht, weil die Begrenzung des Raums bereits (nahezu) lückenlosen Sichtschutz gewährleistet. Auch in diesen Fällen muss man einen gegen Einblick besonders geschützten Raum annehmen. Das „besonders“ ist in dieser Variante nicht als zweckgerichtet zusätzlich angebracht zu verstehen, sondern als besonders intensiv. Hier werden sich in der praktischen Rechtsanwendung Probleme stellen. Angesichts der Tatsache, dass nahezu jeder Sichtschutz umgangen werden kann, darf man sicher keinen lückenlosen Sichtschutz verlangen. Da aber im Gegensatz zum zweckgerichtet erkennbar gegen Einblick zusätzlich geschützten Raum (oben unter (1)) das Moment der Missachtung des Zeichens der Abschirmung wegfällt, reicht allein das Abstellen auf Schwierigkeiten beim Einblick nicht aus. Solche Räume müssen, um gegen Einblick besonders geschützt zu sein, solch' einen Sichtschutz bieten, der nur durch besondere Anstalten überwunden werden kann. Die Frage, ab wann ein Raum ohnehin so schwer einsehbar ist, dass er auch ohne zusätzlichen Sichtschutz gegen Einblick besonders geschützt ist und ab wann die Grenze überschritten ist, ab der ein zusätzlicher Sichtschutz installiert oder betätigt werden muss, wird sich häufig nur im Einzelfall klären lassen. (Die Tür zu schließen ist sicher erforderlich, das Schlüsselloch abzukleben zweifellos nicht. Problematisch ist, ob die Luke des ausrangierten Kesselwagens klein genug ist, um davon sprechen zu können, dass der Innenraum gegen Einblick ohnehin besonders geschützt ist.)

Zusammenfassend kann man den gegen Einblick besonders geschützten Raum definieren als einen Bereich, der nach außen erkennbar dadurch den Einblick erschwert, dass ein weiterer Sichtschutz installiert oder

betätigt wird oder ein Bereich, der gegen die Umwelt von vorneherein so abgegrenzt ist, dass er einen nahezu lückenlosen Sichtschutz bietet, der nur durch besondere Anstalten überwunden werden kann.

Es bleibt festzuhalten: Insbesondere die Merkmale der Wohnung und des gegen Einblick besonders geschützten Raumes wird bewirkt, dass der strafrechtliche Persönlichkeitsrechtsschutz vor Bildaufnahmen lückenhaft bleibt.³⁶ Insbesondere die Umgehung des Sichtschutzes des Körpers durch die Kleidung wird nicht erfasst (weil man sich in ihr dem Wortsinn nach nicht in einem Raum befindet), sodass selbst das Fotografieren unter den Rock mit einer am Boden liegenden Kamera nicht darunter fällt.

II. Die Tathandlungen des Herstellen und Übertragens von Bildaufnahmen einer Person

Die Tathandlungen des § 201 a Abs. 1 StGB bestehen im Herstellen oder Übertragen von Bildaufnahmen einer Person.

1. Das Herstellen einer Bildaufnahme einer Person

a. Bildaufnahmen stellt derjenige her, der es bewirkt, dass optische Eindrücke gespeichert werden.³⁷ Die Bildaufnahme ist in dem Moment hergestellt, in dem der Speicherungsprozess beendet ist. Denn es ist nicht erforderlich, dass die Bildaufnahme unmittelbar erkennbar zu sein braucht. Es genügt, wenn das unter Zuhilfenahme eines technischen Geräts erfolgen kann.³⁸ Damit fällt auf jeden Fall das herkömmliche Fotografieren unter den Tatbestand. Ebenso auch eine Bildaufnahme hergestellt, wenn mit einer Digitalkamera ein Bild aufgenommen wird, denn hier ersetzt der Speicherchip lediglich den Film.

Dabei ist es gleichgültig, wie die Bildinformation in der Kamera gespeichert wird. Hier gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder der Speicherchip speichert – ähnlich wie eine Festplatte, CD-ROM oder Diskette – die Daten so, dass sie auch bei fehlender Stromzufuhr erhalten bleiben, oder der Chip besteht aus einem Speicher, der – ähnlich dem Arbeitsspeicher des Computers – nur unter permanenter Stromzufuhr den Inhalt „halten“ kann. Man muss auch in der zweiten Variante das Herstellen einer Bildaufnahme bejahen. Denn auf die Art der Speicherung kann es nicht ankommen. Hiergegen kann man auch nicht mit einer Ansicht, die behauptet, beim bloßen Surfen im Internet habe man sich eine Schrift (z. B. eine kinderpornografische) noch nicht verschafft,³⁹ weil der

³⁶ Lackner/Kühl (o. Fn. 7), § 201 a, Rn. 2.

³⁷ Lackner/Kühl (o. Fn. 7), § 201 a, Rn. 4.

³⁸ Vgl. die ähnlich liegende Problematik beim Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB. Auch hier reicht es aus, wenn der Inhalt durch den Einsatz von Hilfsmitteln wahrnehmbar gemacht werden kann (Eser, in: Schönke/Schröder, [o. Fn. 9], § 11, Rn. 78).

³⁹ Harms, NStZ 2003, S. 646, 650.

³⁵ BTDruckS. 15/2466, S. 4.

Arbeitsspeicher „flüchtig“ sei,⁴⁰ argumentieren können. Für das Opfer ist es völlig gleichgültig, wie der Speicher bei Unterbrechung der Stromzufuhr reagiert. Das Opfer wurde abgebildet, wodurch sein Persönlichkeitsrecht verletzt wird. Letztlich wird die Ansicht, die das Vorliegen eines „sich Verschaffens“ einer Schrift beim Surfen im Internet verneint, auch nicht die Flüchtigkeit als solche im Blick haben, sondern vielmehr die Funktion des Arbeitsspeichers als Prozessspeicher, den ein regulärer Computernutzer nicht als Datenspeicher verwenden kann.⁴¹ Wenn nun aber der Arbeitsspeicher – wie bei einer so gen. Ramdisk – als Datenspeicher eingesetzt wird, dann muss ein Speichern hierauf auch als ein „sich Verschaffen“ gewertet werden, ebenso wie diese Tathandlung umgekehrt nicht bejaht werden kann, wenn Festplattenspeicherplatz als Prozessspeicher verwendet wird (wie das bei der Verwendung einer Auslagerungsdatei der Fall ist).

Die hergestellten Bildaufnahmen müssen auch die geschützte Person zeigen. Damit fallen also solche Aufnahmen, die nur die Spuren einer Person zeigen, nicht unter den Tatbestand. Damit scheiden auf dieser Ebene des Tatbestands zudem Fälle aus, in denen Abbildungen eines toten Menschen angefertigt werden. Denn unter einer „Person“ lässt sich keine Leiche mehr verstehen.⁴² Aber nicht nur der Wortsinn steht hier entgegen, sondern auch der Charakter des § 201 a StGB als Tatbestand zum Schutz des (höchst-)persönlichen Lebensbereichs führt zu einer solchen Auslegung. Die geschützte Person soll davor bewahrt werden, dass der Blick der anderen auf sie im menschlichen Miteinander von öffentlich gemachten Umständen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich beeinflusst wird. Damit führt dieses Argument in Fällen der Absätze 2 und 3 des § 201 a StGB dazu, dass die entsprechenden Tatbestände nicht erfüllt sind, wenn die Person zwar zum Zeitpunkt der Anfertigung der Bildaufnahmen noch lebte, zum Zeitpunkt des Gebrauchs oder zugänglich Machens aber tot ist.⁴³

Es muss gleichgültig sein, ob die gespeicherten Bildaufnahmen im Original überhaupt mit bloßem Auge erkennbar waren. Andernfalls wäre das Fertigen von Aufnahmen mit Infrarot-Kameras (wo das Opfer sich durch die Dunkelheit noch besonders geschützt fühlt) nicht strafbar, was einen kaum hinnehmbaren Wertungswiderspruch bedeuten würde. Gegen den Wortsinn verstößt es jedenfalls nicht, ein Infrarotfoto (auch als Wärme„bild“ bezeichnet) noch als

„Bildaufnahme“ anzusehen.

Damit lässt sich das Herstellen einer Bildaufnahme einer Person zusammenfassend definieren als das Bewirken der Speicherung des optischen Eindrucks der Person, sodass aus der Speicherung – und sei es auch mit technischen Hilfsmitteln – dieser reproduziert werden kann, wobei gleichgültig ist, auf welche Weise die Speicherung geschieht und ob der ursprüngliche optische Eindruck im sichtbaren oder unsichtbaren Bereich des Lichts vorlag.

b. Die Variante des Übertragens von Bildaufnahmen soll davor schützen, dass Echtzeitübertragungen mit so gen. Webcams oder Spycams stattfinden, ohne dass die Bilder gespeichert werden.⁴⁴ Dass eine Bildaufnahme übertragen werden muss, schließt es aus, dass das alleinige Beobachten bereits unter den Straftatbestand fällt.⁴⁵ Vom Wortsinn her (Art 103 Abs. 2 GG) kann die Wendung vom Übertragen der Bildaufnahme nicht anders verstanden werden, als dass Bilddaten räumlich an einen anderen Ort, als den, an der sich die geschützte Person befindet, geleitet werden.⁴⁶ Damit fällt die Beobachtung mit Hilfsmitteln am Ort des Geschehens, z. B. einer Infrarotkamera, nicht unter den Straftatbestand.⁴⁷

(1) Bei dieser Variante ist mithin das wesentliche Problem, ab welcher überwundenen räumlichen Distanz man von einer Übertragung sprechen kann. Das Gesetz geht davon aus, dass sich die geschützte Person innerhalb der Wohnung (oder des besonders geschützten Raums) befinden muss. Damit liegt es nahe, von einer Übertragung immer dann zu sprechen, wenn die Bilddaten in einem Bereich außerhalb des geschützten geleitet werden. Eindeutig unter den Tatbestand fallen deshalb die Fälle, in das Bild außerhalb der Mauern der Wohnung, z. B. im Freien, betrachtet werden kann. Aufgrund des weiten Wohnungsbegriffs (oben unter II. 1.) ergeben sich allerdings Probleme, wenn das Bild außerhalb der Wohnräume i. e. S. betrachtet wird (etwa im Keller oder auf dem Dachboden). Weil nach hier vertretener Ansicht auch diese Nebenräume zur Wohnung gehören, kann man nicht von einer Übermittlung in einem Bereich außerhalb des geschützten sprechen. Gleich liegt es, wenn beispielsweise die Bilddaten aus einem Zimmer einer Wohnung in ein anderes geleitet werden (was in Wohngemeinschaften denkbar ist). Da der Tatbestand keine Anhaltspunkte dafür bietet, wie man die Übertragung, mithin die Überwindung einer räumlichen

⁴⁰ Harms, NSTZ 2003, S. 646, 649.

⁴¹ Darauf deutet hin, dass Harms meint, es fehle an der „Dauerhaftigkeit der Sachherrschaft“ (NSTZ 2003, S. 646, 649).

⁴² Hoppe, GRUR 2004, S. 990, 994.

⁴³ Wenn das Opfer nicht mehr lebt, so mag sein Andenken beeinträchtigt werden (vgl. § 189 StGB), sein Lebensbereich ist nicht (mehr) betroffen. Wollte man entsprechende Handlungen unter Strafe stellen, so müsste man einen gesonderten Tatbestand schaffen, der den Strafschutz ergänzt, ähnlich wie § 189 StGB das bzgl. des Pietätsgefühls der Angehörigen hinsichtlich der Ehrenschutztatbestände der §§ 185 ff. StGB tut. (Wobei hier ausdrücklich offen bleiben soll, ob das aus verfassungsrechtlichen Gründen möglich ist).

⁴⁴ BTDruckS. 15/2466, S. 5.

⁴⁵ BTDruckS. 15/2466, S. 4; Eisele (o. Fn. 18), JR 2005, S. 8; Kühl, AfP 2004, S. 190, 194 f.; Lackner/Kühl, § 201 a, Rn. 4.

⁴⁶ Nach Wahrig (Wörterbuch, 7. Auflage, Gütersloh 2001) bedeutet „übertragen“ von einer Stelle zur anderen bringen.

⁴⁷ Dass das unmittelbare Beobachten mit technischen Hilfsmitteln aus dem Tatbestand ausscheidet, weil es vom Gesetzgeber bewusst nicht als strafbar angesehen wurde, ergibt sich weiterhin daraus, dass der für erledigt erklärte Gesetzentwurf BTDruckS. 15/361 diese Tathandlung erfassen sollte.

Distanz, anders erfassen kann als durch die Unterscheidung zwischen „innen“ und „außen“ des geschützten Bereichs (was auch die Wohnung sein kann), und insbesondere eine Längenangabe erheblich zu kurz griffe, müssen diese Ergebnisse akzeptiert werden. Im Regelfall wird in solchen Fallgestaltungen ohnehin ein „Übertragen“ aus einem „besonders geschützten Raum“ vorliegen. „Strafbarkeitslücken“ entstehen nur dann, wenn der Raum nicht *besonders* geschützt ist (die Tür zum Schlafzimmer etwa nicht geschlossen wurde, vgl. oben unter II. 2. (c)).

(2) Zum vollendeten Übertragen ist es nicht erforderlich, dass die Bildaufnahme tatsächlich angesehen wird. Teilweise wird bzgl. der Formulierung des § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB (abhören) gefordert, der Täter müsse das abgehörte Wort vernommen haben.⁴⁸ Beim Übertragen kann man einen wie auch immer gearteten Rezeptionsprozess nicht verlangen. Das folgt aus dem – im Gegensatz zum uneindeutigen Abhören – eindeutigen Wortsinn des Begriffs „Übertragen“, womit rein auf das technische abgestellt wird.⁴⁹ Damit reicht es für ein „Übertragen“ aus nachzuweisen, dass eine Webcam direkt mit dem Internet verbunden war, ohne dass es darauf ankommt, ob jemand die Bilder abgerufen hat.

Als Definition kann man festhalten, dass eine Bildaufnahme übertragen wird, wenn Bilddaten an einen Ort außerhalb der Wohnung oder des besonders geschützten Raumes weitergeleitet werden, sodass sie dort zu einem Bild reproduziert werden können, wobei ein Rezeptionsprozess nicht erforderlich ist. Eine Übertragung findet auch dann statt, wenn das ursprüngliche Bild mit bloßem Auge nicht erkennbar war.

III. Die Verletzung des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“

Am schwierigsten dürfte zu konkretisieren sein, was darunter zu verstehen ist, dass die Tathandlung zum Erfolg der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs“ führen muss. Diese Formulierung findet sich bisher in keinem Straftatbestand.⁵⁰ Der Gesetzgeber hat diesen Begriff als einen engeren zu dem im Strafprozessrecht in den §§ 68 a Abs. 1 StPO, 171 b Abs. 1 S. 1 GVG verwendeten des „persönlichen Lebensbereichs“ verstanden wissen wollen.⁵¹ Den Begriff der Intimsphäre hat der Gesetzgeber nicht benutzt, um zu verdeutlichen, dass es nicht nur um den Schutz der menschlichen Persönlichkeit

durch Öffentlich-Machen des Sexuallebens geht.⁵² Soweit das aber der Fall ist, ist auch der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt.⁵³

a. Unter dem „persönlichen Lebensbereich“ versteht man bei §§ 68 a Abs. 1 StPO, 171 b Abs. 1 S. 1 GVG den privaten Bereich, der jedermann zur Entfaltung seiner Persönlichkeit gewährleistet werden muss.⁵⁴ Ganz wesentliche Teile dieses privaten Bereichs sind jedenfalls Sexualität und Nacktheit.⁵⁵ Hier wird auch der praktische Hauptanwendungsbereich des § 201 a StGB liegen. Bei einer bei Bildaufnahme, die beispielsweise von einer Frau bei einer gynäkologischen Behandlung, einer Person bei der Benutzung einer Toilette, eines Solariums, einer Umkleidekabine etc. hergestellt wird, muss man von einer besonders intensiven Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts ausgehen, sodass der „höchstpersönliche“ Lebensbereich verletzt ist.⁵⁶ Dieses Ergebnis ist sicher sachgerecht, hätte sich aber auch durch das Erfordernis einer Verletzung der Intimsphäre erzielen lassen.⁵⁷

b. Der Gesetzgeber hat aber durch die Verwendung des aus dem Strafprozessrecht stammenden Begriffs des höchstpersönlichen Lebensbereichs deutlich gemacht, dass tatbestandsmäßig auch andere Persönlichkeitsrechtsverletzungen sein sollen. Unter den „persönlichen Lebensbereich“ fallen die Tatsachen, nach denen im Sozialleben nicht gefragt zu werden pflegt und die gewöhnlich nicht spontan mitgeteilt werden.⁵⁸ Es sind das beispielsweise der Gesundheitszustand, die religiöse oder politische Einstellung sowie Tatsachen aus dem Familienleben.⁵⁹ In der Gesetzesbegründung werden auch vertrauliche Briefe und Tagebuchaufzeichnungen erwähnt.⁶⁰

In dieser Hinsicht stellen sich zwei Probleme. Zum einen wurde die Formulierung vom „persönlichen Lebensbereich“ im Strafprozessrecht vor dem Hintergrund strafprozessualer Gefährdungslagen gewählt und konkretisiert und es ist fraglich, welcher Gehalt

⁵² BTDruckS. 15/2466, S. 5.

⁵³ BTDruckS. 15/2466, S. 5.

⁵⁴ Meyer-Gofner, Kommentar zur Strafprozessordnung, 47. Auflage, München 2004, § 68 a, Rn. 4 und § 171 b GVG, Rn. 3. Der Begriff entstammt der Überschrift des 15. Abschnitts des StGB (Wolters, Zur Anwendung des § 68 a StPO in der Hauptverhandlung des Vergewaltigungsprozesses, Diss. Osnabrück 1987, S. 74; Odersky, Festschrift für Pfeiffer, Köln 1988, S. 325, 331).

⁵⁵ Wolters (o. Fn. 54), S. 86.

⁵⁶ BTDruckS. 15/2466, S. 5.

⁵⁷ Borgmann, NJW 2004, S. 2133, 2134.

⁵⁸ Meyer-Gofner (o. Fn. 54), § 171 b GVG, Rn. 3.

⁵⁹ BGHSt 30, 212, 214; Wolters (o. Fn. 54), S. 88; Odersky, Festschrift für Pfeiffer, S. 325, 331; Meyer-Gofner (o. Fn. 54), § 68 a, Rn. 4 und § 171 b GVG, Rn. 3; Pfeiffer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2002, § 171 b GVG, Rn. 1; Senge, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Auflage, München 2003, § 68 a StPO, Rn. 1 a.

⁶⁰ BTDruckS. 15/2466, S. 5.

⁴⁸ Arzt, Intimsphäre (o. Fn. 5), S. 253; Träger, in: Leipziger Kommentar, Band 5 (§§ 185 – 262), 10. Aufl., Berlin 1989, § 201, Rn. 20; Samson (Systematischer Kommentar, Band 2, §§ 201 – 266b, 7. Auflage, Stand: Mai 2003, § 201, Rn. 19) verlangt sogar eine Kenntnisnahme.

⁴⁹ Weiterhin ergibt es sich aus der Begründung zum (erledigten) Gesetzentwurf BTDruckS. 15/1891 (S. 7), in dem erstmalig diese Variante explizit formuliert wurde und die insofern Vorbild für den Gesetz gewordenen Entwurf wurde.

⁵⁰ Kühl, AfP 2004, S. 190, 196.

⁵¹ BTDruckS. 15/2466, S. 5.

diesem Begriff bei der Übertragung auf das materielle Strafrecht zukommt (unter (1)). Zum anderen können im Strafprozessrecht gewonnene Erkenntnisse nicht eins zu eins auf das Strafrecht übertragen werden, denn strafrechtlich ist nur der *höchstpersönliche* Lebensbereich geschützt. Das zwingt zu problematischen Quantifizierungen bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten (unter (2)).⁶¹

(1) Die Normen des Strafprozessrechts wollen eine persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigende Wirkung der Mitteilung entsprechender Sachverhalte durch Aussagen, mithin durch Worte, verhindern (durch Ausschluss des Fragerechts, § 68 a StPO) oder zumindest abmildern (durch Ausschluss der Öffentlichkeit, § 171 b StPO). Der persönliche Lebensbereich ist hier immer dann betroffen, wenn sich der Inhalt einer Aussage auf entsprechende Sachverhalte bezieht. Beim Straftatbestand des § 201 a Abs. 1 StGB geht es nicht um die Wirkung des Inhalts von Kommunikationsbeiträgen (mit denen man alle Facetten des Persönlichkeitsrechts beeinträchtigen kann), sondern um eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch die Herstellung einer Bildaufnahme. Auf die Frage, ab wann der (höchst-)persönliche Lebensbereich durch das Herstellen einer Bildaufnahme verletzt ist, gibt es zwei mögliche Antworten, die auf zwei gänzlich unterschiedlichen Sichtweisen beruhen; dem Gesetzgeber scheint diese Problematik nicht hinreichend klar gewesen zu sein.

Ein Beispiel soll das Problem verdeutlichen: Der Gesundheitszustand wird jedenfalls dann zum höchstpersönlichen Lebensbereich zählen, wenn es sich um eine sehr schwere Erkrankung handelt.⁶² Die Frage ist, ob eine schwer erkrankte Person bereits dann in ihrem (höchst-)persönlichen Lebensbereich verletzt ist, wenn der Täter (in einer Wohnung) eine Bildaufnahme von ihr hergestellt hat, oder ob sich zusätzlich aus dem Inhalt des Bildes die Tatsache der Erkrankung ergeben muss. (Die gleiche Frage stellt sich in den Fällen, in denen eine Person, die religiöse Handlungen vollzieht, abgebildet wird – auf dem Bild sitzt sie nur stumm da – oder eine Aufnahme einer Person hergestellt wird, die dem Tagebuch ihre höchstpersönlichen Gedanken anvertraut – auf dem Bild ist nur ein schreibender Mensch zu erkennen.) Die Frage lässt sich darauf zuspitzen, ob sich aus dem *Inhalt der Bildaufnahme* die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs ergeben muss oder ob man § 201 a Abs. 1 StGB so zu verstehen hat, dass er viel weiter den *Angriff auf das Persönlichkeitsrecht durch den Einbruch in die Privatsphäre durch das Herstellen einer Bildaufnahme* (an gewissen Orten in gewissen Situationen) erfassen will.

Es spricht viel dafür, nicht zu verlangen, dass sich die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs aus dem Inhalt der Aufnahme ergeben muss. Zunächst ist legt der Wortlaut dies nahe. Der Gesetzgeber sieht die

Herstellung einer – bis auf das Erfordernis, dass sie eine Person zeigen muss – nicht näher beschriebenen Bildaufnahme als Tathandlung an, die kausal für eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs wird. Hätte der Gesetzgeber vorausgesetzt, dass der Inhalt der Aufnahme den persönlichen Lebensbereich verletzen muss, hätte es nahe gelegen, die Herstellung einer „den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzenden Bildaufnahme“ zu verlangen. Zudem liegt der Hauptanwendungsfall der den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzenden Bildaufnahmen eindeutig im Bereich der Sexualität und Nacktheit. Seltene Fälle kann es u. U. noch im Bereich der Religionsausübung geben, wenn aus den Bildern eindeutig erkennbar ist, dass Kult-handlungen ausgeführt werden. Aber kaum denkbar sind Fälle, in denen Umstände aus dem Familienleben in einem Bild so eingefangen werden, dass sie sich Dritten alleine daraus erschließen. Insbesondere die Erstreckung des Tatbestands auch auf solche Sachverhalte war jedoch der Grund, statt des erheblich stärker konturierten Begriffs der Intimsphäre den des höchstpersönlichen Lebensbereichs zu wählen.⁶³ Es scheint also so, dass dem Gesetzgeber als Unrecht des § 201 a Abs. 1 StGB vor Augen gestanden hat, dass mit einer Kamera in Situationen eingebrochen wird, in denen das höchstpersönliche Leben sich vollzieht und damit aus der Sicht der Opfer ein Angriff auf den höchstpersönlichen Lebensbereich ausgeführt wird – gleichgültig ob sich die Verletzung aus dem Inhalt der Aufnahme ergibt.

Allerdings kann man bereits in der Gesetzesbegründung einen Anhaltspunkt für die gegenteilige Sichtweise finden, dass ein entsprechender Inhalt der Aufnahme als Verkörperung der Persönlichkeitsrechtsverletzung Voraussetzung für eine Strafbarkeit sein muss. Bezüglich des § 201 a Abs. 2 StGB, dessen Tatobjekt eine „nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme“ ist, kann man von „einer ... Bildaufnahme, die Tatsachen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich ... zeigt“⁶⁴ lesen. Dass der Gesetzgeber hier offenbar meint, aus dem Inhalt der Bildaufnahme müsse sich die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs ergeben, liegt nahe: Denn der § 201 a Abs. 2 StGB enthält nicht das Erfordernis, dass es durch das hier erfasste Gebrauchen oder zugänglich Machen zu einer solchen Verletzung gekommen sein muss. Der Gesetzgeber hat an dieser Stelle auch bewusst darauf verzichtet, wie sich aus dem Abs. 3 ergibt, wo bzgl. einer Verbreitung und einem zugänglich Machen die Formulierung von der Verletzung des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ wieder auftaucht. Wollte man § 201 a Abs. 1 StGB nun so interpretieren, dass eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bereits dann zu bejahen ist, wenn sie in einer Situation erfolgt, in der eine Person sich mit Dingen beschäftigt, die ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzuordnen sind, so hätte das unabsehbare Folgen und würde beim § 201 a Abs. 2 StGB zu einen überaus weiten Anwendungsbereich führen. Das würde – obwohl das

⁶¹ So schon *Borgmann*, NJW 2004, S. 2133, 2134.

⁶² *Eisele* (o. Fn. 18), JR 2005, Manuskript S. 7.

⁶³ BTDruckS. 15/2466, S. 5.

⁶⁴ BTDruckS. 15/2466, S. 5.

hier aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht vertieft werden soll – insbesondere die Pressefreiheit über Gebühr einschränken. Beispielsweise müssten Besitzer großer Bildarchive mit einem enormen Strafbarkeitsrisiko leben. Hier ist es nahezu nie auszuschließen, dass sich unter den abertausenden von archivierten Bildern auch solche befinden, die in einer Situation hergestellt wurden, in der mit einer Kamera in den höchstpersönlichen Lebensbereich eingebrochen wurde. Die Beschränkung des § 201 a Abs. 1 StGB auf Aufnahmen von Personen, die sich in einer Wohnung oder einem besonders geschützten Raum befinden – was des Tatbestand bestimmbar machen soll und womit (auch) gemeint ist, die Bestrafung solle voraussehbar werden – mindert das Strafbarkeitsrisiko kaum, denn der Aufenthalt der abgebildeten Person hierin braucht sich aus dem Bild nicht zu ergeben. Wenn sich die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs ebenfalls nicht aus dem Inhalt der Abbildung zu ergeben braucht, kommt eine Strafbarkeit nach § 201 a Abs. 2 StGB immer bereits dann in Betracht, wenn der Betreffende Kenntnis von Umständen erhält, aus denen sich ergeben könnte (dolus eventualis reicht zur Bejahung des Vorsatzes aus), dass ein Bild in seinem Archiv unter Einbruch in den höchstpersönlichen Lebensbereich hergestellt wurde. Es ist für ihn niemals allein aus dem Inhalt des Bildes ersichtlich, ob er das Bild in sein Archiv einstellen und es weiter vertreiben darf. Aus dem Grund, dass jeder Rechtsunterworfenen eindeutig erkennen können muss, ab wann er den Bereich verbotenen und möglicherweise strafbaren Verhaltens betritt, muss man verlangen, dass sich die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs aus dem Inhalt des Bildes ergibt.

Die hier vertretene Meinung verkennt nicht, dass sie den Tatbestand des § 201 a Abs. 1 StGB letztlich gegen den Wortsinn nicht als Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch das Herstellen einer Bildaufnahme interpretiert, sondern als Herstellen einer den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzenden Aufnahme. Um es nicht zu einen nahezu unabsehbaren Anwendungsbereich insbesondere des § 201 a Abs. 2 StGB kommen zu lassen (was vom Gesetzgeber wohl ebenfalls nicht gewollt war), wird diese Auslegung dennoch vertreten.

(2) Das Problem, zu quantifizieren, ab wann eine Verletzung des persönlichen Lebensbereichs so intensiv ist, dass sie als Verletzung des *höchstpersönlichen* Lebensbereichs anzusehen ist,⁶⁵ wird sich – wie immer bei solchen Quantifizierungsfragen – exakt nur durch eine ausreichende Anzahl von entschiedenen Fällen klären lassen und ist insbesondere von vielen Umständen des Einzelfalls abhängig. Da man den „höchstpersönlichen Lebensbereich“ enger definieren muss als den persönlichen Lebensbereich, werden wohl kaum Fälle denkbar sein, in denen die politische Einstellung betroffen ist und bei der religiösen

Einstellung wird man fordern müssen, dass sie sich zumindest in Kulthandlungen geäußert hat, da andernfalls in allen diesen Fällen noch ein zu großer Bezug zur Sozialsphäre besteht.

Ausgehend von der Konkretisierung des persönlichen Lebensbereichs⁶⁶ wird hier als Definition der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereich vorgeschlagen, dass diese vorliegt, wenn auf dem Bild Geschehnisse abgebildet sind, über die im sozialen Miteinander nicht ohne Überwindung einer erheblichen Hemmschwelle gesprochen zu werden pflegt.

IV. Das wissentlich unbefugte zugänglich Machen befugt hergestellter Bildaufnahmen (§ 201 a Abs. 3 StGB)

Der Tatbestand des § 201 a Abs. 3 StGB hat eine gänzlich andere Struktur als der zuvor erörterten Regelungen⁶⁷ und stellt damit eine komplette Neuerung dar (unter a.). Das macht diese Regelung rechtspolitisch fragwürdig und wird in der Praxis zu Friktionen mit den Grundsätzen des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes führen (unter b.).

a. Man kann die bisher im 15. Abschnitt des StGB enthaltenen Tatbestände auf folgende Weise kategorisieren: Bei den §§ 203 ff., 206 StGB handelt es sich um Tatbestände, die die Konstellation erfassen, dass der Täter eine Information, die er *befugt* besitzt, unbefugt offenbart und dadurch das Opfer schädigt.⁶⁸ Insofern sind die durch diese Tatbestände geschaffenen Delikte mit der Untreue (§ 266 StGB) vergleichbar. Erfasst diese Verfügung über Vermögensbestandteile, so geht es hier darum, dass der Täter über ein ihm anvertrautes Geheimnis „verfügt“. Der besondere Grund für die Strafwürdigkeit dieses Verhaltens liegt mithin in dem *Vertrauensbruch*, den der Täter begeht.

Mit den anderen Tatbeständen des 15. Abschnitts wird die Konstellation erfasst, dass der Täter durch sein Verhalten in die Rechtssphäre des Opfers eingreift und sich oder Dritten ein Geheimnis zugänglich macht. Insofern ist diese Konstellation mit dem Diebstahl vergleichbar. Nimmt der Dieb einen Angriff auf fremdes Eigentum vor, indem er mit Zueignungsabsicht den Gewahrsam bricht, so liegt der Strafgrund hier darin, dass der Täter in die *Geheimsphäre eines Dritten einbricht* und ein Geheimnis „an sich nimmt“, auf das er keinen Anspruch hat.

Beide Strafgründe – weder der Eingriff in die fremde Geheimnissphäre noch der besondere Vertrauensbruch – brauchen für eine Tatbestandsverwirklichung nach § 201 a Abs. 3 StGB vorzuliegen. Der Täter besitzt die Bildaufnahme befugt und eine besondere schutzwürdige Vertrauensstellung braucht er ebenfalls nicht

⁶⁶ S. o. Fn. 54.

⁶⁷ Pollähne, KritV 2003, S. 387, 409.

⁶⁸ Hoyer, in: Systematischer Kommentar (o. Fn. 15), Vor § 201, Rn. 10.

⁶⁵ Vgl.: Borgmann, NJW 2004, S. 2133, 2134; Jochum, Editorial NJW Heft 25/2004.

innezuhaben. Damit bricht der Tatbestand mit den bisherigen Grundsätzen des Geheimnisschutzes durch das StGB, was im Gesetzgebungsverfahren nicht erkannt wurde, sodass man glücklich sein kann, dass der Tatbestand des Abs. 3 in „letzter Minute“ noch durch die Merkmale der „Wissentlichkeit“ und der „Unbefugtheit“ eingeschränkt worden ist.⁶⁹

b. Die Regelung des § 201 a Abs. 3 StGB fügt sich mit der oben aufgezeigten Abkehr von den Grundlinien des Geheimnisschutzes nicht in die Grundsätze des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes ein, womit einem Opfer einer Tat nach § 201 a Abs. 3 StGB noch nicht einmal ein wirksames Mittel zur Bekämpfung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen an die Hand gegeben ist. Ein Beispiel mag das verdeutlichen: Ein Pärchen hat intime Fotos von sich gemacht. Nach der Trennung verbleiben diese bei einem Partner. Hier hat der andere Partner keinen (zivilrechtlichen) Anspruch auf Herausgabe oder Vernichtung der Fotos. Erst wenn das Kind in den Brunnen gefallen ist, weil der Tatbestand des § 201 a Abs. 3 verwirklicht ist, greift die Einziehung gem. § 201 a Abs. 4 S. 1 StGB, mit der die Bilder der Verfügung des einen Teils entzogen werden können. Zivilrechtlich kann das Opfer erst jetzt – mit dem § 201 a Abs. 3 StGB als Schutzgesetz⁷⁰ – gegen eine weitere Verbreitung vorgehen. Im Vorfeld, in dem das Opfer bestrebt sein wird, die Verbreitung der *befugt* hergestellten Bildaufnahmen, deren Inhalt seinen (höchst-)persönlichen Lebensbereich betreffen, zu verhindern, kann das Opfer nichts tun. Es muss – eher kontraproduktiv – dafür sorgen, dass die weitere Verbreitung wissentlich unbefugt im Sinne dieser Regelung erfolgt. Mithin ist es gezwungen, andere großflächig zu informieren, sodass diese, wenn sie das Bild anderen zugänglich machen, wissentlich handeln.

c. Die Tatbestandsmerkmale des § 201 a Abs. 3 StGB (Bildaufnahme einer Person, die sich in einer Wohnung oder einem besonders geschützten Raum befindet, Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch unbefugtes zugänglich machen an einen Dritten) weisen keine Besonderheiten auf. Der Täter muss zusätzlich wissentlich handeln, sodass er sichere Kenntnis der Umstände haben muss, die die Unbefugtheit begründen und er muss die Wertung in seiner „Laiensphäre“ nachvollzogen haben.

Gänzlich ungereimt ist, weshalb § 201 a Abs. 3 StGB verlangt, dass die Person sich bei der Bildaufnahme in einer Wohnung oder einem geschützten Raum befinden haben muss.⁷¹ Die vorangehenden Absätze schränkten hiermit den Tatbestand auf Örtlichkeiten ein, an denen

das Opfer auf einen besonderen Schutz gegen Bildaufnahmen vertrauen durfte. Da hier aber eine *befugte* Bildaufnahme das Tatobjekt ist, kann § 201 a Abs. 3 StGB nur den Schutz des Persönlichkeitsrechts in Form des Rechts im Blick haben, selbst bestimmen zu dürfen, welche Abbildungen in die Öffentlichkeit gelangen dürfen.⁷² Dafür ist der Ort, an dem die Bildaufnahme hergestellt wurde, aber völlig irrelevant. Damit spricht sehr viel dafür, dass für diese Differenzierung „sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar sind“⁷³ und damit willkürlich im Sinne des Art 3 Abs. 1 GG ist, was aber an anderer Stelle vertieft werden muss.

V. Fazit

Bei unbefangener Lektüre vermittelt der Text der Vorschrift den Eindruck, es sei eindeutig und mit Händen zu greifen, welche Art der Persönlichkeitsrechtsverletzungen der Gesetzgeber habe unter Strafe stellen wollen. Bereits wenn man die einzelnen Tatbestandsmerkmale genauer betrachtet, wird klar, dass dieser Schein trügt und der Bedeutungsgehalt der einzelnen Begriffe durchaus nicht so scharf umrissen ist, wie das zunächst den Anschein hat. Über die Fälle, die für die Schaffung der Norm den Anlass gegeben haben (Stichwort: Handy-Kamera in der Umkleidekabine) kann die Vorschrift bei entsprechender Auslegung weit hinausreichen. Mag man das noch unter den Grundsatz fassen, dass solche Ungenauigkeiten zunächst noch hingenommen werden müssen, bis sich durch eine Anzahl entschiedener Fälle eine Praxis herausgebildet hat, so wiegt ein Manko der neuen Norm weit schwerer: Der Gesetzgeber hat es verabsäumt, den Charakter der Norm festzulegen. Es bleibt die Frage unbeantwortet, ob sich aus dem Inhalt der Bildaufnahme die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs ergeben muss oder ob man § 201 a Abs. 1 StGB so zu verstehen hat, dass er viel weiter den Angriff auf das Persönlichkeitsrecht durch den Einbruch in die Privatsphäre durch das Herstellen einer Bildaufnahme – an gewissen Orten in gewissen Situationen – ohne Rücksicht darauf, was das Bild letztlich zeigt, erfassen will. Im Ergebnis muss man die Vorschrift so auslegen, dass sie die Herstellung einer ihrem Inhalt nach den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzenden Aufnahme erfasst. Nur so ist es gewährleistet, dass die Grundrechte – und hier insbesondere die Pressefreiheit – nicht über Gebühr eingeschränkt werden.

⁶⁹ Den Umstand, dass diese Einschränkung im Gesetzgebungsverfahren vorgenommen wurde, wird von *Borgmann* (NJW 2004, 2133 und 2135) nicht erwähnt.

⁷⁰ Alle Regelungen des § 201 a StGB stellen, wie auch die sonstigen Regelungen des 15. Abschnitts, Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 StGB dar (*Jung*, in: Nomos Kommentar, Vor § 201, Rn. 7; Speziell zur Verletzung des Briefgeheimnisses [299 StGB a. F.] vgl. bereits RGZ 94, 1, 2).

⁷¹ *Eisele* (o. Fn. 18), JR 2005, Manuskript S. 10.

⁷² *Kühl* spricht davon, hier werde „vertrauensbrechendes Verhalten“ (AfP 2004, S. 190, 195) unter Strafe gestellt. Das ist insoweit missverständlich, als ein besonderes Vertrauensverhältnis, wie es z. B. in anderen Tatbeständen des 15. Abschnitts geschützt ist (§ 203 Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB: Geheimnisverrat durch Ärzte, Rechtsanwälte), nicht vorausgesetzt werden kann.

⁷³ BVerfG, NVwZ 1984, S. 231.

Zur «Einzelfallprüfung» und «geltungszeitlichen Interpretation» im Rahmen des Art. 3 EMRK

(Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

Von Frau Oberassistentin Dr. **Daniela Demko** (LLM), Zürich

I. Einleitung

In einer der „zentralen Garantien“¹ der Europäischen Menschenrechtskonvention, Art. 3 EMRK, heißt es „Niemand darf der Folter oder unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung unterworfen werden“².

Sowohl vom EGMR selbst als auch im Schrifttum wird der *fundamentale* Charakter³ jener Bestimmung, die „eines der wichtigsten Rechtsgüter der demokratischen Gesellschaft“⁴ schützt und eine „stark integrative Wirkung“⁵ besitzt, hervorgehoben. In diesem Sinne stellte der Gerichtshof in wiederholter Weise zu Beginn der sich anschließenden Prüfung des Art. 3 EMRK heraus, dass „Art. 3 einen der *grundlegendsten Werte* der demokratischen Gemeinschaften bildet“⁶ bzw. „einen der *Grundwerte* der demokratischen Gesellschaft schützt. Die Konvention verbietet Folter und unmenschliche oder ernied-

rigende Strafe oder Behandlung *uneingeschränkt*, selbst unter den schwierigsten Bedingungen, wie bei der Bekämpfung des Terrorismus und des organisierten Verbrechens. Art. 3 EMRK lässt *keine Einschränkungen* zu, wodurch sich diese Vorschrift von der Mehrzahl der Garantien in der Konvention und den Protokollen Nrn. 1 und 4 unterscheidet, und Art. 15 II EMRK erlaubt selbst im Falle einer allgemeinen Gefahr, die das Leben der Nation bedroht, *keine Abweichung* von Art. 3 EMRK⁷. Der EGMR betonte in deutlicher Weise die *absolute Natur* des Art. 3 EMRK, indem es etwa im Fall *Öcalan* wiederholt hieß, „die Konvention (verbietet) *absolut* Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung, ungeachtet des Verhaltens des Opfers. Art. 3 sieht *keine Ausnahmegestimmungen* vor, und es ist auch *keine Suspendierung* dieser Bestimmung

¹ M.E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1999, S. 177 Rn. 271.

² Vgl. J. Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK, Baden-Baden 2003 zu den authentischen Fassungen einschließlich der amtlichen Überschriften.

³ Villiger (Fn.1), S. 178 Rn. 272; R. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002, S. 374: „einen der fundamentalen Werte jeder demokratischen Gesellschaft“.

⁴ Meyer-Ladewig (Fn. 2), S. 54 Rn. 1.

⁵ Esser (Fn. 3), S. 374.

⁶ EGMR, *Öcalan v. Türkei*, EuGRZ 2003, 472, 484, § 218; *Soering v. Großbritannien*, EuGRZ 1989, 314, 319, § 88.

⁷ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 59, § 95.

gem. Art. 15 zulässig, auch nicht im Fall eines öffentlichen Notstands, der das Leben der Nation bedroht“⁸.

Zu beachten ist nun, dass jene Betonung der *absoluten Natur* des Art. 3 EMRK die derzeit heftig diskutierte Frage betrifft, ob es nicht doch bestimmte *ausnahmsweise gerechtfertigte* Beschränkungen und Abweichungen vom absoluten Folterverbot gibt⁹. Nicht ist damit jedoch gemeint, dass die in Art. 3 EMRK verwendeten Begriffe der *Folter, unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung* mit einem ein für alle mal festgelegten und unverändert fortbestehenden Bedeutungsgehalt von sozusagen „absoluter und statischer“ Natur versehen sind¹⁰. Betrifft die derzeitige Diskussion um die absolute Natur des Art. 3 EMRK damit die Rechtfertigungsebene¹¹, so bleibt auf vorangehender Stufe zu prüfen, ob Art. 3 EMRK von seinem Anwendungsbereich her überhaupt eingreift und einschlägig ist. Diese „Vorstufe“, auf der zu fragen ist, ob der Schutzbereich des Art. 3 EMRK eröffnet ist und zudem, welche der in Art. 3 EMRK aufgezählten Kategorien eingreift, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Vorgestellt werden einige grundlegende Entscheidungen des EGMR, in denen dieser wichtige Kriterien für die Auslegung der Begriffe „*Folter*“, „*unmenschliche*“ und „*erniedrigende*“ Strafe/Behandlung entwickelt hat. Da es in Anbetracht der Vielzahl der zu Art. 3 EMRK ergangenen Entscheidungen den Rahmen dieser Abhandlung übersteigen würde, die vom EGMR entwickelten Auslegungsmaßstäbe in einer umfassenden und abschließenden Weise darzustellen, beschränken und konzentrieren sich die folgenden Ausführungen dabei auf solche Leitentscheidungen, die zugleich die *Einzelfallprüfung* sowie die *dynamische Interpretationsweise* des EGMR sichtbar machen und daher auch methodologisch lehrreich sind.

II. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der „erniedrigenden“ und „unmenschlichen“ Strafe oder Behandlung sowie der „Folter“

Bei Art. 3 EMRK handelt es sich nicht nur um eine kurz und knapp formulierte Vorschrift, sondern zudem um

⁸ EGMR, *Öcalan v. Türkei*, EuGRZ 2003, 472, 484, § 218.

⁹ Vgl. dazu etwa die differenzierte Darstellung von K. Gaede, Die Fragilität des Folterverbots – Präventiv begründete Ausnahmen vom absoluten Folterverbot zur Herstellung absoluter Sicherheit?, in: M. Camprubi, Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis, Zürich 2004, S. 155 ff.; ebenso G. Jerouschek/R. Kölbl, Folter von Staats wegen?, JZ 2003, 613 ff.

¹⁰ Vgl. auch J.A. Frowein/W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl 1996, S. 40: „nicht statisch, sondern dem jeweils geltenden Standard der europäischen öffentlichen Ordnung entsprechend ausgelegt werden müssen“; zum Wandel der Begriffsverwendung der „Folter“ vgl. etwa Jerouschek/Kölbl, JZ 2003, 613, 614 mit weiteren Nachweisen.

¹¹ Vgl. auch A. Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, S. 44.

eine solche, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthält¹², weshalb im Schrifttum auf die Notwendigkeit einer Klärung dieser hingewiesen¹³ und Art. 3 EMRK zu den „auslegungs- und konkretisierungsbedürftigsten Bestimmungen der gesamten Konvention“¹⁴ gezählt wird. Weder lässt sich dem Wortlaut allein entnehmen, ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 3 EMRK überhaupt betroffen, d.h. dessen Schutzbereich eröffnet ist, noch lässt dieser erkennen, mittels welcher qualitativer und/oder quantitativer Kriterien zwischen *Folter*, *unmenschlicher* Strafe/Behandlung und *erniedrigender* Strafe/Behandlung zu unterscheiden ist¹⁵.

Angesprochen sind damit die verschiedenen, im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK zu berücksichtigenden Schwellen¹⁶ bzw. Stufen, die dem Schutzbereich jener Vorschrift nicht nur einen äußeren Rahmen, sondern auch innere Konturen und Strukturmerkmale vermitteln. Die unterste Stufe lässt sich dabei als sog. Eingriffsschwelle bezeichnen, da diese die Abgrenzung zwischen einer *unmenschlichen* oder *erniedrigenden* Strafe/Behandlung einerseits und solchen Maßnahmen, durch die der Schutzbereich des Art. 3 EMRK von vornherein nicht eröffnet ist, betrifft¹⁷. Innerhalb des eröffneten Schutzbereiches sind die drei Formen bzw. Kategorien verbotener Misshandlungen voneinander abzugrenzen, wobei sich die Unterscheidung zwischen diesen als eine graduelle darstellt¹⁸, von fließenden Übergängen¹⁹ sowie davon gesprochen wird, dass die „von Art. 3 verbotenen Mißhandlungsformen ... nicht unabhängig voneinander zu verstehen (sind), sondern als „konzentrische, sich stets erweiternde Kreise“: Folter ist immer unmenschlich, und eine unmenschliche Behandlung ist immer auch erniedrigend“²⁰.

Wird die *erniedrigende* Strafe/Behandlung als die schwächste Eingriffsform²¹ und die Folter als die schwerste Eingriffsform²² angesehen, so ist weniger klar,

unter welchen genauen Umständen die Schwelle von einer „nur“ unmenschlichen bzw. erniedrigenden Strafe/Behandlung zur *Folter* überschritten ist²³. Betrachtet man die zu Art. 3 EMRK ergangene Rechtsprechung des EGMR, so zeigt sich, dass der Gerichtshof weder die Eingriffsschwelle zur Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 3 EMRK noch die Abgrenzungen innerhalb der von dieser Vorschrift erfassten Verhaltensweisen nach statischen und unabänderlichen Kriterien bestimmt. Vielmehr hebt er sowohl im Rahmen der Prüfung, ob Art. 3 EMRK überhaupt betroffen ist als auch zur Ausfüllung und Konkretisierung der für die drei Misshandlungsformen entwickelten Auslegungskriterien auf die *konkreten Umstände des Einzelfalles* ab²⁴ und betont darüber hinaus die Notwendigkeit einer *dynamischen Auslegung der Konvention*²⁵.

III. Leitentscheidungen des EGMR zu den drei Misshandlungsformen des Art. 3 EMRK

1. Die „erniedrigende“ Strafe oder Behandlung

a. Der Fall Tyrer v. Vereinigtes Königreich

Im Zusammenhang mit der Beurteilung des Vorliegens einer *unmenschlichen* oder *erniedrigenden* Strafe/Behandlung hob der EGMR das erste Mal im Urteil *Tyrer v. Vereinigtes Königreich*²⁶ hervor, dass die Konvention evolutiv und dynamisch zu interpretieren sei.

Jene Entscheidung betraf die gerichtlich angeordnete Prügelstrafe auf der Insel Man und die Frage, ob jene gerichtlich verfügte körperliche Züchtigung als unmenschlich oder „nur“ erniedrigend anzusehen sei. Der damals 15jährige Beschwerdeführer hatte zusammen mit Mitschülern einen Präfekten (Schüler aus höheren Klassen mit beschränkten Disziplinarbefugnissen) überfallen und verletzt. Zur Strafe wurde eine in der Gesetzgebung der Insel Man vorgesehene, gerichtlich angeordnete Prügelstrafe in Form von drei Birkenrutenschlägen auf das entblößte Gesäß verhängt. Vollzogen wurde die Prügelstrafe drei Wochen später in einer Polizeidienststelle von einem Polizeibeamten nach einer vorherigen Untersuchung durch eine hinzugezogene Ärztin und im Beisein des Vaters des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer musste sein Hinterteil entblößen und sich über einen Tisch legen, wobei er während der Schläge von zwei Polizeibeamten festgehalten wurde und ein dritter Beamter die Strafe ausführte. Bei dem ersten Hieb brachen Stücke der Birkenrute ab und der aufgebrachte Vater griff nach dem dritten Schlag einen Polizeibeamten an und musste festgehalten werden. Durch die Hiebe erlitt

¹² Darauf weisen etwa Esser (Fn.3), S. 375 und C. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, S. 160 Rn. 17 hin.

¹³ Vgl. Villiger (Fn.1), S. 179, Rn. 274; Grabenwarter (Fn. 12), S. 160 Rn. 17.

¹⁴ Esser (Fn. 3), S. 375.

¹⁵ Siehe auch Grabenwarter (Fn.12), S. 160 Rn. 17.

¹⁶ Von jenen „zwei Schwellen“ sprechen etwa Villiger (Fn.1), S. 179 Rn. 275; Peters (Fn. 11), S. 44.

¹⁷ In diesem Sinne Villiger (Fn.1), S. 179 Rn. 275; Peters (Fn. 11), S. 44; Grabenwarter (Fn. 12), S. 160 Rn.17.

¹⁸ Vgl. etwa A. Haefliger/F. Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1999, S. 63; Gaede (Fn.9), S. 162; Grabenwarter (Fn. 12), S. 160 Rn. 17: „Stufenverhältnis“.

¹⁹ Vgl. Gaede (Fn.9), S. 161; in diesem Sinne ebenso Grabenwarter (Fn. 12), S. 160 Rn. 17; Haefliger/Schürmann (Fn. 18), S. 63; Frowein/Peukert (Fn. 10), S. 43.

²⁰ R. Alleweldt, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, Berlin 1996, S. 17.

²¹ Haefliger/Schürmann (Fn. 18), S. 63; Grabenwarter (Fn.12), S. 162 Rn. 20.

²² Haefliger/Schürmann (Fn. 18), S. 63; ebenso Grabenwarter (Fn. 12) S. 160 f. Rn. 18; Peters (Fn.11), S. 43; Villiger (Fn.1), S. 180 Rn. 278.

²³ Vgl. den entsprechenden Hinweis von Peters (Fn. 11), S. 44.

²⁴ Dies ebenso herausstellend Gaede (Fn. 9), S. 167; Haefliger/Schürmann (Fn. 18), S. 63 f.

²⁵ Darauf verweist auch Haefliger/Schürmann (Fn.18), S. 50; ebenso Grabenwarter (Fn. 12), S. 161 Rn.18.

²⁶ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162 ff.

der Beschwerdeführer Hautschwellungen und verspürte noch ca. eineinhalb Wochen lang Schmerzen²⁷.

Sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof sahen die am Beschwerdeführer Tyrer vollzogene Prügelstrafe nicht als *Folter* und auch nicht als *unmenschliche* Strafe/Behandlung an und begründeten dies damit, dass „die verursachten Schmerzen einen bestimmten Schweregrad erreichen müssen, ehe eine Strafe als „unmenschlich“ im Sinne des Artikels 3 eingestuft werden kann“²⁸.

Jenen bestimmten Schweregrad für eine *unmenschliche* Behandlung hielten sie im vorliegenden Fall für nicht gegeben, so dass im Folgenden in ausführlicher Weise geprüft wurde, ob eine *erniedrigende* Strafe/Behandlung vorgelegen habe. Insoweit wies der EGMR darauf hin, dass es „absurd (wäre), wollte man die richterliche Bestrafung *generell* aufgrund ihres gewöhnlichen und vielleicht fast unvermeidlichen Elementes der Demütigung als „erniedrigend“ im Sinne des Art. 3 ansehen“²⁹. Vielmehr müsse ein „weiteres Kriterium ... in den Text hineingelesen werden ...“, denn daraus, dass „... Art. 3 ausdrücklich „unmenschliche“ und „erniedrigende“ Bestrafung verbietet, kann geschlossen werden, daß zwischen derartiger Bestrafung und Bestrafung allgemein ein Unterschied besteht“³⁰. Auch für die Kategorie der „erniedrigenden“ Strafe/Behandlung verlangte der EGMR ein *bestimmtes Minimum an Schwere*, was sich aber nicht unbedingt auf die Zufügung von Schmerzen oder physischen Beeinträchtigungen, sondern vielmehr auf den Grad der Demütigung und Herabsetzung bezog. In diesem Sinne hieß es, dass nach Auffassung des Gerichtshofs „die in Frage kommende Demütigung oder Herabsetzung einen bestimmten Grad erreichen (muß), um als „erniedrigende“ Strafe eingestuft zu werden, die gegen Artikel 3 verstößt, und *jedenfalls anders als das gewöhnliche* Element der Demütigung wirken ...“³¹.

Zur Beurteilung, ob nun jener Mindestgrad an Demütigung und Herabsetzung erreicht ist, der für eine Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 3 EMRK in Form der *erniedrigenden* Strafe/Behandlung erforderlich ist, verwies der EGMR sodann zum einen auf die Notwendigkeit einer *Einzelfallprüfung* und zum anderen auf das zu berücksichtigende Kriterium einer *dynamischen Interpretation der Konvention*. So betonte er, dass die Abgrenzung zwischen einer „nur gewöhnlichen“ Demütigung, die noch nicht unter Art. 3 EMRK fällt, und einer über diese hinausgehenden Demütigung, die aufgrund eines bestimmten Mindestmasses an Schwere den Schutzbereich des Art. 3 EMRK eröffnet, „*naturgemäß relativ*

(ist): *alles hängt von den Umständen des Einzelfalles ab* und insbesondere von der Art und dem Zusammenhang der Strafe, wie auch der Art und Weise ihrer Durchführung“³². Ausdrücklich hieß es sodann, dass der „Gerichtshof ... auch darauf hinweisen (muß), daß die *Konvention ein lebendiges Instrument ist, das im Lichte der heutigen Verhältnisse zu interpretieren ist*. Im vorliegenden Fall kann sich der Gerichtshof nicht den Entwicklungen und allgemein akzeptierten Maßstäben der Strafvollstreckungspolitik der Mitgliedstaaten des Europarates in diesem Bereich entziehen“³³.

Für die Beurteilung, ob die am Beschwerdeführer vollzogene Prügelstrafe als *erniedrigend* im Sinne des Art. 3 EMRK anzusehen ist, untersuchte der EGMR sodann eine Vielzahl von einzelnen Faktoren, die er in ihrer Gesamtheit würdigte. Neben dem Hinweis auf den *zeitlichen* Umstand, wonach die Prügelstrafe mehrere (drei) Wochen nach der Verurteilung des Beschwerdeführers vollzogen wurde und dieser daher *zusätzlich* zu dem erlittenen physischen Schmerz auch noch einer *psychischen Angst* vor der zu erwartenden Gewaltanwendung ausgesetzt war³⁴, zog der EGMR das Kriterium der *öffentlichen* Ausführung der Strafe in seine Überlegungen ein. Danach „*kann ...*“ die *Öffentlichkeit* „... ein relevanter Faktor dafür sein, ob eine Bestrafung als „erniedrigend“ im Sinne des Art. 3 anzusehen ist“³⁵. Zugleich betonte der Gerichtshof aber, dass „*aus der Nichtöffentlichkeit keineswegs notwendig geschlossen werden (kann), daß eine bestimmte Bestrafung nicht in diese Kategorie eingeordnet werden kann: es mag durchaus ausreichen, daß das Opfer in seinen eigenen Augen, wenn auch nicht in denen anderer, erniedrigt wird*“³⁶.

In besonderer Weise hob der EGMR den Gesichtspunkt heraus, dass es sich im vorliegenden Falle um eine „*institutionalisierte Gewalt*“³⁷ gehandelt habe, durch die der Beschwerdeführer „zum *Objekt* in der Gewalt der Behörden wurde“³⁸ und die daher „einen Angriff auf genau *einen der wichtigsten Zwecke* des Artikel 3 dar(stellte), nämlich die *Würde und physische Integrität der Person zu schützen*“³⁹. Zudem seien zum einen auch „*negative psychologische Auswirkungen*“⁴⁰ der Prügelstrafe nicht auszuschließen und zum anderen werde der „*institutionelle Charakter* dieser Gewaltanwendung ... *noch ver-*

²⁷ Zur Sachverhaltsdarstellung vgl. EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 162, 163; EKMR, EuGRZ 1977, 486, 487.

²⁸ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164 § 29; vgl. auch EKMR, EuGRZ 1977, 486, 488 §§ 30 ff.

²⁹ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 30.

³⁰ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 30.

³¹ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 30.

³² EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 30.

³³ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 31.

³⁴ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 165, § 33.

³⁵ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 32.

³⁶ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 32.

³⁷ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 33.

³⁸ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 165, § 33.

³⁹ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 165, § 33.

⁴⁰ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 165, § 33.

stärkt durch die mit der Bestrafung verbundene Aura des offiziellen Verfahrens und durch die Tatsache, daß die Vollzugspersonen dem Täter völlig unbekannt waren⁴¹.

In Ansehung jener gesamten Umstände gelangte der Gerichtshof zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer einer Bestrafung ausgesetzt wurde, „bei der das Element der Demütigung den in dem Begriff „erniedrigende Strafe“ innewohnenden Schweregrad erreichte“⁴² und Art. 3 EMRK folglich verletzt war. In diesem Zusammenhang wies er darauf hin, dass die „Schmach, daß die Strafe auf dem entblößten Gesäß ausgeführt wurde, ... den erniedrigenden Charakter der Bestrafung ... noch etwas (erhöhte), ... aber nicht der einzige oder ausschlaggebende Faktor (war)“⁴³.

b. Der Fall Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich

Zu einem anderen Ergebnis kam der EGMR im Fall Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich⁴⁴, der zwar auch eine körperliche Züchtigung betraf, die jedoch nicht gerichtlich verhängt, sondern vielmehr als *Disziplinar-massnahme in einer (privaten) Schule* verhängt worden war.

Der Beschwerdeführer, ein damals siebenjähriger Schüler einer privaten Internatsschule hatte sich mehrfachen Redens auf dem Gang und ein einmaliges zu spätes Zubettgehens zu schulden kommen lassen und erhielt für jeden dieser Verstöße einen sog. „Schlechtpunkt“. Nach dem Erhalt des fünften Schlechtpunktes verhängte der Direktor der Schule nach vorgängiger dreimaliger Ermahnung die in der Disziplinarordnung für diesen Fall vorgesehene Sanktion des sog. „Slippering“, die aus drei Schlägen mit einem gummibesohlenen Turnschuh auf das mit einer Hose bedeckte Gesäß bestand. Drei Tage später vollzog der Direktor diese körperliche Züchtigungsstrafe, wobei keine anderen Personen anwesend waren.

Unter Hinweis auf das Urteil Tyrer v. Vereinigtes Königreich wiederholte der Gerichtshof, dass eine körperliche Züchtigung mit der *Würde eines Menschen* oder mit seiner *physischen Integrität*, wie diese durch Art. 3 EMRK geschützt werde, „unvereinbar sein kann“⁴⁵. Um eine Strafe als „erniedrigend“ im Sinne des Art. 3 EMRK ansehen zu können, müsse jedoch „die Erniedrigung oder Entwürdigung einen bestimmten Grad an Schwere erreichen und sie muß sich jedenfalls von dem

üblichen Element der Erniedrigung unterscheiden, das in jeder Bestrafung enthalten ist“⁴⁶.

Erneut stellte der EGMR heraus, dass die „Beurteilung dieses *Mindestmaßes an Schwere (minimum level of severity)* ... von allen Umständen des Falles ab(hängt). Faktoren wie Natur und Kontext der Bestrafung, Art und Methode ihrer Vollstreckung, ihre Dauer, ihre physischen und geistigen Auswirkungen und in einigen Fällen Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand des Opfers müssen dabei in Erwägung gezogen werden“⁴⁷.

Nach Ansicht des EGMR konnten die Umstände der Bestrafung des Beschwerdeführers nun von denen der Bestrafung im Falle Tyrer unterschieden werden: Wieder stellte er dabei auf verschiedene Kriterien ab, wie das Alter des Beschwerdeführers, die Abwesenheit weiterer Personen bei der Vollstreckung der Strafe und die Art der körperlichen Züchtigung in Gestalt von drei Schlägen mit einem gummibesohlenen Turnschuh auf das nicht entblößte Gesäß⁴⁸. Jene Umstände hielt er im vorliegenden Fall jedoch nicht für ausreichend, um eine „erniedrigende Strafe/Behandlung“ annehmen zu können, da durch diese die Mindestschwelle der für Art. 3 EMRK erforderlichen Demütigung und Erniedrigung nicht erreicht sei. Nur kurz wies der EGMR dabei darauf hin, dass er zum Ergebnis einer Nichtverletzung des Art. 3 EMRK gekommen sei, *obwohl* er „gewisse Zweifel hinsichtlich der *Automatik der Strafe* und hinsichtlich der dreitägigen *Frist vor ihrer Vollziehung*“⁴⁹ gehabt habe.

Gerade letztere Zweifel des Gerichtshofs lassen die unterschiedliche Bewertung der körperlichen Züchtigungen in den Fällen Tyrer v. Vereinigtes Königreich und Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich nun durchaus als bedenklich erscheinen, ist doch auch der disziplinarrechtlichen Schulstrafe im Falle Costello-Roberts ein offizieller und institutionalisierter Charakter eigen. Auch in dem dem EGMR insoweit nicht zustimmenden Sondervotum der Richter Ryssdal, Thor Vilhjalmsson, Matscher und Wildhaber wird die Bejahung einer „erniedrigenden“ Strafe gerade mit dem *Zeitmoment* und der *automatischen Art der Bestrafung* begründet: So heißt es, dass im vorliegenden Fall „der *rituelle* Charakter der körperlichen Züchtigung auf(fällt). *Nach einer Frist von 3 Tagen* schlug ... der Schuldirektor einen einsamen und unsicheren siebenjährigen Knaben. *Ein Klaps auf der Stelle wäre vielleicht zulässig gewesen*, aber unserer Meinung nach war die *offizielle und formalisierte Art* der zugemessenen Strafe ohne angemessene Zustimmung der Mutter für den Bf erniedrigend und verletzte Art. 3“⁵⁰. Zudem wurde auf

⁴¹ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 165, § 33.

⁴² EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 165, § 35.

⁴³ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 165, § 35.

⁴⁴ EGMR, Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich, ÖJZ 1993, 707 ff.

⁴⁵ EGMR, Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich, ÖJZ 1993, 707, 708, § 29.

⁴⁶ EGMR, Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich, ÖJZ 1993, 707, 708.

⁴⁷ EGMR, Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich, ÖJZ 1993, 707, 708.

⁴⁸ EGMR, Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich, ÖJZ 1993, 707, 708.

⁴⁹ EGMR, Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich, ÖJZ 1993, 707, 709, § 32.

⁵⁰ Sondervotum der Richter Ryssdal, Thor Vilhjalmsson, Matscher und Wildhaber, ÖJZ 1993, 709, 709 f.

die „*Entwicklungen in ganz Europa*“⁵¹ hingewiesen, wonach diese Bestrafungsart bei Schülern in staatlichen Schulen und in bestimmten Privatschulen als ungesetzlich erklärt wurde: „Geht man davon aus, daß eine solche Bestrafung *anderswo fortschreitend* als gesetzwidrig erklärt wurde, so muß es für die Schüler, die in Privatschulen verbleiben, umso erniedrigender erscheinen, wenn deren disziplinäres Regime weiterhin auf der Bestrafung ihrer Schüler in dieser Weise beharrt“⁵². Die Richter hoben damit in ihrem abweichenden Sondervotum auf den Gesichtspunkt der *fortschreitenden Entwicklungen* und *europaweit allgemein anerkannten Standards* ab, wie ihn der EGMR im Falle Tyrer formuliert und in späteren Entscheidungen wiederholt bestätigt hatte⁵³.

2. Die „unmenschliche“ Strafe oder Behandlung

Dass sich der Bedeutungsgehalt der unbestimmten Rechtsbegriffe des Art. 3 EMRK nicht nach statisch festgelegten und unverändert fortbestehenden Kriterien unter Außerachtlassung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles bestimmt, sondern vielmehr zur Konkretisierung der Auslegung die jeweils vorliegenden Einzelfallumstände zu berücksichtigen sind⁵⁴, verdeutlichte die Rechtsprechung des EGMR auch bei der Kategorie der „unmenschlichen Strafe/Behandlung“. Aufgezeigt werden soll dies im folgenden anhand der Fälle *Tomasi v. Frankreich* und *Ribitsch v. Österreich*, in denen der EGMR die von ihm in den Fällen Tyrer und Costello-Roberts entwickelten Beurteilungskriterien zwar aufgegriffen hatte, von diesen sodann jedoch aufgrund der besonderen, die Fälle Tomasi und Ribitsch charakterisierenden Einzelfallumstände teilweise wieder abgewichen ist.

In den Fällen *Tomasi v. Frankreich*⁵⁵ und *Ribitsch v. Österreich*⁵⁶ ging es um die Anwendung von physischer Gewalt gegenüber dem festgenommenen Beschuldigten, also gegenüber einer Person, denen die Freiheit entzogen worden war⁵⁷.

a. Der Fall Tomasi v. Frankreich

In den Fällen Tyrer und Costello-Roberts hatte der EGMR herausgestellt, dass die Annahme einer „unmenschlichen Strafe/Behandlung“ i.S. des Art. 3 EMRK

verlangt, dass „die verursachten Schmerzen einen bestimmten Schweregrad erreichen müssen“⁵⁸.

Auch im Fall *Tomasi v. Frankreich* warf der EGMR nun für die Beurteilung, ob es sich bei den dem Beschwerdeführer während der Polizeihaft zugefügten Verletzungen um eine „unmenschliche Behandlung“ gehandelt habe, jene Frage „nach dem allfälligen Schweregrad der behaupteten Mißhandlungen“⁵⁹ auf. Während die Kommission und der EGMR im Ergebnis eine „unmenschliche Behandlung“ annahmen, war die Regierung der Ansicht, dass der vom EGMR – in den Urteilen *Irland v. Vereinigtes Königreich*⁶⁰ und *Tyrer v. Vereinigtes Königreich* – „verlangte „*Mindestgrad an Schwere*“ (minimum de gravité) nicht erreicht“⁶¹ sei. Sie begründete dies damit, dass man „nicht nur die Geringfügigkeit der Verletzungen beachten (müsse), sondern auch andere Umstände des Falles: Jugend und guter Gesundheitszustand Herrn Tomasis, mäßige Dauer der Verhöre ..., „besondere Umstände“ Korsikas zu diesem Zeitpunkt, den Verdacht der Teilnahme an einem terroristischen Anschlag ...“⁶².

Die Kommission legte den Schwerpunkt ihrer Begründung für die von ihr bejahte „unmenschliche“ Behandlung darauf, dass es sich um eine „Verletzlichkeit einer Person in Polizeihaft“⁶³ gehandelt habe. Wenn die erfolgten Verletzungen auch verhältnismäßig leicht erscheinen könnten, so stellten diese doch „Auswirkungen des Gebrauchs physischer Gewalt gegenüber einer in Haft befindlichen Person dar, die sich daher in einem Zustand der Unterlegenheit befindet; eine solche Behandlung sei sowohl unmenschlich als auch erniedrigend“⁶⁴. Mit jenen Ausführungen stellte die Kommission bereits im Fall *Tomasi v. Frankreich* auf ein Beurteilungskriterium ab, welches zwar vom EGMR im Fall *Tomasi v. Frankreich* in dieser Klarheit noch nicht betont, jedoch später im Fall *Ribitsch v. Österreich* auch von ihm aufgegriffen wurde.

Der EGMR führte zur Begründung der seiner Ansicht nach vorliegenden „unmenschlichen“ Behandlung an, dass er „es weder für nötig (hält), das System und die Umstände der Polizeihaft in Frankreich zu prüfen, noch die Dauer und Häufigkeit der Verhöre des Bf.“⁶⁵. Vielmehr *genüge es* „festzustellen, daß die ärztlichen Zeugnisse und Berichte, die in voller Unabhängigkeit von praktizierenden Ärzten erstellt worden sind, die *Intensität und Vielzahl* der Herrn Tomasi zugefügten Schläge be-

⁵¹ Sondervotum der Richter Ryssdal, Thor Vilhjalmsen, Matscher und Wildhaber, ÖJZ 1993, 709, 710.

⁵² Sondervotum der Richter Ryssdal, Thor Vilhjalmsen, Matscher und Wildhaber, ÖJZ 1993, 709, 710.

⁵³ Vgl. etwa *Soering v. Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 1989, 314, 321, § 102; *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 60, § 101.

⁵⁴ Darauf ebenfalls hinweisend Gaede (Fn. 9), S. 167.

⁵⁵ EGMR, *Tomasi v. Frankreich*, EuGRZ 1994, 101 ff.

⁵⁶ EGMR, *Ribitsch v. Österreich*, EuGRZ 1996, 504 ff.

⁵⁷ Nicht eingegangen wird hier auf die ebenso interessante Frage der Beweislastverteilung bei der Rüge behördlicher Übergriffe.

⁵⁸ EGMR, *EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 1979, 162, 164, § 29; EGMR, *Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich*, ÖJZ 1993, 707, 708.

⁵⁹ EGMR, *Tomasi v. Frankreich*, EuGRZ 1994, 101, 104 § 107.

⁶⁰ EGMR, *Irland v. Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 1979, 149, 153, § 167.

⁶¹ EGMR, *Tomasi v. Frankreich*, EuGRZ 1994, 101, 104, § 114.

⁶² EGMR, *Tomasi v. Frankreich*, EuGRZ 1994, 101, 104, § 114.

⁶³ EGMR, *Tomasi v. Frankreich*, EuGRZ 1994, 101, 104, § 113.

⁶⁴ EGMR, *Tomasi v. Frankreich*, EuGRZ 1994, 101, 104, § 113.

⁶⁵ EGMR, *Tomasi v. Frankreich*, EuGRZ 1994, 101, 104, § 115.

weisen; *dies sind zwei Umstände, die schwerwiegend genug sind, um diese Behandlung als unmenschlich und erniedrigend zu qualifizieren*⁶⁶. Im übrigen führt er an, dass die „Notwendigkeiten der Voruntersuchung und die unbestreitbaren Schwierigkeiten bei der Bekämpfung der Kriminalität insbesondere auf dem Gebiet des Terrorismus ... nicht zur Einschränkung des Schutzes der physischen Integrität der Person führen“⁶⁷ dürfen.

Entscheidend für die Annahme einer „unmenschlichen“ und „erniedrigenden“ Behandlung war für den EGMR daher *nicht bereits schon allein* der Umstand, dass es sich um eine *physische Gewalt gerade gegenüber einer inhaftierten oder festgenommenen Person* handelte. Vielmehr stellte er mit Blick auf das Kriterium des mindestens erforderlichen Schweregrades der Misshandlung auf die *Intensität und die Vielzahl* der dem Beschwerdeführer zugefügten Schläge ab.

Besonders hingewiesen wird auf diese - frühere - Begründungsweise des EGMR im Fall Tomasi v. Frankreich deshalb, weil er sich von dieser im späteren Urteil Ribitsch v. Österreich löste und dort gerade dem *speziellen Einzelfallumstand* besonderes Gewicht einräumte, dass es sich um die *körperliche* Misshandlungen von Personen handelte, *denen die Freiheit entzogen worden war*.

Wie schon die Kommission, so stellte auch der Richter de Meyer in seinem Sondervotum zum Fall Tomasi v. Frankreich gerade den Gesichtspunkt als ausschlaggebend heraus, dass es sich um Gewalt *gegenüber einer inhaftierten Person* gehandelt habe. Seiner Ansicht nach wäre es bedauerlich, wenn die Urteilsabwägungen des EGMR „den Eindruck bestehen lassen würden, daß das Schlagen eines in Polizeihaft befindlichen Verdächtigen nur verboten ist, wenn es einen gewissen „Mindestschweregrad“ überschreitet“⁶⁸. Vielmehr sei „(G)egenüber einer *in Haft befindlichen Person* ... *jede Anwendung physischer Gewalt*, die *nicht* wegen ihres eigenen Verhaltens *unbedingt notwendig* ist, ein *Anschlag auf die Menschenwürde* und muß daher als eine Verletzung von Art. 3 der Konvention angesehen werden“⁶⁹. In Bezug auf die Abgrenzung von „*unmenschlicher*“ Strafe/Behandlung und *Folter* hieß es, dass der „*Schweregrad der Mißhandlung* ... darüber hinaus relevant (ist), um gegebenenfalls festzustellen, ob *Folter* vorliegt“⁷⁰.

b. Der Fall Ribitsch v. Österreich

⁶⁶ EGMR, Tomasi v. Frankreich, EuGRZ 1994, 101, 104, § 115.

⁶⁷ EGMR, Tomasi v. Frankreich, EuGRZ 1994, 101, 104, § 115.

⁶⁸ Sondervotum des Richters de Meyer im Fall Tomasi v. Frankreich, EuGRZ 1994, 106, 106.

⁶⁹ Sondervotum des Richters de Meyer im Fall Tomasi v. Frankreich, EuGRZ 1994, 106, 106.

⁷⁰ Sondervotum des Richters de Meyer im Fall Tomasi v. Frankreich, EuGRZ 1994, 106, 106.

Mit dem Fall Ribitsch v. Österreich übernahm der EGMR nun das im Fall Tomasi v. Frankreich bereits von der Kommission hervorgehobene und von Richter de Meyer klar formulierte Beurteilungskriterium einer *physischen* Gewaltanwendung gerade *gegenüber einer ihrer Freiheit beraubten Person*.

Auch hier griff die Kommission zur Begründung, dass es sich bei der körperlichen Gewalt gegenüber dem Beschwerdeführer um eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung gehandelt habe, auf den Gesichtspunkt „*der besonderen Verwundbarkeit* des Bf. im rechtswidrig durchgeführten *Polizeigewahrsam*“⁷¹ zurück.

In Abweichung zum Urteil Tomasi v. Frankreich zog sodann aber auch der EGMR jenen *besonderen Einzelfallumstand*, wonach es sich um *physische* Gewalt gerade gegenüber einer *ihrer Freiheit beraubten Person* gehandelt habe, in seine Überlegungen zur Beurteilung des Vorliegens einer „unmenschlichen“ Strafe/Behandlung ein. In kurzen, aber klaren Worten hieß es insoweit, dass der „Gerichtshof betont, daß *jede körperliche* Gewaltanwendung *gegen eine ihrer Freiheit beraubten Person* diese *in ihrer Menschenwürde beeinträchtigt* und prinzipiell eine Verletzung der in Art. 3 EMRK garantierten Rechte darstellt, wenn die Gewaltanwendung *nicht* im Hinblick auf das eigene Verhalten des Opfers *unbedingt notwendig* gewesen ist“⁷². Zudem wiederholte er seine entsprechenden Ausführungen aus Tomasi v. Frankreich, wonach „die Erfordernisse eines Ermittlungsverfahrens und die unzweifelhaften Schwierigkeiten bei der Verbrechensbekämpfung eine Beschränkung des Schutzes der körperlichen Integrität des einzelnen nicht rechtfertigen können“⁷³.

In der Literatur heißt es insofern, dass der EGMR mit dem Urteil Ribitsch v. Österreich „einen Grundsatz aufgestellt hat, dessen Tragweite und Bedeutung für den europäischen Menschenrechtsschutz gar nicht überschätzt werden kann“⁷⁴. Dem ist insoweit zuzustimmen, als der EGMR Personen, denen ihre *Freiheit entzogen* wurde und die sich daher ohnehin bereits in einer *unterlegenen* Position befinden, einen erhöhten Schutz vor *jeglicher körperlichen* Gewalt, welche nicht erforderlich ist, einräumt, d.h. unabhängig von den Auswirkungen und Folgen der Gewaltanwendung⁷⁵. Einschränkend sei jedoch kritisch darauf hingewiesen, dass es im Sinne einer *tatsächlich umfassenden* Gewährleistung eines europäischen Menschenrechtsschutzes erforderlich ist, Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, nicht nur vor jeglicher, nicht erforderlicher physischen Gewaltanwendung, sondern auch vor jeder *psychischen* Misshandlung zu schützen.

⁷¹ EGMR, Ribitsch v. Österreich, EuGRZ 1996, 504, 512, § 36.

⁷² EGMR, Ribitsch v. Österreich, EuGRZ 1996, 504, 512, § 38.

⁷³ EGMR, Ribitsch v. Österreich, EuGRZ 1996, 504, 512, § 38.

⁷⁴ Esser (Fn. 3), S. 389.

⁷⁵ Vgl. auch Esser (Fn. 3), S. 392: sanktioniert werde „bereits das mit einer Gewaltanwendung verbundene Handlungsunrecht“.

3. Die Abgrenzung der „erniedrigenden und unmenschlichen Strafe/Behandlung“ von der „Folter“

a. Der Fall Irland v. Vereinigtes Königreich

Ein wichtiger Leitfall, in dem der EGMR die Abgrenzung der „erniedrigenden und unmenschlichen Strafe/Behandlung“ von der „Folter“ zu beurteilen hatte, stellt die Staatenbeschwerde der Republik Irland gegen das Vereinigte Königreich⁷⁶ dar. Vor dem Hintergrund der Unruhen und erbitterten sowie blutigen Kämpfe in Nordirland war Gegenstand des Verfahrens u.a. die Behandlung festgenommener, inhaftierter und internierter Personen durch britische Sicherheitsbeamte, die Informationen über Organisation und Aktivitäten politischer Kampfgruppen von den verhafteten Personen zu erlangen versuchten. In diesem Zusammenhang wurde vom EGMR die Anwendung gewisser Vernehmungstechniken, insbesondere die der sog. «fünf Vernehmungstechniken» untersucht. Nach letzteren mussten die verhafteten Personen über Stunden hinweg in einer unangenehmen Anspannungshaltung („stress position“) aufrecht gegen eine Wand stehen; ihnen wurde eine Kapuze über den Kopf gezogen, die, jedenfalls ursprünglich, ausschließlich während der Vernehmungen abgenommen wurde; vor den Vernehmungen wurden sie in einem Raum gehalten, in dem ununterbrochen ein lautes pfeifendes Geräusch herrschte; man entzog ihnen vor den Vernehmungen den Schlaf und zudem wurden während des Lageraufenthalts und vor den Vernehmungen die Nahrungsrationen (Essen und Trinken) herabgesetzt⁷⁷. Neben diesen als „Techniken der „Desorientierung“ („disorientation“) und der „Sinnesberaubung“ („sensory deprivation“)⁷⁸ bezeichneten «fünf Vernehmungstechniken» wurden die verhafteten Personen in anderen Fällen verschiedentlich schweren Schlägen, Fußtritten, anderen physischen Misshandlungen und massiven Gewaltanwendungen ausgesetzt, was zum Teil erhebliche Körperverletzungen sowie Schmerzen zur Folge hatte⁷⁹.

Während die Kommission diese Behandlung und insbesondere den kombinierten Gebrauch der „fünf Techniken“ als eine Praxis der unmenschlichen Behandlung und der Folter qualifizierte⁸⁰, lehnte der EGMR die Qualifizierung jener Behandlung als „Folter“ ab. Er stellte voran, dass „eine Mißhandlung ein *Mindestmaß an Schwere* erreichen (muß), um von Art. 3 erfaßt zu werden. Die

⁷⁶ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149 ff.

⁷⁷ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 150 f.

⁷⁸ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 151.

⁷⁹ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 151.

⁸⁰ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 151, 153; vgl. auch EuGRZ 1976, 372; zur Argumentation der Kommission, insbesondere zu dem Gesichtspunkt, dass der Wille des Opfers gebrochen oder ausgeschaltet wird, vgl. EKMR, Bericht vom 25.1.1976, Nr. 5310/71, Yearbook 19 (1976), 512, 784 ff.

*Beurteilung dieses Mindestmaßes ist, der Natur der Dinge nach, relativ; es ist abhängig von sämtlichen Umständen des Einzelfalles, wie der Dauer der Behandlung, ihren physischen und psychischen Folgen sowie, in einigen Fällen, vom Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand des Opfers, etc.*⁸¹

Zur Begründung des Vorliegens einer „unmenschlichen“ Behandlung führte der EGMR an, dass die „fünf Techniken ... in kombinierter Weise, mit Vorbedacht und über Stunden hinweg angewandt (wurden); sie hatten, wenn nicht tatsächlich Körperverletzungen, so doch *wenigstens intensives physisches und psychisches Leiden* der ihnen unterworfenen Personen zur Folge und führten ebenfalls zu *akuten psychiatrischen Störungen* während der Vernehmungen“⁸². Außerdem sah der EGMR diese Techniken als „erniedrigend“ an, „da sie beschaffen waren, in ihren Opfern *Gefühle der Furcht, der Angst und der Minderwertigkeit* hervorzurufen, geeignet, sie zu *erniedrigen, zu entwürdigen und möglicherweise ihren physischen oder moralischen Widerstand zu brechen*“⁸³.

Hinsichtlich der hier zwischen Kommission und EGMR umstrittenen Frage, ob die „fünf Vernehmungstechniken“ zudem als „Folter“ zu qualifizieren sind, zog der EGMR „die Unterscheidung zwischen diesem Begriff und dem der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, wie in Art. 3 niedergelegt, in Betracht“⁸⁴.

Das maßgebende Abgrenzungskriterium zur Unterscheidung zwischen erniedrigender und unmenschlicher Strafe/Behandlung einerseits und Folter andererseits sah der EGMR dabei „*vornehmlich in der unterschiedlichen Intensität des zugefügten Leidens* begründet“⁸⁵. Unter Heranziehung des vom EGMR für den Folterbegriff als entscheidend angesehenen Kriteriums einer *besonderen bzw. gesteigerten Intensität des zugefügten Leidens*, wies er auf das „*besondere(n) Stigma*“⁸⁶ hin, mit dem die Konvention – aufgrund ihrer Unterscheidung zwischen Folter einerseits und erniedrigender und unmenschlicher Strafe/Behandlung andererseits – den Folterbegriff scheinbar versehen wollte. Seiner Ansicht nach sei daher eine „*vorbedachte unmenschliche Behandlung, die sehr ernstes und grausames Leiden hervorruft*“⁸⁷ als Folter zu qualifizieren. Unterstützend wies er auf die Definition der Folter durch die Erklärungen der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 9. Dezember 1975⁸⁸ hin, wo

⁸¹ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 153, § 162.

⁸² EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 153, § 167.

⁸³ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 153, § 167.

⁸⁴ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 153, § 167.

⁸⁵ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 153, § 167.

⁸⁶ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 153, § 167.

⁸⁷ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 153, § 167.

⁸⁸ Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen über den Schutz aller Personen vor Folter und anderer grausam-

es heißt, die „Folter stellt eine *verschärfte* und *vorbedachte Form* einer grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe dar“⁸⁹.

Dass der EGMR von einem *graduellen* Unterschied⁹⁰ zwischen Folter und unmenschlicher Strafe/Behandlung ausging und dabei das Kriterium der *besonderen Intensität des zugefügten Leidens* als für den Folterbegriff maßgebend erachtete, zeigte sich deutlich zudem in der sich anschließenden Begründungserwägung, in welcher der Gerichtshof zwar auf andere möglicherweise in Betracht fallende Beurteilungskriterien hinwies, diese jedoch nicht für ausreichend hielt, um die Behandlung der verhafteten Personen als „Folter“ zu qualifizieren. Danach hieß es: „*Obgleich* die fünf Techniken, wie sie in kombinierter Weise angewandt wurden, zweifelsohne eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung bedeuteten, *obgleich* es ihr Ziel war, *Geständnisse, die Preisgabe anderer Personen und/oder von Informationen abzunötigen*, und *obgleich* sie *systematisch* eingesetzt wurden, verursachten sie *kein Leiden jener besonderen Intensität und Grausamkeit*, wie durch das Wort „Folter“ *im so verstandenen Sinne* angedeutet“⁹¹.

Es sei insofern darauf hingewiesen, dass die Frage nach einem geeigneten Abgrenzungskriterium zwischen *Folter* einerseits und *erniedrigender und unmenschlicher Strafe/Behandlung* andererseits bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum endgültig oder gar eindeutig geklärt ist⁹².

Deutlich wird dies auch durch die dem Urteil beigefügten persönlichen Meinungen der beteiligten Richter, die sich zur Abgrenzung der *Folter* von der *erniedrigenden und unmenschlichen Strafe/Behandlung* in ganz unterschiedlicher Weise äußerten:

So führte etwa Richter M. Zekia aus, dass der Gerichtshof „diejenigen Fälle als Maßnahmen der Folter im Sinne von Art. 3 (habe) ansehen sollen, die von der Kommission als solche festgestellt und von beiden Parteien nicht bestritten worden seien. Es sei *neben einem objektiven*

mer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 9. Dezember 1975, Abdruck bei Djonovich, United Nations Resolutions, Series I, Vol. XV (1974-1976), S. 531.

⁸⁹ Vgl. Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 154.

⁹⁰ In diesem Sinne auch Frowein/Peukert (Fn. 10), S. 43; G. Manske, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, Zu einem zentralen Begriff der internationalen Strafgerichtsbarkeit, Berlin 2003, S. 147.

⁹¹ EGMR, Irland v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 149, 154, § 167; vgl. auch § 174.

⁹² Darauf weist auch zutreffend Manske (Fn. 90) hin, vgl. S. 147, 148; vgl. zur Diskussion im Schrifttum etwa Alleweldt (Fn. 20), S. 18 ff.; J. A. Frowein, Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Strafe nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: F. Matscher (ed.), Folterverbot sowie Religions- und Gewissensfreiheit im Rechtsvergleich, Kehl 1990, S. 69 ff.; M. Raess, Der Schutz vor Folter im Völkerrecht, Zürich 1989, S. 43 ff.; P. Saladin, Begriff der Folter, in: A. Riklin (Hg.), Konventionen, 1979, S. 131 ff.

auch von einem subjektiven Begriff der Folter auszugehen, der neben der Natur der angewandten Maßnahmen auch Umstände wie Alter, Gesundheitszustand, Belastungsfähigkeit, etc. der Betroffenen berücksichtige“⁹³.

Zu einem gänzlich anderem Ergebnis kam Richter Sir Gerald Fitzmaurice, welcher nicht nur die Folter, sondern auch die unmenschliche und erniedrigende Behandlung für nicht gegeben hielt: Im Zusammenhang mit der Begründung seiner Ansicht, „weshalb er im Gebrauch der fünf Techniken im August und Oktober 1971 keine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung habe sehen können“⁹⁴, führte er aus, dass die „Schwierigkeit der Interpretation von Art. 3 ... in dem absoluten, nicht differenzierenden Wortlaut der Bestimmung (liege), weswegen die Bewertung der Begriffe „Folter“, „unmenschliche oder erniedrigende Behandlung“ notwendigerweise subjektiv sei“⁹⁵. Zur „unmenschlichen Behandlung“ hieß es, eine solche „liege jedoch objektiverweise dann vor, wenn sie „barbarisch“, „wild“, „brutal“ oder „grausam“ sei. Weniger einschneidende Behandlungsweisen seien von Art. 3 nicht erfaßt. Insofern sei diese Bestimmung zwar unzulänglich, eine Abhilfe sei jedoch nur durch eine Konventionsrevision zu erreichen“⁹⁶. Zur „erniedrigenden Behandlung“ führte er zudem an, dass die „Erniedrigung nicht in der Wirkung (liege), sondern in der Art der Behandlung. Die insoweit erforderliche Intensität habe hier nicht vorgelegen“⁹⁷.

Hinsichtlich der Abgrenzung zum *Folterbegriff* stellte Richter Fitzmaurice im Gegensatz zum EGMR des Weiteren nicht auf einen nur graduellen Unterschied zwischen unmenschlicher Strafe/Behandlung und Folter ab. Vielmehr führte er aus, dass Maßnahmen der Folter „insbesondere deshalb nicht vorgelegen (hätten), weil *die Folter schon ihrer Art nach* – und *nicht nur*, wie der Gerichtshof sagt, *der Intensität nach* – von Fällen „unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung“ abzugrenzen sei“⁹⁸. Nach jener Begründung schien Richter Fitzmaurice die Folter nicht als einen „Unterfall“ der unmenschlichen Strafe/Behandlung ansehen zu wollen, sondern vielmehr als eine Misshandlungsform ganz eigenständiger Art, ohne sich jedoch näher dazu zu äußern, in welcher Weise und mittels welcher Kriterien die „Art“ der Folter von der der „erniedrigenden und unmenschlichen Strafe/Behandlung“ zu unterscheiden ist.

In wieder anderer Weise äußerte sich Richter D. Evrigenis zum Folterbegriff, wonach die „Merkmale „unmenschliche und erniedrigende Behandlung“ neben dem

⁹³ Persönliche Meinung des Richters M. Zekia, EuGRZ 1979, 161 mit weiteren Ausführungen.

⁹⁴ Persönliche Meinung des Richters Sir Gerald Fitzmaurice, EuGRZ 1979, 162 mit weiteren Ausführungen.

⁹⁵ Persönliche Meinung des Richters Sir Gerald Fitzmaurice, EuGRZ 1979, 162.

⁹⁶ Persönliche Meinung des Richters Sir Gerald Fitzmaurice, EuGRZ 1979, 162.

⁹⁷ Persönliche Meinung des Richters Sir Gerald Fitzmaurice, EuGRZ 1979, 162.

⁹⁸ Persönliche Meinung des Richters Sir Gerald Fitzmaurice, EuGRZ 1979, 162.

der Folter in Art. 3 ... nicht so interpretiert werden (dürften), daß das traditionelle Verständnis der Folter eingeengt werde; sie seien in der Konvention verankert, um auch weniger drastische Akte zu erfassen, nicht jedoch um das Anwendungsfeld des Begriffs „Folter“ zu beschränken“⁹⁹. Zudem wies er auf eine notwendige Erweiterung hin, die sich auch im späteren Urteil *Selmouni v. Frankreich* in zunehmendem Maße abzeichnete, indem es hieß, „(I)nsbesondere müßten – unabhängig von physischer Gewaltabwendung – die *neuen, technologisch und psychologisch subtileren Formen der Willensbeeinträchtigung und der Willensbrechung* erfaßt sein“¹⁰⁰.

In klarer Weise sprach sich Richter F. Matscher für einen Verstoß gegen das Folterverbot durch die Anwendung der fünf Techniken aus und wendete sich entschieden gegen das vom EGMR hervorgehobene Kriterium der besonderen „*Intensität des verursachten Leidens als das entscheidende Kriterium*“¹⁰¹ für die Interpretation des Folterbegriffs. Vielmehr sei „das Element der Intensität ... komplementär zu dem „*systematischen Element*“: je *raffiniertes und subtileres* die angewandte Methode sei, desto *weniger bedürfe* eine Foltermaßnahme der Zufügung *physischen Schmerzes*“¹⁰². Auch Richter Matscher wies damit darauf hin, dass nicht nur physische, sondern auch psychische Misshandlungen vom Folterbegriff erfaßt werden können.

b. Der Fall *Selmouni v. Frankreich*

Im Fall *Selmouni v. Frankreich* ging es ebenso wie in den Fällen *Irland v. Vereinigtes Königreich*, *Tomasi v. Frankreich* und *Ribitsch v. Österreich* um Misshandlungen einer in seiner Freiheit beraubten Person.

Der festgenommene Beschwerdeführer hatte während seiner Haft eine Vielzahl intensiver Schläge erhalten, die neben bedeutenden Schmerzen zu Prellungen und anderen Verletzungen führten. Weiterhin wurde er von einem Polizisten an den Haaren in einen Flur gezogen und zum Laufen gezwungen, während andere Polizisten ihm ein Bein stellten; er hatte vor einer jungen Frau niederknien müssen, der gesagt worden war „Du wirst jemanden singen hören“; zudem forderte ihn ein Polizist auf, an seinem entblößten Penis zu lutschen und hatte, als der Beschwerdeführer sich weigerte, auf ihn uriniert. Man drohte dem Beschwerdeführer, ihn mit einer Lötlampe zu brennen, wenn er nicht aussage, und bedrohte ihn weiterhin auch mit einer Spritze¹⁰³.

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen den drei Misshandlungskategorien des Art. 3 EMRK stellte der EGMR voran, dass er für „die Entscheidung, ob eine bestimmte

Form der Misshandlung als *Folter* einzustufen ist, ... die Unterscheidung berücksichtigen (muss), die Art. 3 EMRK zwischen Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung macht“¹⁰⁴. Mit Hinweis auf den Fall *Irland v. Vereinigtes Königreich* hieß es, dass „die Konvention diese Unterscheidung offenbar (macht), um vorsätzliche Misshandlungen, die *sehr* starke und grausame Leiden verursachen, als *besonders* schändlich zu brandmarken“¹⁰⁵.

Hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 3 EMRK und der dafür erforderlichen Prüfung, ob eine erniedrigende oder unmenschliche Strafe/Behandlung vorgelegen hat, stellte der EGMR heraus, dass alle in den verschiedenen ärztlichen Berichten festgestellten Verletzungen sowie die Erklärungen des Beschwerdeführers über die Misshandlungen während seiner Polizeihaft zeigten, dass „*Schmerzen oder physische Leiden*“ zugefügt wurden und unzweifelhaft auch *psychische Leiden*, obwohl bedauerlicherweise ein psychologisches Gutachten nach den Vorfällen fehlt“¹⁰⁶. Neben jenen physischen und psychischen Folgewirkungen der Misshandlungen hieß es weiter zur subjektiven Beurteilungsebene, dass der tatsächliche Ablauf gleichfalls zeige, „dass die Schmerzen oder Leiden dem Bf. *absichtlich* zugefügt worden sind, *insbesondere mit dem Ziel*, ein *Geständnis* über die ihm vorgeworfenen Tatsachen zu erhalten“¹⁰⁷. Die den Verfahrensakten beigelegten ärztlichen Gutachten ergaben zudem schließlich deutlich, „dass die vielen Gewalttätigkeiten von Polizeibeamten unmittelbar bei der Ausübung ihres Amtes vorgenommen worden sind“¹⁰⁸.

Jene Tatumstände waren für den EGMR „eindeutig derart, dass sie *Gefühle der Angst, der Beklemmung und der Unterlegenheit* erweckten, geeignet, den Bf. zu *demütigen, zu erniedrigen und möglicherweise seinen körperlichen und moralischen Widerstand zu brechen*“¹⁰⁹. Der Gerichtshof hielt dies für „*ausreichend schwer wiegende Elemente* ... , um die Behandlung als *unmenschlich und erniedrigend* zu charakterisieren“¹¹⁰. Gerade mit Blick auf den besonderen Einzelfallumstand, dass es sich um Misshandlungen einer *festgenommenen* Person gehandelt habe, griff der EGMR zudem seine im Fall *Ribitsch v. Österreich* entwickelte Sprechpraxis wieder auf, indem er „*jedenfalls* daran (erinnert), dass die Anwendung *körperlicher Gewalt* gegenüber einer Person, *der die Freiheit entzogen worden ist*, die *menschliche Würde verletzt* und grundsätzlich eine Verletzung des von Art. 3 EMRK garantierten Rechts ist, wenn sie *nicht* wegen des Verhaltens der Person *unbedingt erforderlich* war“¹¹¹. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Fall *Ribitsch v. Österreich* bemerkt, wäre es im Sinne eines umfassenden Menschenrechtsschutzes wünschenswert, wenn jene

⁹⁹ Persönliche Meinung des Richters D. Evrigenis, EuGRZ 1979, 162.

¹⁰⁰ Persönliche Meinung des Richters D. Evrigenis, EuGRZ 1979, 162.

¹⁰¹ Persönliche Meinung des Richters F. Matscher, EuGRZ 1979, 162.

¹⁰² Persönliche Meinung des Richters F. Matscher, EuGRZ 1979, 162.

¹⁰³ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 56, 60.

¹⁰⁴ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 59, § 96.

¹⁰⁵ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 59, § 96.

¹⁰⁶ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 60, § 98.

¹⁰⁷ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 60, § 98.

¹⁰⁸ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 60, § 98.

¹⁰⁹ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 60, § 99.

¹¹⁰ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 60, § 99.

¹¹¹ EGMR, *Selmouni v. Frankreich*, NJW 2001, 56, 60, § 99.

Spruchpraxis auf die Anwendung psychischer Gewalt gegenüber einer, in ihrer Freiheit beraubten Personen erweitert werden würde.

Zeigten obige Ausführungen, dass der EGMR im Rahmen seiner Prüfung, ob der Schutzbereichs des Art. 3 EMRK eröffnet ist, stets die konkreten Einzelfallumstände mitberücksichtigt, so zog der EGMR jene Betrachtung der Einzelfallumstände auch zur Konkretisierung der Interpretation der *schwersten* Misshandlungsform des Art. 3 EMRK in Gestalt der „Folter“ heran. Gerade in jener Abgrenzung der „erniedrigenden und unmenschlichen Strafe/Behandlung“ zur „Folter“ als nächst höheren Schwelle bzw. Stufe innerhalb des Art. 3 EMRK liegt nun die besondere Bedeutung des Falles Selmouni v. Frankreich, da hier nicht nur die *Einzelfallprüfung* des EGMR, sondern auch dessen *dynamische und evolutive Interpretationsweise* aufgezeigt und bestätigt wird.

Nahm der EGMR im Fall Irland v. Vereinigtes Königreich auf die Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 9. Dezember 1975 Bezug, so zog er im Fall Selmouni v. Frankreich das im Zeitraum zwischen beiden Urteilen, und zwar am 26.6.1987 in Kraft getretene Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe heran, das gleichfalls die Unterscheidung zwischen der in Art. 1 I dieses Übereinkommens geregelten „Folter“ und der in Art. 16 I des Übereinkommens geregelten „erniedrigenden und unmenschlichen Strafe/Behandlung“ kennt.

In Art. 1 I des Übereinkommens heißt es: „Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck „Folter“ jede Handlung, durch die einer Person *vorsätzlich große körperliche oder seelische* Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, z.B., *um* von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, *um* sie für eine tatsächliche oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder *um* sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden *von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis* verursacht werden ...“.

Art. 16 I des Übereinkommens lautet: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, in jedem seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Gebiet andere Handlungen zu verhindern, die eine *grausame, unmenschliche oder erniedrigende* Behandlung oder Strafe darstellen, *ohne der Folter i.S. des Art. 1 gleichzukommen*, wenn diese Handlungen von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen im amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis begangen werden ...“.

In Hinblick auf die vom EGMR nun untersuchte Frage, ob im vorliegenden Fall die schwerste Misshandlungs-

form der „Folter“ gegeben ist und die dafür notwendige Beurteilung, ob die dem Beschwerdeführer zugefügten Schmerzen oder Leiden „als „groß“ i.S. von Art. 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen eingestuft werden können“¹¹², hob der EGMR sowohl die Bedeutung der *Einzelfallprüfung* als auch die der *dynamischen Interpretation* der Konvention heraus. Er betonte, dass er der Auffassung sei, „dass das Merkmal „groß“ wie das *für die Anwendung von Art. 3 EMRK erforderliche „Mindestmaß an Schwere“* naturgemäß *relativ* ist, es hängt von den *gesamten Einzelumständen des Falls* ab, insbesondere von der Dauer der Behandlung und ihren physischen und psychischen Wirkungen, sowie manchmal vom Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand des Opfers, usw.“¹¹³.

Deutlich wird durch diese Formulierung des EGMR, dass nicht nur die Eingriffsschwelle zu Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 3 EMRK, die der EGMR mit seinem Verweis auf das für Art. 3 EMRK erforderliche „Mindestmaß an Schwere“ anspricht, sondern auch die Abgrenzung zur *Folter* als schwersten Misshandlungsform nicht statisch beurteilt werden kann. Vielmehr sind die Auslegungskriterien und Definitionsmerkmale, die der EGMR für die drei Misshandlungsformen des Art. 3 EMRK jeweils für maßgebend erachtet, stets mittels der *konkreten Umstände des Einzelfalles auszufüllen und zu konkretisieren*.

Darüber hinausgehend wies der EGMR auf die Notwendigkeit der *geltungszeitlichen Interpretation* hin: Unter Bezugnahme u.a. auf die Urteile Tyrer v. Vereinigtes Königreich¹¹⁴ und Soering v. Vereinigtes Königreich¹¹⁵ hob er in sich wiederholender und zugleich deutlicher Weise heraus, dass „die Konvention ein „*lebendes Instrument* ist, das *im Licht der heutigen Verhältnisse* ausgelegt werden muss“¹¹⁶. Aufgrund dieses lebendigen Charakters der Konvention sei er daher der Auffassung, „dass bestimmte, früher als „unmenschliche oder erniedrigende Behandlung“ und nicht als „Folter“ eingestufte Handlungen *zukünftig anders qualifiziert* werden könnten. Der Gerichtshof ist in der Tat der Ansicht, dass die *zunehmend hohen Anforderungen an den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten entsprechend und unvermeidlich eine grössere Strenge bei der Bewertung der Verletzungen von Grundwerten der demokratischen Gesellschaft erfordern*“¹¹⁷. Der EGMR stellte damit klar, dass die Konvention „kein „*statisches*“, sondern ein gegenüber gesellschaftlichen Wandlungsprozessen sensibles und praktikables Instrument ist“¹¹⁸. Die Charakterisierung der Konvention als „lebendes Instrument“ und das Abstellen auf eine *geltungszeitliche Interpretations-*

¹¹² EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 100.

¹¹³ EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 100.

¹¹⁴ EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1979, 162, 164, § 131.

¹¹⁵ EGMR, Soering v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1989, 314, 321, § 102.

¹¹⁶ EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 101.

¹¹⁷ EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 101.

¹¹⁸ So Riedel in Bezug auf die Kommissionsentscheidung im Fall Tyrer v. Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1977, 484, 485.

weise¹¹⁹, wonach für die Auslegung der Konventionsvorschriften auf dessen „*aktuellen* (unter Umständen seit Unterzeichnung der EMRK gewandelten) *Sinn und Zweck*“¹²⁰ abzustellen ist, zeigt dabei auf, dass in der Rechtsprechung des EGMR der „*dynamisch-teleologischen Auslegung*“¹²¹ ein maßgebendes Gewicht zukommt.

Wie schon im Urteil Irland v. Vereinigtes Königreich stellte der EGMR auch im Fall Selmouni v. Frankreich zur Unterscheidung zwischen erniedrigender und unmenschlichen Strafe/Behandlung einerseits und Folter andererseits auf das Kriterium der *unterschiedlichen Intensität* der Maßnahmen ab: In diesem Sinne hob er die Gesichtspunkte der *Vielzahl* und der *Intensität* der dem Beschwerdeführer zugefügten Schläge heraus, aufgrund dessen er annehmen konnte, „*so intensive Schläge bedeutende Schmerzen verursachen*“¹²². In Hinblick auf die Tatumstände, dass der Beschwerdeführer an den Haaren gezogen worden ist, durch einen Flur laufen musste, wobei ihm durch Polizisten ein Bein gestellt wurde, dass er vor einer Frau niederknien musste, der gesagt worden war „Du wirst jemanden singen hören“, dass ein Polizist ihm sein Penis gezeigt und ihm gesagt hatte „lutsch dran“ und dann auf ihn urinierte und schließlich dass der Beschwerdeführer mit einer Lötlampe und Spritze bedroht worden ist, hieß es, dass „(A)usser der *Gewalttätigkeit der beschriebenen Handlungen* ... der Gerichtshof nur feststellen (kann), dass sie für jede Person unabhängig von ihrem Zustand *abscheulich und erniedrigend* sind“¹²³. Zudem zog der EGMR auch den Zeitfaktor in seine Überlegungen ein, wonach der Beschwerdeführer „*während mehrerer Tage* der Vernehmungen *wiederholt und lange andauernd* Gewalttätigkeiten ausgesetzt war“¹²⁴ und sich die Misshandlungen „*nicht auf eine bestimmte Phase* der Polizeihaft *beschränkt* haben, während der eine *erhöhte Spannung und gesteigerte Emotionen* zu solchen Exzessen geführt hätten, ohne dass sie dies in irgendeiner Weise rechtfertigen könnten“¹²⁵.

Unter Berücksichtigung all jener Umstände gelangte der EGMR zu der Überzeugung, „*dass die an dem Bf. verübten physischen und psychischen Gewalttätigkeiten insgesamt genommen „große“ Schmerzen und Leiden verursacht haben und besonders schwer wiegend und grausam waren*“¹²⁶, so dass solche Verhaltensweisen als *Folterhandlungen* im Sinne des Art. 3 EMRK anzusehen seien. Die vorgängige Prüfungsweise des EGMR zeigte auf, dass er wie schon im Falle Irland v. Vereinigtes Königreich auf einen *graduellen* Unterschied zwischen Folter und unmenschlicher Strafe/Behandlung abstellte und die

Folter als einen Unterfall¹²⁷ der unmenschlichen Strafe/Behandlung ansah. Als maßgebendes Kriterium, um eine Misshandlung als *Folter* zu qualifizieren, hatte der EGMR dabei auch im Fall Selmouni v. Frankreich auf die „*besondere Schwere*“¹²⁸ bzw. *gesteigerte Intensität des zugefügten Leidens oder Schmerzes* abgestellt, wobei jedoch zugleich eine Erweiterung des Folterbegriffs auf auch psychische Misshandlungen sichtbar wurde¹²⁹. Eine Beschäftigung mit den zum Folterbegriff geäußerten persönlichen Meinungen der Richter im Fall Irland v. Vereinigtes Königreich sowie eine Auseinandersetzung des EGMR mit anderen, insbesondere im Schrifttum diskutierten Abgrenzungskriterien – wie z.B. einer bestimmten Zweckgerichtetheit der Folterhandlungen – ist den Begründungserwägungen des EGMR im Fall Selmouni v. Frankreich nicht zu entnehmen¹³⁰. Gerade in Anbetracht des ausdrücklichen Hinweises des EGMR auf die zunehmend hohen Anforderungen an den Menschenrechtsschutz bleibt daher abzuwarten, wie sich die Abgrenzung der Folter von der unmenschlichen Strafe/Behandlung in der Spruchpraxis des EGMR zukünftig entwickeln wird.

IV. Zusammenfassung

Die vorgängigen Ausführungen zeigten auf, dass es Anliegen des EGMR ist, durch seine Spruchpraxis den vom Wortlaut her weit und unbestimmt¹³¹ gefassten Begriffen der „Folter“ sowie der „erniedrigenden“ und „unmenschlichen“ Strafe oder Behandlung „*schärfere Konturen*“¹³² zu geben. Zudem wurde deutlich, dass eine als „*lebendige Ordnung*“ verstandene Konvention nach einer „*geltungszeitliche(n) Interpretation*“¹³³ verlangt, wonach auch die unbestimmten Begriffe der „Folter“ sowie der „erniedrigenden“ und „unmenschlichen“ Strafe oder Behandlung „*nicht statisch, sondern dem jeweils geltenden Standard der europäischen öffentlichen Ordnung entsprechend ausgelegt werden müssen*“¹³⁴. Der fundamentale Charakter von Art. 3 EMRK wird damit nicht nur durch die Betonung der absoluten Natur des Art. 3 EMRK, sondern auch durch eine solche evolutiv-dynamische¹³⁵ Auslegung der Konvention bestätigt, die sich an den zunehmend steigenden Anforderungen an einen umfassenden sowie tatsächlich wirksamen Menschenrechtsschutz orientiert.

¹²⁷ In diesem Sinne auch Manske (Fn. 90), S. 146.

¹²⁸ Alleweldt (Fn. 20), S. 19.

¹²⁹ Darauf weist ebenfalls Gaede hin (Fn. 9), S. 162, 163.

¹³⁰ Auch Alleweldt weist darauf hin, dass es Ansicht des EGMR zu sein scheint, die Zweckgerichtetheit nicht als Wesensmerkmal der Folter anzusehen, Alleweldt (Fn. 20), S. 19 Fn. 40.

¹³¹ So auch Frowein/Peukert (Fn. 10), S. 40.

¹³² Frowein/Peukert (Fn. 10), S. 40.

¹³³ Haefliger/Schürmann (Fn. 18), S. 50; vgl. des weiteren die Ausführungen auf S. 448 ff.

¹³⁴ Frowein/Peukert (Fn. 10), S. 40; vgl. auch Esser (Fn. 3), S. 380: „die Bewertung und Klassifizierung einer bestimmten Art der Misshandlung durch den EGMR (genießt) also keinerlei Bestand- oder gar „Vertrauensschutz““.

¹³⁵ In diesem Sinne auch Haefliger/Schürmann (Fn. 18), S. 50.

¹¹⁹ Vgl. zu diesem Begriff Haefliger/Schürmann (Fn. 18), S. 50 und 449.

¹²⁰ Peters (Fn. 11), S. 18.

¹²¹ Peters (Fn. 11), S. 18.

¹²² EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 102.

¹²³ EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 103.

¹²⁴ EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 104.

¹²⁵ EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 104.

¹²⁶ EGMR, Selmouni v. Frankreich, NJW 2001, 56, 60, § 105.

Prozessdokumentation

Im zurückliegenden Monat wurde die Dokumentation eines neuen Verfahrens begonnen, hinsichtlich derer wir Frau Rechtsanwältin **Gül Pinar** (Hamburg) und Herrn Rechtsanwalt **Michael Rosenthal** (Karlsruhe) danken möchten. Das aufgenommene Verfahren Darzanzali gegen die Bundesrepublik Deutschland ist derzeit vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig. Es betrifft insbesondere die deutsche Umsetzung des Rahmenbeschlusses zum **Europäischen Haftbefehl**. Da das BVerfG bereits zwei Verhandlungstage mit einer umfangreichen **Tagesordnung** angesetzt hat, liegt es nahe, diesem Verfahren eine grundlegende Bedeutung für die weitere Entwicklung des Europäischen Haftbefehls nicht nur in Deutschland beizumessen. Zahlreiche aufgenommene **Dokumente** einschließlich solcher zum rechtlichen Hintergrund verdeutlichen Ihnen den aktuellen Stand dieses Verfahrens. Selbstverständlich wurde weiteren Verfahrensbeteiligten einschließlich der Freien und Hansestadt Hamburg Gelegenheit zur Einstellung von Verfahrensbeiträgen gegeben.

Aufgenommen wurden unter anderem folgende Dokumente:

- 22. November 2004 - Schriftsatz von RA Rosenthal an das BVerfG (Ankündigung der Verfassungsbeschwerde und des Antrags auf Erlass einer einstweiligen AO)
- 24. November 2004, 10.15 Uhr - Fax des Hanseatischen OLG an RA Rosenthal mit dem Beschluss, der die Auslieferung für zulässig erklärt
- 24. November 2004, mittags - Verfassungsbeschwerde und Antrag auf Erlass einer einstweiligen AO von RA Rosenthal
- 24. November 2004, nachmittags - Einstweilige AO des BVerfG, mit der die Auslieferung vorerst unterbunden wird
- Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (Amtsblatt der EG 2002 Nr. L 190 vom 18. Juli 2002 S. 1)
- Deutsches Umsetzungsgesetz zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (Bundesgesetzblatt)

Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Klaus Ellbogen: Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, Schriften zum Prozessrecht, Band 187, Duncker & Humblot, Berlin 2004, 299 Seiten, broschiert, ISBN 3-428-11563-5, 74 Euro, 125 sFr

Die von *Hellmann* betreute Abhandlung ist im Wintersemester 2003/2004 von der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Potsdam als Dissertation angenommen und für die Drucklegung auf den Stand von März 2004 gebracht worden. Untersuchungsgegenstand ist „die verdeckte Ermittlungstätigkeit von Privatpersonen auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden“. Die Abhandlung soll zum einen klären, „auf welche Ermächtigungsgrundlage diese Form der strafprozessualen Informationsgewinnung gestützt und unter welchen Voraussetzungen das solcherart erlangte Wissen in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann, zum anderen

aber auch, ob Polizei und Staatsanwaltschaft die Befugnis besitzen, V-Leuten und Informanten Vertraulichkeit zuzusichern und so deren Aussagen im Prozess zu verhindern, sowie ob und gegebenenfalls, welche Möglichkeiten das Gericht bzw. der Angeklagte hat, gegen eine solche Sperrklärung vorzugehen.“ (S. 30)

Die Untersuchung ist in vier Teile gegliedert: den ersten Teil bildet die Einführung in die Problemstellung (S. 23 ff.) sowie ein Abschnitt, in dem verschiedene Begrifflichkeiten geklärt werden (S. 31 ff.). Im zweiten Teil wird die Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von V-Leuten diskutiert und die These begründet, dass die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO mit gewissen Einschränkungen eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellt (S. 58 ff.). Im dritten Teil werden die Möglichkeiten untersucht, V-Leuten und Informanten gegen eine Offenlegung ihrer Identität zu schützen. Behandelt werden in diesem Rahmen das Instrument der Vertraulichkeitszusage (S. 125 ff.), die Sperrklärung (S. 138 ff.) sowie die eingeschränkte Aussagegenehmigung (S. 176 ff.). Im vierten

Teil werden zunächst die besonderen Schutzmaßnahmen erörtert, die einer Enttarnung des V-Mannes/Informanten in der Hauptverhandlung entgegen wirken sollen (S. 190 ff.). Weiterhin werden die Möglichkeiten einer Beweisführung über Beweissurrogate (S. 216 ff.), die prozessualen Auswirkungen einer Sperrung der V-Person als Zeuge (S. 232 ff.) sowie abschließend die in diesen Fällen für die Beweiswürdigung relevanten Grundsätze behandelt (S. 249 ff.).

Im Rahmen der Begriffsbestimmungen grenzt *Ellbogen* den als „Verdeckten Ermittler“ tätigen Polizeibeamten vom „Under Cover Agent“ ab (S. 43 f.) sowie vom „nicht offen ermittelnden Polizeibeamten“, wobei er hier nochmals zwischen dem einfachen und dem qualifizierten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten differenziert. Für den qualifizierten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten befürwortet er zu recht eine analoge Anwendung des § 110b II Nr. 2 StPO (S. 42 f.). Bezogen auf die in die Ermittlung eingeschalteten Privatpersonen werden V-Leute von Informanten und sonstigen Privatpersonen unterschieden (S. 44 ff.) und der sog. Agent Provocateur zutreffend nicht als Personengruppe definiert, sondern als ein Handlungsmuster eingeordnet (S. 49).

Im zweiten Teil der Untersuchung legt *Ellbogen* zunächst dar, dass der Einsatz von V-Leuten im strafprozessualen Ermittlungsverfahren einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Ausgangspunkt seiner Argumentation ist die Wesentlichkeitstheorie, die er gegen kritische Einwände verteidigt (S. 60 ff., 63). Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage leitet er aus dem Gesichtspunkt her, dass durch den Einsatz von Privatpersonen zur Verbrechenaufklärung das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigt wird (S. 68 ff., 78); weiterhin könne – wenn eine Zutrittsberechtigung vorgetäuscht werde – auch das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung betroffen sein (S. 97 ff.). Für nicht einschlägig erachtet *Ellbogen* demgegenüber den nemo tenetur Grundsatz (S. 78 ff.), das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (S. 96 f.) und den Grundsatz des fairen Verfahrens, der allenfalls bei einem Lockspitzeinsatz gegen Unverdächtige betroffen sei (S. 64 ff.). Die Entscheidung, in diesem Zusammenhang die einschlägige Rechtsprechung des EGMR aus den Erörterungen auszublenden (vgl. S. 56 f., 64), nimmt diesen Grundsätzen von vornherein viel kritische Substanz und dürfte auch der Bedeutung nicht gerecht werden, die der Rechtsprechung des EGMR für die Ausgestaltung auch der nationalen Rechtsordnung zukommt.

Auf der Grundlage der Erkenntnis, dass es einer gesetzlichen Grundlage bedarf, stellt sich die weitere Frage, ob insoweit eine – derzeit nicht vorhandene – Spezialnorm erforderlich ist oder aber auf die Ermächtigungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO zurückgegriffen werden kann. *Ellbogen* geht zu recht davon aus, dass das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage nicht über die Anerkennung eines Übergangsbonus kompensiert werden kann (S. 104 f.). Weiterhin verwirft er mit überzeugender Begründung sowohl die analoge Anwendung der §§ 110a f. StPO (S. 105 ff.) als auch den Rückgriff

auf § 34 StGB (S. 108 f.) und das Institut des Gewohnheitsrechts (S. 109 f.). Ermächtigungsgrundlage ist nach *Ellbogen* die Ermächtigungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO n.F. (S. 110 ff.), die allerdings auch seiner Auffassung nur den mit dem Einsatz von V-Leuten verbundenen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu legitimieren vermag (S. 113 ff.), nicht dagegen Einsätze, mit denen auch in den Schutzbereich des Art. 13 GG eingegriffen wird (S. 123 f.).

Die zweite Hälfte der Untersuchung ist dann der Frage gewidmet, wie V-Leuten und Informanten Schutz gewährt werden kann. Ausgehend von der Erkenntnis, dass Privatpersonen oft nur dann bereit sind, für die Strafverfolgungsbehörden tätig zu werden oder diesen Informationen zukommen zu lassen, wenn ihnen eine Geheimhaltung ihrer Identität zugesichert wird, beschäftigt sich *Ellbogen* zunächst mit der sog. Vertraulichkeitszusage (S. 125 ff.). Seiner Auffassung nach lässt sich die Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Vertraulichkeitszusage in einem Erst-Recht-Schluss aus den §§ 54, 96 StPO ableiten. Eine Vertraulichkeitszusage könne – so seine These – unter den Voraussetzungen erteilt werden, unter denen auch eine Sperrerklärung erfolgen könne (S. 126 ff.). Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Vertraulichkeitszusage vor, soll diese grundsätzlich verbindlich sein (S. 136); die Verbindlichkeit entfalle nur dann, wenn die V-Person wissentlich oder leichtfertig falsche Informationen liefert, sich nachträglich eine Beteiligung an der aufzuklärenden Straftat ergibt, sich die V-Person als unzuverlässig erweist oder gar im Rahmen seiner Tätigkeit Straftaten begeht (S. 137). Wenn sich dagegen später herausstellt, dass eine Gefährdungssituation tatsächlich gar nicht gegeben ist, soll dies die Verbindlichkeit der erteilten Zusage nicht in Frage stellen. Die Forderung, vom Instrument der Vertraulichkeitszusage nur zurückhaltend Gebrauch zu machen (vgl. S. 127 ff.), ändert nichts daran, dass auf der Grundlage dieser Konzeption eine sachlich falsche Prognose Maßnahmen legitimieren kann, die auf der Grundlage des aktuellen Erkenntnisstandes nicht legitimationsfähig sind. Dass der EGMR Einschränkungen des Konfrontationsrechts des Beschuldigten (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) als konventionskonform akzeptieren wird, die allein darauf gestützt werden, dass die Strafverfolgungsbehörden in einem früheren Stadium des Verfahrens zu unrecht eine Gefährdungssituation angenommen und deshalb eine Vertraulichkeitszusage erteilt haben, wird man allerdings nicht ohne weiteres annehmen können.

Als Instrumente zur Umsetzung der Vertraulichkeitszusage behandelt *Ellbogen* die Sperrerklärung (S. 138 ff.) und – bezogen auf nach dem Verpflichtungsgesetz förmlich verpflichtete V-Leuten – die eingeschränkte oder verweigerte Aussagegenehmigung (S. 176 ff.). Die Zuständigkeit für die Anordnung beider Maßnahmen liegt seiner Auffassung nach grundsätzlich beim Justizminister (S. 143 ff., 178 ff.). Auch die Voraussetzungen seien identisch (S. 146 ff., 182 f.). Die These, neben der Gefährdung des Zeugen seien auch andere Gründe denkbar, wie z.B. das Interesse an der Gewährleistung von Vertraulichkeitszusagen und an der Aufklärung besonders

schwerwiegender Straftaten (S. 151 f.), wäre einer vertieften Begründung wert gewesen. Gleiches gilt für die Erwägungen, mit denen die Überprüfung der Sperrerklärung in einem sog. in camera Verfahren zugunsten einer Lösung über eine vorsichtige Beweiswürdigung verworfen wird (S. 162 f.).

Im vierten und letzten Teil der Untersuchung wendet sich *Ellbogen* dann den Problemen zu, die sich im Rahmen der Aufnahme und Würdigung der Beweise in der Hauptverhandlung ergeben (S. 190 ff.). Ausgangspunkt und Basis seiner Erörterungen ist eine Drei-Stufen-Theorie: In erster Linie sei der Zeuge durch Maßnahmen zu schützen, die es ermöglichen, ihn in der Hauptverhandlung als Zeugen zu vernehmen. Erst dann, wenn derartige Maßnahmen keinen hinreichenden Schutz gewähren, sei an eine kommissarische Vernehmung und – als ultima ratio – an die Sperrung des Zeugen und den Rückgriff auf Beweissurrogate zu denken (S. 191). Als Maßnahmen zum Schutz des in der Hauptverhandlung auftretenden Zeugen werden behandelt: der Verzicht auf die Angabe des Wohnortes (S. 193) und der Identität (S. 197), die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer (S. 199), der Ausschluss der Öffentlichkeit (S. 201), die audio-visuell übertragene Vernehmung des sich an einem anderen Ort aufhaltenden Zeugen (S. 203) sowie die optische und akustische Abschirmung des Zeugen (S. 207), die *Ellbogen* mangels einer gesetzlichen Grundlage dann für unzulässig erachtet, wenn hierdurch die Möglichkeiten der Beurteilung der Glaubwürdigkeit in Frage gestellt werden (S. 209 ff.).

Angesichts der nur eingeschränkten Schutzwirkung des Instruments der kommissarischen Vernehmung (vgl. S. 216 ff.), kommt es in den Fällen, in denen der Zeuge einer relevanten Gefährdung ausgesetzt ist, auf die dritte Stufe an: auf die Möglichkeit, den Zeugen zu sperren und den Beweis durch Beweissurrogate zu erbringen. Als Beweissurrogate kommen in Betracht: das Verlesen von Niederschriften über frühere Vernehmungen des Zeugen (S. 221 ff.) und die Vernehmung der Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen (S. 227 ff.). Die Überzeugungskraft der These, die mit dieser Art der Beweisführung verbundenen Beeinträchtigungen und Einschränkungen der Verteidigungsrechte des Beschuldigten könnten angemessen im Rahmen der Beweiswürdigung kompensiert werden, wird dadurch eingeschränkt, dass sich *Ellbogen* im Wesentlichen mit dem Meinungsstand in der deutschen Literatur und Rechtsprechung auseinandersetzt. Der Nachweis der diesbezüglich sehr viel anspruchsvolleren Rechtsprechung des EGMR beschränkt sich auf vereinzelte Nachweise, die zudem eher allgemeine Programmsätze betreffen (S. 228 Fn. 222; S. 230 Fn. 230 f.). Der gleiche Einwand ist letztlich auch der abschließenden Behandlung der im Rahmen der Beweiswürdigung zu beachtenden Grundsätze entgegen zu halten. Die in den Entscheidungen des EGMR immer wiederkehrende Floskel, es sei in erster Linie Sache der nationalen Gerichte, die Beweise zu würdigen, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass der EGMR auch in insoweit Grundsätze entwickelt hat, die von den nationalen Ge-

richten zu beachten sind, wenn sie dem Verdikt des Konventionsverstößes entgehen wollen.

Insgesamt gesehen bleibt festzuhalten: *Ellbogen* hat eine Abhandlung vorgelegt, die sich mit dem Meinungsstand in der deutschen Literatur und Rechtsprechung eingehend auseinandersetzt und insoweit zu gut vertretbaren Ergebnissen gelangt. Die Überzeugungskraft der Ausführungen wird allerdings dadurch geschwächt, dass der Verfasser weitgehend darauf verzichtet hat, die nun auch in Deutschland in zunehmenden Maße in ihrer Bedeutung erkannte Rechtsprechung des EGMR in seine Erörterungen einzubeziehen.

Prof. Dr. **Wolfgang Wohlers**, Zürich.

Volker Hees: Die Zurückgewinnungshilfe, Der Zugriff des Verletzten auf gemäß §§ 111b ff. StPO sichergestellte Vermögenswerte des Straftäters; Duncker & Humblot, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 148, 302 Seiten, 2003 – 72,80 €.

Die Dissertation von Hees, die von Nelles betreut wurde, befasst sich grundlegend mit dem Rechtsinstitut der sogenannten Zurückgewinnungshilfe, also dem Zugriff des Verletzten auf gemäß §§ 111b ff. StPO sichergestellte Vermögenswerte des Straftäters. Zu recht weist der Autor auf deren zunehmende praktische Bedeutung hin, die sich auch in einem Diskussionsentwurf zur Stärkung der Zurückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten widerspiegelt (dazu *Rönnau*, ZRP 2004, S. 191 ff.). Zunächst gibt Hees einen Überblick über die Vorschriften der §§ 111b ff. StPO. Beginnend mit einem historischen Aufriss (S. 21-24) stellt er sodann die Voraussetzungen und den Ablauf einer behördlichen Sicherstellung dar. Dabei unterscheidet er wie das Gesetz zwischen der Beschlagnahme gemäß § 111b Abs. 1 StPO von konkreten Gegenständen, die gemäß §§ 73, 73d StGB dem Verfall unterliegen (S. 26 ff.), und der Anordnung eines dinglichen Arrestes gemäß §§ 111b Abs. 2, 111d StPO in das Vermögen des Beschuldigten wegen des Verfalls von Wertersatz gemäß §§ 73a, 73d Abs. 2 StGB (S. 31 ff.). Ein eingangs gebildetes Fallbeispiel (S. 19) veranschaulicht diese Darstellung und wird auch im weiteren Verlauf der Arbeit immer wieder zur Verdeutlichung der jeweils behandelten Probleme herangezogen. Damit lehnt sich die Arbeit didaktisch an ein Lehrbuch an. Somit wird von Beginn an Klarheit geschaffen, auch wenn eine Vielzahl von Normen angewandt wird.

Bei der Eingrenzung seiner Untersuchung (S. 42 ff.) macht Hees deutlich, dass es ihm um das Verhältnis mehrerer konkurrierender Verletzter und anderer Gläubiger geht, die den staatlichen Beschlagnahmen und Arrestvollziehungen nachfolgen. Hier kann es insbesondere dann zu Problemen kommen, wenn die mehrfach gepfän-

deten Werte nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen und es dann zu einem „Wettlauf der Gläubiger“ kommt. Hees beschränkt dabei seine Untersuchung aber zum einem auf den Kreis der Gläubiger innerhalb der Umsetzung von Sicherstellungsmaßnahmen. Beispielsweise die Frage, ob eine Beschlagnahme in die Insolvenzmasse möglich ist (vgl. *Moldenhauer/Momsen*, wistra 01, S. 456 ff.), grenzt er bewusst aus. Zum anderen betrachtet er den Problembereich ausschließlich national, indem er darauf verzichtet, sich mit Problemen der Zurückgewinnungshilfe im internationalen Rechtsverkehr auseinanderzusetzen (vgl. bereits die Bemühungen im Gesetzentwurf zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten (VAGE) vom 3.2.1998, BT-Drucks. 13/9742). Eine m. E. nach zulässige und präzise Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes, die davor bewahrt, dass die Untersuchung ausuft.

Das Kernstück der Arbeit bilden die Kapitel C (S. 46 ff.) und D (S. 181 ff.), in denen Hees sich detailliert mit dem Problem des Zugriffs auf bereits beschlagnahmte beziehungsweise arrestierte Vermögenswerte auseinandersetzt. In Kapitel C untersucht Hees zunächst die Auswirkung des Zulassungserfordernisses in § 111g Abs. 2 StPO für eine Zurückgewinnungshilfe auf die Wirksamkeit von Vollstreckungsmaßnahmen. Dabei wendet er sich der Frage zu, ob Vollstreckungsmaßnahmen ohne ihre vorherige Zulassung wirksam sind. Dazu setzt er sich mit dem Problem auseinander, dass nach §§ 111c Abs. 5 StPO, 136 BGB ein relatives Veräußerungsverbot zu Gunsten des Justizfiskus bestehen kann. Sodann setzt Hees sich damit auseinander, ob § 111g Abs. 2, 1 StPO wirklich für alle – so der Wortlaut – nach § 111c StPO beschlagnahmte Gegenstände gilt. An dieser Stelle führt er ein eingangs (S. 35 f.) geschildertes Problem fort: § 73 Abs. 1 S. 2 StGB schließt eine Verfallsanordnung in solchen Fällen aus, in denen der Verletzte aus der Tat einen Anspruch hat. Der Verfall ist damit faktisch im gesamten Bereich der Vermögenskriminalität ausgeschlossen. Die Ausschlussklausel des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB wird deswegen auch als „Totengräber des Verfalls“ bezeichnet. Für den erweiterten Verfall nach § 73d StGB gilt sie hingegen nicht. Der erweiterte Verfall könnte daher im Urteil ausgesprochen werden, obwohl Ansprüche des durch die Tat Verletzten entgegenstünden. Es ist deshalb nur konsequent, dass Hees die Frage aufwirft, ob der Verletzte im Wege der Zurückgewinnungshilfe Gegenstände des erweiterten Verfalls beschlagnahmen lassen kann (S. 59 ff.). Indem er tiefgründig das gesetzessystematische Verhältnis von § 111g StPO zu § 73 Abs. 1 S. 2 StGB beleuchtet, kommt er zu dem Ergebnis, dass die Zurückgewinnungshilfe auch bei erweitertem Verfall Anwendung findet. Dem Fiskus gegenüber dem Verletzten hier den Vorrang zu lassen, würde „den Schaden noch weiter zementieren“ (S. 68) und dem Opferschutzgedanken zuwider laufen. Andere Vollstreckungsmaßnahmen des Verletzten in nicht oder nicht mehr beschlagnahmte Gegenstände bedürfen hingegen keiner Zulassung. Hees setzt sich weiter mit der Frage auseinander, ob der Zulassungsbeschluss zusätzliche Voraussetzung einer wirksamen Zwangsvollstreckung ist. Die

Praxisrelevanz zeigt sich schon darin, dass dieser dann innerhalb der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO gestellt werden muss. Wie der BGH – aber entgegen einiger Stimmen aus der Literatur – versteht Hees den Zulassungsbeschluss nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Zwangsvollstreckung (S. 86). Durch präzise Auslegung des § 111g Abs. 2 StPO kommt er zu dem Ergebnis, dass die Zwangsvollstreckung des Verletzten ohne Zulassungsbeschluss lediglich gegenüber dem Staat wegen §§ 111c Abs. 5 StPO, 136 BGB relativ unwirksam ist. Die auf gesetzgeberische Intention und Opferschutz gestützte Argumentation überzeugt. Der Zulassungsbeschluss soll Wegbereiter der Wiedergutmachung und nicht eine weitere Hürde für den Verletzten bei der Durchsetzung seiner Ansprüche sein. Der Zulassungsbeschluss hat damit eine „Filterfunktion“ zu Gunsten des Verletzten (S. 96). Schließlich widmet sich Hees der Frage, ob der Zulassungsbeschluss nach § 111g Abs. 2 StPO Auswirkungen auf das vollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip hat (S. 106ff.). Nachdem er klargestellt hat, dass die rangsichernde Funktion des Zulassungsbeschlusses im Verhältnis zwischen dem Verletzten und dem Staat bereits von dem relativen Veräußerungsverbot übernommen wird und der Zulassungsbeschluss schon von daher keine Auswirkung auf das Verhältnis zwischen Verletztem und Staat hat, untersucht er Auswirkungen auf das Verhältnis vom Verletzten zu anderen Gläubigern (S. 109 ff.) und von mehreren Verletzten untereinander (S. 114 ff.). Sofern der Zulassungsbeschluss während der Beschlagnahme erwirkt wird, ändert dieser bezüglich eines Gläubigers, der nicht Verletzter ist, das Prioritätsprinzip zu Gunsten des Verletzten ab, da nunmehr über § 111g Abs. 3 StPO das Veräußerungsverbot der §§ 111c Abs. 5 StPO, 136 BGB auch zu Gunsten des Verletzten gilt. Der Verletzte rückt damit quasi auf die Rangposition des vorrangigen Gläubigers, so dass der Zulassungsbeschluss neben der zuvor genannten „Filterfunktion“ auch eine „Vorrangfunktion“ hat. Dieses Ergebnis verwundert in Hinblick auf den Opferschutzgedanken der Zurückgewinnungshilfe nicht weiter. Um so spannender ist das von Hees aufgeworfene Problem, welche Auswirkungen der Zulassungsbeschluss auf das Rangverhältnis mehrerer Verletzter hat, die einen solchen Beschluss erwirkt haben. Während Hees zunächst die Auffassung vertrat, dass die Reihenfolge des Ranges mehrerer Verletzter danach bestimmt werde, welcher Verletzter zuerst Vollstreckungsmaßnahme und Zulassungsbeschluss erwirkt habe (vgl. noch *Hees/Albeck*, ZIP 2000, 871), vertritt er nunmehr – wie auch tendenziell der BGH – die Ansicht, dass der Zulassungsbeschluss keine Auswirkung auf das vollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip hat (S. 118 ff.). Unter denjenigen Verletzten, die Vollstreckungsmaßnahme und Zulassungsbeschluss erwirkt haben, gelte der Zeitpunkt der Vollstreckungshandlung. Hees begründet seinen Wechsel der Ansicht dezidiert und überzeugend auf Basis der Gesetzesauslegung von § 111g Abs. 3 StPO. Der Gesetzgeber habe den Opferschutz verbessern, nicht aber das Verhältnis der Opfer untereinander regeln wollen. Dieses Ergebnis korrespondiert auch damit, dass die Zulassung gerade keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Zwangsvollstreckung ist. Schließlich untersucht Hees, welche Gläubiger einen Zulassungsbeschluss er-

wirken können (S. 128 ff.). Diese Frage hätte man durchaus auch schon zu Beginn der Untersuchung aufwerfen können. Gemäß § 111g Abs. 2 S. 3 StPO muss „dem Verletzten ein Anspruch aus der Straftat erwachsen sein“. Hees setzt sich zunächst mit dem Tatbegriff auseinander und legt den des § 264 StPO zu Grunde. Dann wirft er die Frage auf, ob die Zurückgewinnungshilfe eine „dingliche Rückabwicklung“ voraussetzt, also lediglich einen Zugriff auf dem den Verletzten entzogenen Tatgewinn oder davon abstammenden Surrogaten erfasst (S. 135ff.). Überzeugend verneint er dies, da eine solche Rückabwicklung weder von der Systematik der Zurückgewinnungshilfe gedeckt noch sachgerecht sei. Die eigentliche Frage des Verletzten (S. 138ff.) löst er in Anlehnung an den Verletztenbegriff des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB und stellt dabei überzeugend dar, dass auch der Steuereinkommen Verletzter sein kann, ein Rechtsnachfolger wie beispielsweise Erbe oder Zessionar hingegen nicht. Denn während der Rechtsnachfolger lediglich vermögensrechtliche Interessen verfolge (S. 153) sei der Steuereinkommen durch die §§ 370ff. AO individuell Verletzter. Schließlich wird die Frage aufgeworfen, welche Ansprüche von § 111g Abs. 2 S. 3 StPO erfasst sind. Dabei akzentuiert Hees, dass dem Anspruch eine Vermögensverfügung zu Lasten des Opfers zu Grunde liegen muss (S. 158ff.). Damit kann er auch konkrete Einzelfälle zutreffend beantworten und verneint beispielsweise einerseits eine Zurückgewinnungshilfe bei Schmerzensgeldansprüchen des Opfers aus § 847 BGB (S. 164); andererseits sieht er auch die Ansprüche erfasst, die zwar vor der einschlägigen Tat entstanden sind, aber Gegenstand der Tat waren (S. 170 ff.). Das Argument, dass bei einer fehlenden Einbeziehung solcher Ansprüche die Verletzten nicht in den Genuss der Zurückgewinnungshilfe kämen, deren Vermögensinteressen gerade durch das verletzte Gesetz geschützt würden, wird dadurch in Frage gestellt, dass man damit möglicherweise doch zwei verschiedene Tatbegriffe zu Grunde legt. Denn beispielsweise bei einer Steuerhinterziehung müssen der entstandene Anspruch und die begangene Straftat nicht zwingend eine prozesuale Tat darstellen. Hees erkennt dieses Problem und entscheidet sich im Zweifel aus Opferschutzgesichtspunkten zu Gunsten des Verletzten und gegen einen einheitlichen Tatbegriff (S. 175 f.).

Im Kapitel D setzt Hees sich dann mit dem Zugriff des Verletzten auf arrestierte Vermögenswerte und der Auswirkung des Zulassungsbeschlusses gemäß § 111h Abs. 2 StPO auseinander. Dabei läuft die Untersuchung spiegelbildlich zu der vorherigen Untersuchung im Kapitel C ab. Der Problemkreis bei der Zulassung in arrestiertes Vermögen ist jedoch kleiner, da sich Fragen wie beispielsweise die der Wirksamkeit ohne vorherige Zulassung oder die der einzuhaltenden Reihenfolge nicht stellen. Den Anwendungsbereich des § 111h StPO versteht Hees umfassend (S. 181 ff.). Hinsichtlich der Rechtsfolgen des Zulassungsbeschlusses gemäß § 111h Abs. 2 StPO stellt Hees ebenso wie bei § 111g Abs. 2 StPO die „Filterfunktion“ und die – wenn auch durch § 111h Abs. 1 S. 4 StPO in Verbindung mit § 880 BGB eingeschränkte – „Vorrangfunktion“ heraus. Intensiv setzt er sich dabei mit der Frage auseinander, ob der Zulassungsbe-

schluss hinsichtlich mehrerer zugelassener Verletzter in das vollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip eingreift. Hier könnte insofern ein Widerspruch entstehen, als dass rangschlechtere Verletzte, die zuerst die Rangänderung nach der Zulassung haben eintragen lassen, auf Dauer im Rang nicht nur vor den Justizfiskus, sondern auch vor den ursprünglich rangbesseren Verletzten gelangen könnten. Hees löst diesen vom Gesetzgeber nicht gewollten (S. 225) Eingriff in das Prioritätsprinzip über einen sachenrechtlichen Drahtseilakt in Form einer dinglichen Einigung zwischen dem Justizfiskus und dem jeweils vortretenden Verletzten dahingehend, dass das ursprüngliche Rangverhältnis mehrerer Verletzter gewahrt bleibt (S. 227 ff.). Wird dennoch gegen das Prioritätsprinzip verstoßen, besteht ein Anspruch aus § 894 BGB (S. 230). Dieses Ergebnis lässt Hees in seine Auslegung des § 111h StPO einfließen und lehnt eine Auswirkung auf das Prioritätsprinzip ab. Lediglich zur Klarstellung empfiehlt er eine gesetzliche Neuregelung (S. 232). Schließlich untersucht Hees, ob es entgegen einer gesetzlichen Regelung noch weitere Möglichkeiten einer Zurückgewinnungshilfe für den Verletzten gibt. Eine solche sieht er bei eingetragenen Schiffen, Schiffsbauwerken und Luftfahrzeugen durch eine analoge Anwendung des § 111h StPO. Ein wirksamer Opferschutz könne ansonsten nicht erreicht werden (S. 249). Für eine vorrangige Befriedigung des Verletzten aus sonstigem beweglichen Vermögen, Forderungen und Vermögensrechten fehlt es hingegen an einer planwidrigen Regelungslücke (S. 255), denn es gibt insoweit keinen Rangtausch mit dinglicher Wirkung. Nach Hees ist damit der häufigste Anwendungsfall von Arrest, der in Bargeld oder Forderungen, nicht hinreichend erfasst (S. 255). Diese empirisch nicht weiter vertiefte Situation will Hees aus Opferschutzgesichtspunkten nicht hinnehmen und eröffnet deshalb dem Verletzten eine Gewinnabschöpfung und dabei wegen der Schutzmechanismen des Zulassungsverfahrens ein solches analog § 111h Abs. 2 StPO (S. 263). Der Verletzte soll somit wenigstens in den Genuss der „Filterfunktion“ kommen. Eine „Vorrangfunktion“ ist de lege lata hingegen nicht möglich. Hees sieht aber auch insoweit ein Bedürfnis für eine vorrangige Befriedigung und ruft daher den Gesetzgeber zur Vervollständigung des Opferschutzes auf (S. 277, vgl. auch Hees ZRP 2004, 37). Der Diskussionsentwurf kommt dieser Forderung nach. Ob Hees' Vorschlag tatsächlich auf den Sockel eines Gesetzes gestellt wird, bleibt abzuwarten, da in der Rechtsprechung erst jüngst eine gegenteilige Auffassung vertreten wurde (vgl. OLG Köln NJW 2003, 2546(2549)).

Hees liefert eine tiefeschürfende Auseinandersetzung mit dem Rechtsinstitut der Zurückgewinnungshilfe. Dem Gesetzgeber werden die wesentlichen Schwachstellen de lege lata aufgezeigt und konkrete praxistaugliche Vorschläge de lege ferenda gemacht. Hees' Dissertation bietet nicht nur eine Diskussionsgrundlage für den Gesetzgeber und für die Wissenschaft, sondern ist auch für den sich mit der Zurückgewinnungshilfe beschäftigenden Praktiker eine Bereicherung.

Dr. Gerwin Moldenhauer, Hamburg.

Christoph Hübner: Die Entstehung der objektiven Zurechnung; Schriften zum Strafrecht, Heft 150), Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2004, 320 S., br., EUR 78,00.

Jahrzehntelang ist die Lehre von der objektiven Zurechnung heftig umkämpft worden. Mittlerweile hat sich die Einsicht, daß das nahezu uferlose Kriterium der Kausalität bereits einer objektiv-tatbestandlichen Einschränkung bedarf, in der Rechtslehre weitgehend durchgesetzt. Auch die Rechtsprechung greift in zunehmendem Maße auf Topoi aus dem Arsenal der objektiven Zurechnung zurück, vor allem auf den Gedanken der Eigenverantwortlichkeit des Verletzten. Dennoch ist die Lehre von der objektiven Zurechnung von einer Konsolidierung noch weit entfernt. Dies gilt nicht nur für die Behandlung zahlreicher Einzelfälle, sondern auch für die theoretische Grundlegung dieser Lehre insgesamt. Die bislang umfassendste und subtilste Darstellung der Entwicklung der objektiven Zurechnung hat nun Christoph Hübner in seiner gleichnamigen, von Klaus Rogall betreuten Dissertation vorgelegt. Hübner zufolge lassen die unter dem Oberbegriff „objektive Zurechnung“ rubrizierten Konzeptionen sich zu zwei Grundtypen zusammenfassen. Dabei handelt es sich einerseits um die Gruppe der objektiv-voluntativen Zurechnungslehren und andererseits um diejenige der – heute im Vordergrund der Diskussion stehenden – normativen Zurechnungstheorien.

Nach Ansicht der Verfechter voluntativer Zurechnungstheorien sind die Mängel des naturalistischen Handlungsbegriffs so schwerwiegend, daß sie sich nur durch einen Rückgriff auf die naturrechtliche, maßgeblich von Pufendorf geprägte Imputationslehre beheben lassen. Entscheidend ist danach der vom freien Willen gesetzte Zweck des Täterhandelns. Während die Befürworter der finalen Handlungslehre dabei von der aktuellen Finalität, dem Vorsatz, ausgehen, begnügen die Vertreter der objektiv-voluntativen oder personalen Zurechnungslehre (Begründer: Larenz und Honig) sich mit einer potentiellen Zweckbestimmung. Zur Begründung greift Larenz auf die Rechtsphilosophie Hegels zurück. Was ein in seinem konkreten Sosein befangenes Individuum tatsächlich in seinen Willen aufnimmt, hängt von mannigfachen Zufälligkeiten ab. Das Recht aber muß Hegel zufolge den Menschen zunächst unabhängig von jenen Besonderheiten in den Blick nehmen. Den „für sich seiende(n) oder abstrakte(n) Willen“ nennt Hegel: „die Person“. Die objektiv-voluntativen Zurechnungslehren sind personale Konzeptionen in eben diesem Sinn: Was der Täter als Person, d.h. in der „Allgemeinheit (eines) für sich freien Willens“ (Hegel) vorhersehen kann, wird ihm objektiv zugerechnet. Damit läßt sich auch die Fahrlässigkeit ohne weiteres in die voluntative Zurechnung integrieren.

Im Unterschied zu den Vertretern voluntativer Ansätze begnügten die Anhänger der um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert entwickelten Adäquanztheorie sich mit einer vorsichtigen Weiterentwicklung des naturalistischen Handlungsverständnisses. Eine Bedingung ist demnach nur dann adäquat kausal für den Erfolg, wenn

sie die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts erhöht. Auf der Adäquanztheorie fußen die von Max Ludwig Müller und Engischs begründeten normativen Zurechnungslehren. Sie teilen das Anliegen der Adäquanztheorie, die Weite des naturalistischen Kausalitätsdenkens sinnvoll zu begrenzen, halten aber den alleinigen Rückgriff auf das Kriterium der Erfolgswahrscheinlichkeit für unzureichend. Deshalb suchen sie in einem ersten Schritt anhand wertender Kriterien zu ermitteln, ob der Täter das Risiko für das Opfer in einem rechtlich relevanten Umfang erhöht hat. Damit wird die objektive Zurechnung von vornherein auf die strafrechtlich relevanten, rechtlich verbotenen Gefährdungen, also auf das mißbilligte Risiko beschränkt. Wie Hübner zu Recht geltend macht, kann die Bewertung kausaler Handlungen anhand von Verhaltensnormen, die Gefährdungsverbote statuieren, aber nur zur Feststellung der Ordnungsmäßigkeit oder der Pflichtwidrigkeit der Handlung führen. Sie beinhaltet keine Bewertung der Handlung im Hinblick auf den konkret eingetretenen Erfolg. Die Verbindung zwischen dem Verhaltensnormverstoß und dem Erfolg soll nach Auffassung der Vertreter normativer Zurechnungsmodelle durch die Prüfung der Risikorealisation ermöglicht werden.

Mit der Ergänzung des Kriteriums der Risikosetzung um jenes der Risikorealisation geht, wie Hübner zeigt, ein Perspektivenwechsel einher. Während der in der Schaffung eines mißbilligten Risikos liegende Verhaltensnormverstoß aus einer ex ante-Perspektive beurteilt werden kann, läßt sich die Feststellung einer eingetretenen Risikorealisation nur aus einer ex post-Perspektive treffen. Die Zugrundelegung dieser Perspektive ist nach Hübners Ansicht aber „normtheoretisch nicht haltbar“, denn Normen könnten nur ex ante auf das Verhalten einwirken. Auf das Merkmal der Risikorealisation gänzlich zu verzichten sei aber ebenso wenig akzeptabel. Eine rein normative Betrachtung ex ante schneide sich nämlich „das eigentliche Ziel der objektiven Zurechnung ab: die Einbeziehung des konkreten Erfolgs in die normative Betrachtung“.

Das Dilemma der normativen Zurechnungslehren legt für Hübner eine Rückbesinnung auf die Stärken der objektiv-voluntativen Zurechnungstheorien nahe. Im Gegensatz zu den normativen Zurechnungslehren sei die Einbeziehung des konkreten Erfolgs in die normative Bewertung der Verhaltensnormen auf der Grundlage der objektiv-voluntativen Zurechnungstheorien ohne Probleme zu bewerkstelligen: Weil und insofern die Handlung des Täters als objektiv zweckhaft in bezug auf den konkreten Erfolg gesetzt gedacht werden könne, sei der Erfolg dem Täter objektiv zurechenbar. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn der Täter diejenigen Bedingungen willentlich beeinflussen könne, die notwendig seien, damit der Erfolgseintritt hinreichend bestimmt sei. Eine hinreichende Bestimmung der Erfolgsbedingungen sei darüber hinaus auch schon dann gegeben, wenn die Handlung in Hinblick auf die Erfolgsverursachung objektiv an einem Erfahrungssatz orientiert sei, der die übrigen, zur hinreichenden Erfolgserklärung notwendigen, aber vom Täter nicht konkret beeinflussbaren Bedingungen substituieren.

Die in diesem Sinn verstandene objektive Zweckhaftigkeit der Täterhandlung bedarf nach Hübners Auffassung allerdings für solche Fälle einer normativen Beschränkung, in denen der Gesetzgeber spezielle Verhaltensnormen zur Regelung bestimmter Gefahrenbereiche erlassen hat. Innerhalb des danach als erlaubt definierten Bereichs dürfe der Täter auf die Gefahrlosigkeit seiner Handlung vertrauen; deshalb sei der Schluß von der objektiven Zweckhaftigkeit der Handlung auf das Vorliegen eines mißbilligten Risikos in diesen Konstellationen unzulässig. Somit kann Hübner zufolge ein Erfolg dann einer Person objektiv zugerechnet werden, „wenn die kausale Handlung als objektiv zweckhaft in bezug auf den konkreten Erfolg gesetzt gedacht werden kann und nicht innerhalb des anhand von speziellen Sorgfaltsnormen gebildeten erlaubten Risikos liegt“.

Hübner gebührt Dank dafür, daß er die anspruchsvollen philosophischen Wurzeln der Lehre von der objektiven Zurechnung freigelegt hat. Angesichts dieser Leistung überrascht jedoch seine etwas holzschnittartige Gegenüberstellung objektiv-voluntativer und normativer Konzeptionen. Sämtliche Versionen der Lehre von der objektiven Zurechnung benötigen ein Zurechnungssubjekt, und dieses Zurechnungssubjekt kann in der ihm eigenen Abstraktion von den individuellen Besonderheiten des konkreten Täters nur ein durch und durch normatives Konstrukt sein. Der Wille, an dem die von Hübner sogenannten objektiv-voluntativen Konzeptionen den Täter festhalten wollen, stellt sich mit Blick auf das konkrete Täterindividuum deshalb unvermeidlich als eine normativ begründete Zuschreibung dar. Es kann deshalb nicht primär darum gehen, ein objektiv-voluntatives Verständnis der objektiven Zurechnung gegen einen normativen Ansatz auszuspielen; entscheidend ist vielmehr die Frage, *wie* die Person im Rahmen der Lehre von der objektiven Zurechnung im einzelnen zu konstruieren ist. Es ist das bedauerlichste Defizit von Hübners Buch, daß er dieser Frage nicht die gebührende Aufmerksamkeit widmet.

Es sind im wesentlichen zwei Personmodelle denkbar. Man kann sich entweder mit Hübner auf den Standpunkt stellen, daß sämtliche Handlungen, deren Erfolgsrelevanz in dem vom Verfasser präzisierten Sinn ein durchschnittlich kompetenter Handelnder zu erkennen vermocht hätte, die objektive Zurechnung des daraufhin eingetretenen Erfolgs erlauben. Wer so argumentiert, legt einen *vorrechtlichen* Personbegriff zugrunde: Die Person wird wesentlich über ihre tatsächliche Fähigkeit zur Bewirkung realer Außenwelterfolge verstanden. Die Alternative zu dieser Lesart besteht darin, die Person von vornherein als *Rechtsperson* zu begreifen, die nicht entscheidend an den tatsächlichen Auswirkungen ihrer Handlungen, sondern vielmehr daran interessiert sein muß, den von ihr angesichts der Art und Weise ihrer sozialen Selbstdarstellung erwarteten Beitrag zur Wahrung der Integrität anderer Rechtspersonen zu erbringen. Nur wenn man sie mit dem letztgenannten Personbegriff verknüpft, kann die Lehre von der objektiven Zurechnung eine eigenständige systematische Rolle innerhalb der Verbrechenslehre beanspruchen. Wie auch immer

man den Begriff des Verbrechens im einzelnen bestimmen mag, es dürfte sich schwerlich bestreiten lassen, daß konstitutiv für das Verbrechen das Moment des Rechtsbruchs ist. Die angestrebte Indizfunktion für den kriminellen Charakter eines bestimmten Verhaltens kann die Lehre von der objektiven Zurechnung deshalb lediglich dann entfalten, wenn innerhalb ihrer statt auf die tatsächliche Vorhersehbarkeit nachteiliger Außenweltveränderungen auf die Enttäuschung rechtlich relevanter Erwartungen abgestellt wird.

Der hier befürwortete Personbegriff unterscheidet sich in seinen Konsequenzen für die Lehre von der objektiven Zurechnung beträchtlich von Hübners Ansatz. Eine *erste* Differenz betrifft den systematischen Standort des erlaubten Risikos. Vor dem Hintergrund eines vorrechtlichen Personverständnisses ist es konsequent, dem erlaubten Risiko mit Hübner nur die Rolle eines zurechnungsbeschränkenden Korrektivs einzuräumen. Der hiesigen Position zufolge entfällt bei Einhaltung des *in concreto* einschlägigen Achtsamkeitsstandards hingegen bereits der Ansatzpunkt für eine objektive Zurechenbarkeit des Erfolgs. Ein *zweiter* Unterschied bezieht sich auf die Beachtlichkeit sogenannten Sonderwissens. Hübner legt ein konsequent faktizitätsorientiertes Verständnis der objektiven Bezweckbarkeit zugrunde. Daß ein bestimmter Erfolg vom Täter tatsächlich bezweckt worden ist, stellt für ihn eine hinreichende Begründung dafür dar, daß dieser Erfolg auch objektiv bezweckbar war. Für die objektive Zurechnung eines Erfolgs genügt es demnach, daß der Täter *realiter* – sei es auch nur aufgrund eines für etwaige Opfer gänzlich überraschenden Sonderwissens – den Tatablauf steuern konnte. Anders die hier vertretene Auffassung. Entscheidend ist danach nicht, was das konkrete Täterindividuum weiß und bezweckt, sondern was von einer Rechtsperson in der sozialen Rolle des Täters erwartet werden darf. Rolleninadäquates Sonderwissen des Täters muß deshalb außer Betracht bleiben. Ein *dritter* Differenzpunkt betrifft den Stellenwert von Erwägungen zur Risikorealisation innerhalb der Zurechnungsprüfung. In der Konzeption Hübners spielt dieser Gesichtspunkt keine eigenständige Rolle mehr; er soll in der Prüfung der objektiven Bezweckbarkeit aufgehen. Eine andere Gewichtung ergibt sich aus der hiesigen Auffassung. Welcher Beitrag zur Wahrung fremder Integrität von der einzelnen Rechtsperson erwartet wird, ist danach nicht Teil der Lehre von der objektiven Zurechnung. Dies ergibt sich vielmehr aus einem eigenständigen Komplex von Überlegungen – dem System der strafrechtlichen Zuständigkeitsbegründungstatbestände („Garantenstellungen“). Ihren Hauptanwendungsbereich hat die Lehre von der objektiven Zurechnung nach hiesigem Verständnis deshalb in der Frage, welche der Folgen seines erwartungswidrigen Verhaltens der Täter zu verantworten hat. Die bislang subtilste Antwort darauf haben Jakobs und Puppe gegeben. Danach sind dem Täter jene Erfolge objektiv zurechenbar, die man – unter Berücksichtigung etwaiger Zuständigkeitsbeiträge des Verletzten selbst sowie dritter Personen – nicht ohne Heranziehung jener Informationen erklären kann, aus denen das Unerlaubte des vom Täter gesetzten Risikos hervorgeht.

Eine systematisch vollständig überzeugende Bewältigung des Themas „objektive Zurechnung“ ist Hübner demnach nicht gelungen. Dessen ungeachtet hat er eine Arbeit von außergewöhnlich hoher Qualität vorgelegt, die in ihrer Tiefgründigkeit manche Habilitation in den Schatten stellt. Es ist der Strafrechtsdogmatik zu wünschen, daß sie die vielfältigen Anregungen dieses Werks aufnimmt und in der weiteren Diskussion gebührend berücksichtigt.

Professor Dr. **Michael Pawlik** (LLM Cantab.), Universität Regensburg

Gisela Manske, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, Zu einem zentralen Begriff der internationalen Strafgerichtsbarkeit, Duncker & Humblot, Berlin 2003, 400 S., € 89,90, ISBN 3-428-10590-7

Mit der Dissertationsschrift von Manske wird eines der wohl grundlegenden Konzepte des internationalen Strafrechts in Gestalt der *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* aufgegriffen und einer nicht nur ausführlichen (400 S.), sondern auch inhaltlich fundierten Untersuchung zugeführt. Anliegen der Verfasserin ist es dabei zu prüfen, ob Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verstöße gegen einen Mindeststandard menschlichen Verhaltens oder als Verbrechen an der gesamten Menschheit „mit der Folge einer entsprechenden Rechtfertigung zur „universellen“ Ahndung“ (S. 29, siehe auch S. 31) zu verstehen sind.

Auf der Suche nach dem „spezifischen Charakter des Konzepts der Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ (S. 31) will sich die Verfasserin von den auf internationaler Ebene bisher erfolgten Bemühungen um eine Kodifikation dieses Konzepts lösen, da die hier vorzufindenden verschiedenen Definitionen – mit Ausnahme des Statuts für einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof in Rom von 1998 – stets nur reaktiv auf den jeweiligen Anwendungsfall zugeschnitten waren (S. 31, 32). Unter Aufgreifen jener bisherigen Kodifikationsbemühungen und mittels eines Vergleichs dieser auf ihre übereinstimmenden Merkmale hin strebt die Verfasserin ein abstrakt gefasstes juristisches Konzept (S. 32) der Verbrechen gegen die Menschlichkeit an und versucht so, „die normative Grundstruktur des Konzeptes von seinen anerkannten Anwendungsfällen zu abstrahieren“ (S. 32).

Zur Erreichung dieses Untersuchungszwecks gliedert die Verfasserin ihre Arbeit in 7 Teile, wobei die Teile 1 bis 4 der Herausarbeitung der normativen Grundstruktur des Konzepts der Verbrechen gegen die Menschlichkeit als ersten Untersuchungsschritt (S. 33) dienen. In einem zweiten Untersuchungsschritt, der die Verfasserin die Teile 5 bis 7 zuordnet (S. 33), soll sodann geklärt wer-

den, „weshalb diese Grundstruktur einen notwendig internationalen Bezug aufweist“ (S. 33).

Die Arbeit beginnt mit einer ausführlichen Aufarbeitung und Analyse der historischen Entwicklung des Konzepts der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und dessen Anwendung durch die Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR) im ersten Teil der Arbeit (S. 35-108).

Im Anschluss geht die Verfasserin der Frage nach, „ob und inwieweit dieses Konzept im internationalen Recht verankert ist“ (S. 109). Ausgehend von dem Umstand, dass es kein internationales Abkommen gibt, das sich speziell und eigens sowie in umfassender Weise mit dem Konzept der Verbrechen gegen die Menschlichkeit beschäftigt (S. 110), untersucht die Verfasserin im zweiten Teil ihrer Arbeit (S. 109-153), ob und in welchem Maße „Teilbereiche bzw. Unterfälle“ (S. 110) des Konzepts im Rahmen von bestehenden internationalen Abkommen kodifiziert werden. Dabei greift die Verfasserin auf die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes von 1948, die Konvention über die Unterdrückung und Bestrafung des Verbrechens der Apartheid von 1973 und das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe von 1984 zurück und sucht nach übereinstimmenden Merkmalen, die charakteristisch für den Oberbegriff der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind (S. 149-153).

Gegenstand des kürzer gehaltenen dritten Teils der Arbeit sind „Definitionen des Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ (S. 154-174), wobei die Verfasserin hier zunächst die Kodifikationsarbeiten der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (ILC) im Rahmen ihrer Bemühungen um die Schaffung eines „internationalen Strafgesetzbuches“ (S. 33) und sodann die Definition der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem 1998 verabschiedeten Statut eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs darstellt.

Den Abschluss des ersten Untersuchungsschritts zur Herausarbeitung der Grundstruktur des Konzepts der Verbrechen gegen die Menschlichkeit bildet der 4. Teil der Arbeit zur „Interpretation des Konzepts durch die Rechtsprechung“ (S. 174-213), in dem in gut strukturierter Weise dargelegt wird, in welcher Weise der jeweilige Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zum einen durch die Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg (S. 176-194) und zum anderen durch die Rechtsprechung der Kammern des Internationalen Strafgerichtshofes für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) ausgelegt wurde.

Wünschenswert wäre es gewesen, wenn die gefundenen Erkenntnisse aus dem 1. bis 4. Teil der Arbeit, welche die Verfasserin ihrem ersten Untersuchungsschritt zuordnet (S. 33), in einem zumindest kurz gehaltenen „Zwischenergebnis“ zusammengefasst worden wären oder der Übergang zu dem sich nun „nahtlos“ anschließenden zweiten Untersuchungsschritt in deutlicherer Weise

durch eine entsprechende Gliederung kenntlich gemacht worden wäre.

Um in diesem zweiten Untersuchungsschritt die Frage zu beantworten, weshalb die Grundstruktur der Verbrechen gegen die Menschlichkeit „einen notwendig internationalen Bezug aufweist“ (S. 33), untersucht die Verfasserin im 5. Teil ihrer Arbeit mit dem Titel „Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verstoß gegen einen Mindeststandard „menschlichen Verhaltens““ (S. 214-264) zunächst den „Begriff der Menschlichkeit oder Humanität“ (S. 215-221). Für die Darstellung der „Philosophischen Grundlagen des Begriffs der „Humanität““ (S. 215-220) geht sie dabei, wenn auch in einer etwas kurzen Weise, auf die rechtphilosophischen Konzepte von Radbruch und Kant im Rahmen der „Trias Bildung, Menschenfreundlichkeit und Menschenwürde“ (S. 216-219) ein.

Als Ergebnis der sich anschließenden Beschäftigung mit der sog. „Martensschen Klausel“ (S. 221-228) stellt die Verfasserin fest, „daß die Gesetze der Menschlichkeit ein im internationalen Recht zu berücksichtigender Wertmaßstab sind“ (S. 227).

Zur anschließenden Bestimmung des *Inhaltes* des Begriffs der Gesetze der Menschlichkeit (S.228) zieht die Verfasserin sodann das *Recht der Menschenrechte* als auch das *humanitäre Völkerrecht* als komplementär ineinander greifende Rechtsgebiete (S. 231 f.) heran. Im Rahmen der Suche nach dem Inhalt des Mindeststandards menschlichen Verhaltens (S. 232) werden dabei für das Recht der Menschenrechte verschiedene Menschenrechtsabkommen, nämlich der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR), die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) miteinander verglichen (S. 232-235). Für die Mindeststandards des humanitären Kriegsvölkerrechts beschäftigt sich die Verfasserin mit den Genfer Konventionen von 1949 und den Zusatzprotokollen von 1977 (S. 236-250), dem „Mindeststandard im gemeinsamen Artikel drei der Genfer Abkommen von 1949“ sowie der „Erklärung eines humanitären Mindeststandards“ (S. 250-254).

Nachdem durch die vorangehenden Untersuchungen aufgezeigt werden konnte, „daß im internationalen Recht eine Reihe von Mindeststandards „menschlichen Verhaltens“ kodifiziert sind“ (S. 255), prüft die Verfasserin anschließend, inwieweit die in Art. 7 des Statutes von Rom niedergelegten Anknüpfungstaten für eine Strafbarkeit wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit den Mindeststandards des Rechts der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts entsprechen (S. 255-262).

Untersuchungsgegenstand des folgenden 6. Teils der Arbeit sind die „Verbrechen gegen die Menschlichkeit als internationale Verbrechen“, in dessen Rahmen die Verfasserin – im Anschluss an Ausführungen zur „Definition des „Internationalen Verbrechens““ (S. 266-277) – „verschiedene Anknüpfungspunkte für eine notwendige Betroffenheit der internationalen Gemeinschaft

...thesenartig formuliert und sodann auf ihre Tragfähigkeit hin überprüft“ (S. 265). In Bezug auf die von der Verfasserin untersuchten Thesen, warum Verbrechen gegen die Menschlichkeit Verbrechen des internationalen Rechts sind, folgt eine ausführliche und differenzierte Auseinandersetzung (S. 277-331) mit den Verbrechen gegen die Menschlichkeit „als Bedrohung bzw. Bruch des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit“, „als schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen“, „als Massenverbrechen“, „als Teil eines „systematischen oder weitverbreiteten Angriffes gegen irgendeine Zivilbevölkerung““, „als „staatliche Verbrechen““, als Verstoß gegen die Gleichberechtigung“ und „als Verstoß gegen das Existenzrecht“.

Mit dem letzten, 7. Teil der Arbeit mit dem Titel „Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit“ greift die Verfasserin ihre eingangs gestellte Ausgangsfrage wieder auf, indem sie untersucht, ob die Verbrechen gegen die Menschlichkeit „als Verbrechen an der gesamten Menschheit“ (S. 29) zu verstehen sind. Nach einer Beschäftigung mit der Struktur der Völkerrechtsgemeinschaft, einschließlich des Grundsatzes der Staatensouveränität (S. 333-360) und Ausführungen zur „internationalen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft“ (S. 360-364) zeigt die Verfasserin im Rahmen der „Konsequenzen für die Bestimmung der Verbrechen an der Menschheit“ (S. 365-374) auf, dass Verbrechen an der Menschheit solche Taten sind, „die die Grundlage der internationalen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft in Frage stellen“ (S. 365) bzw. die „zu einem Zustand der Rechtlosigkeit führen, der die gesamte internationale Gemeinschaft betrifft“ (S. 365). Anschließend gelangt sie zu ihrer These vom Kernpunkt der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wonach sich diese als „Verstöße gegen das Menschenrechtsprinzip“ (S. 368-374) darstellen. Ausgehend vom „Schutz des Menschen als Aufgabe der internationalen Gemeinschaft“ (S. 368) heißt es zum Inhalt des Menschenrechtsprinzips (S. 369-370), dass dieses beinhalte, „als Träger von Menschenrechten anerkannt zu werden. Es ist damit mit einem Recht auf Rechtsfähigkeit bzw. Rechtssubjektivität gleichzusetzen“ (S. 370).

Nach einem kurzen Eingehen auf die „Maxime der Rechtlosigkeit bestimmter Menschengruppen als Verstoß gegen das Menschenrechtsprinzip“ (S. 371-373) sowie auf die Rechtfertigung des Eingreifens der internationalen Gemeinschaft (S. 373-374) im Falle des „Bestehen(s) eines Zustandes der Rechtlosigkeit gerade im Hinblick auf die Gewährleistung des Menschenrechtsprinzips“ (S. 373) widmet sich die Verfasserin in einer ebenfalls leider nur recht kurz gehaltenen Weise zum einen der Thematik der „Anknüpfungspunkte für die Strafbarkeit des einzelnen Täters“ (S. 374-376) und zum anderen den „Konsequenzen für die Befugnis zur „humanitären Intervention““ (S. 376-377). Wünschenswert sowie hilfreich wäre es gerade auch in Anbetracht der ausführlichen und inhaltlich differenzierten Prüfungsweise in den vorangehenden Abschnitten bzw. verschiedenen Teilen der Arbeit gewesen, wenn auch letztere Themenpunkte einge-

hender untersucht oder zumindest in vermehrtem Maße weiterführende Literaturhinweise gegeben worden wären.

Zu einer insgesamt besseren Abrundung der Arbeit hätte zudem beigetragen, wenn die Vielzahl der gewonnenen Erkenntnisse in einem abschließenden eigenständigen Arbeitsteil zusammengefasst worden wären. Trotz letzterer Hinweise der Rezensentin, die weniger als Kritik als vielmehr als Anregung und Wunsch zu verstehen sind, handelt es sich bei der vorliegenden Arbeit nicht nur um eine inhaltlich gut durchdachte, sondern auch um eine

differenziert sowie verständlich strukturiert dargestellte Untersuchung des Konzepts der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die allen sich für dieses Themengebiet interessierenden Lesern einen großen Fundus an Informationen und Anregungen zum eigenen Nach- und Weiterdenken vermittelt.

Oberass. Dr. **Daniela Demko**, LL.M.Eur., Universität 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.

134. BGH 2 StR 138/04 - Urteil vom 12. Januar 2005 (LG Frankfurt/Main)

Letztes Wort; Beweiskraft des Protokolls (Erschütterung durch dienstliche Erklärungen); Berichtigung des Protokolls nach zulässiger Verfahrensrüge; Schuldfähigkeit (Spielsucht); Zweifelssatz (Wahrunterstellung; Rechtsfrage).

§ 274 StPO; § 258 Abs. 2 StPO; § 258 Abs. 3 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB; Art. 2 Abs. 1 GG; 20 Abs. 3 GG

135. BGH 2 StR 229/04 - Urteil vom 12. Januar 2005 (LG Kassel)

BGHSt; Heimtückemord (bedingter Anstiftersvorsatz; Gleichgültigkeit hinsichtlich der Tatausführung); niedrige Beweggründe (Tötung aus Gefälligkeit); Rechtskraft des Urteils gegen den Haupttäter (Bindungswirkung); gekreuzte Mordmerkmale.

§ 211 StGB; § 26 StGB; § 15 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 StGB

136. BGH 2 StR 402/04 - Urteil vom 19. Januar 2005 (LG Meiningen)

Verfallsanordnung (hinreichende Tatsachengrundlage für die Schätzung des erlangten Geldbetrages); Einziehung (hinreichend bestimmte Bezeichnung der Gegenstände); Tatmodalitäten (Mittäterschaft; Angabe im Urteilstenor).

§ 73 StGB; § 74 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

137. BGH 2 StR 445/04 - Beschluss vom 28. Januar 2005 (LG Trier)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verfahrensrügen, Sachrügen); verminderte Schuldfähigkeit (Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit).

§ 44 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; 21 StGB

1. Wenn die Sachrüge fristgemäß erhoben ist, kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung von Verfahrensrügen nur ausnahmsweise gewährt werden.

2. Eine verminderte Einsichtsfähigkeit gem. § 21 StGB ist erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Einsicht in das Unrecht der Tat auch tatsächlich zur Folge hat. In diesem Fall kann § 21 StGB wiederum nur angewendet werden, wenn dem Täter das Fehlen der Unrechtseinsicht vorzuwerfen ist. Kann ein solcher Vorwurf nicht erhoben werden, greift § 20 StGB ein mit der Folge, dass eine Bestrafung ausscheidet (st. Rspr., vgl. BGHSt 21, 27, 28 f. und zuletzt BGH 4 StR 388/04, Beschluss vom 4. November 2004).

138. BGH 2 StR 449/04 - Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Trier)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 64 StGB

139. BGH 2 StR 451/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Frankfurt)

Einziehung; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 74 StGB; § 29 BtMG

140. BGH 2 StR 472/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Kassel)

Mord; besondere Schwere der Schuld (Regel-Ausnahme-Verhältnis); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.

§ 211 StGB; § 57a StGB; § 268 StPO

141. BGH 2 StR 489/04 - Beschluss vom 14. Januar 2005 (LG Darmstadt)

Schuldpruchänderung (andere Alternative desselben Tatbestands).

§ 260 Abs. 4 StPO

142. BGH 2 StR 498/04 - Beschluss vom 22. Dezember 2004 (LG Koblenz)

Verfall (Vorrang der Ansprüche des Geschädigten).
§ 73 StGB

143. BGH 2 StR 503/04 - Beschluss vom 19. Januar 2005 (LG Kassel)

Beiordnung eines Beistands (Fortwirkung über die Instanz hinaus).
§ 397a StPO

144. BGH 2 StR 529/04 - Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Wiesbaden)

Zuständigkeit zur Verwerfung der Revision als unzulässig.
§ 349 Abs. 1 StPO; § 346 Abs. 1 StPO

145. BGH 2 StR 555/04 - Beschluss vom 28. Januar 2005 (LG Koblenz)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; ein- und derselbe Güterumsatz).
§ 29 BtMG

146. BGH 2 ARs 15/05 / 2 AR 20/05 - Beschluss vom 2. Februar 2005

Zuständigkeit für nachträgliche Entscheidungen über den Widerruf der Bewährung (Befasstsein mit einer Sache).
§ 462a StPO

147. BGH 2 ARs 152/04 2 AR 101/04 - Beschluss vom 21. Januar 2005

Rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren gegen unanfechtbare Entscheidung.
§ 33a StPO; § 29 Abs. 1 EGGVG; § 304 Abs. 4 StPO

148. 2 ARs 250/04 2 AR 157/04 - Beschluss vom 24. Januar 2005

Rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren gegen unanfechtbare Entscheidung.
§ 33a StPO; § 29 Abs. 1 EGGVG; § 304 Abs. 4 StPO

149. BGH 2 ARs 402/04 / 2 AR 254/04 - Beschluss vom 14. Januar 2005

Abgabe des Verfahrens (Vorteile für das Verfahren).
§ 42 JGG

150. BGH 2 ARs 430/04 / 2 AR 281/04 - Beschluss vom 19. Januar 2005

Zuständigkeit des Gerichts des Aufenthaltsorts.
§ 42 Abs. 3 JGG; § 108 Abs. 1 JGG

151. BGH 2 ARs 461/04 / 2 AR 294/04 – Beschluss vom 9. Februar 2005

Anfechtbarkeit von Beschlüssen des OLG in Haftsachen (erstinstanzliche Zuständigkeit des OLG).
§ 304 Abs. 4 StPO; § 120 Abs. 1 GVG

152. BGH 2 ARs 471/04 / 2 AR 298/04 - Beschluss vom 21. Januar 2005

Zuständigkeitsbestimmung; Verfahrensabgabe.
§ 42 Abs. 3 JGG

153. BGH 3 StR 235/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Wuppertal)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.
§ 154 StPO

154. BGH 3 StR 348/04 - Urteil vom 2. Dezember 2004 (LG Itzehoe)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung); Doppelverwertungsverbot; angemessene Rechtsfolge.
§ 55 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO; § 354 Abs. 1 b Satz 3 StPO

155. BGH 3 StR 362/04 - Urteil vom 16. Dezember 2004 (LG Verden)

Urteilsgründe (Strafzumessung; Randbereiche des Strafrahmens); Raub (Beisichführen einer Waffe in der Beendigungsphase; Vorsatz des Beisichführens); Strafzumessung (ausländerrechtliche Folgen; Nachtatverhalten: Rückgabe der Beute).
§ 46 Abs. 2 StGB; § 267 StPO; § 250 Abs. 1 StGB

156. BGH 3 StR 411/04 - Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Lübeck)

Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils (überzogene Strafmilderung; Verfahrensabsprachen); fair trial (Drohung mit nicht schuldangemessener Strafe; Verwertungsverbot hinsichtlich des betroffenen Geständnisses); Geständnis (strafmildernde Wirkung); Verfahrensrüge (Begründungsanforderung; Einführung von Urkunden; Inbegriff der Hauptverhandlung).
§ 136a StPO; § 46 Abs. 2 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 344 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

157. BGH 3 StR 422/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Oldenburg)

Präklusion der Besetzungsrüge (Ausnahme bei nicht erkennbar falscher Besetzung); Zweierbesetzung einer großen Strafkammer; Unabänderlichkeit des Besetzungsbeschlusses nach Eröffnung der Hauptverhandlung.
§ 338 Nr. 1 StPO; § 222b StPO; § 76 GVG

158. BGH 3 StR 424/04 - Beschluss vom 30. November 2004 (LG Lübeck)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; eigennütziges Handeln).
§ 29 BtMG

159. BGH 3 StR 430/04 - Beschluss vom 15. Dezember 2004 (LG Flensburg)

Kosten des Adhäsionsverfahrens; besonders schwere Vergewaltigung (Versuch; unmittelbares Ansetzen).
§ 91 ZPO; § 472a StPO; § 22 StGB; § 23 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

160. BGH 3 StR 431/04 - Urteil vom 27. Januar 2005 (LG Duisburg)

Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer kindlichen Zeugin (prinzipiell vorhandenen eigene Sachkunde des Richters; ausnahmsweise erforderliches aussagepsychologisches Gutachten).
§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO

161. BGH 3 StR 442/04 - Beschluss vom 16. Dezember 2004 (LG Duisburg)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).
§ 55 StGB

162. BGH 3 StR 445/04 – Beschluss vom 25. Januar 2005 (LG Düsseldorf)

Ziel des Strafprozesses (Wahrheitsfindung in einem prozeßordnungsgemäßen Verfahren); Verteidigerverhalten und Verfahrensmissbrauch (Standesmäßigkeit; Rechtmäßigkeit; Legitimität; Konfliktverteidigung).
Vor § 1 StPO; § 137 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK

163. BGH 3 StR 450/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Oldenburg)

Zweifelsatz; verminderte Schuldfähigkeit (erstmaligen Sexualdelinquenz in hohem Alter).
§ 21 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

164. BGH 3 StR 451/04 - Beschluss vom 21. Dezember 2004 (LG Lübeck)

Urteilsgründe (erzählerische Sachverhaltsdarstellung; Subsumtion).
§ 267 StPO

165. BGH 3 StR 454/04 - Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Osnabrück)

Gesamtstrafenbildung (Wegfall einer Einzelstrafe); Beruhen.
§ 54 StGB; § 337 StPO

166. BGH 3 StR 456/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Düsseldorf)

Urteilsgründe (Wiedergabe von Zeugenaussagen).
§ 267 StPO

167. BGH 3 StR 457/04 - Beschluss vom 18. Januar 2005 (LG Verden)

Strafzumessung; Gleichheitssatz (keine Gleichheit im Unrecht; unverständlich niedrige Strafe für nichttrevidierenden Mitangeklagten); Beruhen.
§ 46 Abs. 2 StGB; Art. 3 Abs. 1 GG; § 337 StPO

168. BGH 3 StR 459/04 - Beschluss vom 18. Januar 2005 (LG Itzehoe)

Unerlaubter Erwerb von Betäubungsmitteln (Konkurrenzen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtstaatswidriger Verfahrensverzögerung; fehlerhafte Kompensation; „doppelter Rabatt“).
§ 29 Abs. 1 BtMG; Art. 6 Abs. 1 EMRK

Hinter dem Tatbestand des Erwerbs von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) tritt der Auffangtatbestand des Besitzes (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) zurück, es sei denn, es stehen Betäubungsmittel in nicht geringen Mengen in Frage.

169. BGH 3 StR 403/04 - Beschluss vom 22. Dezember 2004 (LG Mönchgladbach)

Gesetzlicher Richter; eigene Strafzumessung durch das Revisionsgericht (Herabsetzung des Strafmaßes nach Wegfall eines als Tateinheitlich abgeurteilten Delikts).
§ 354 Abs. 1 StPO; § 46 Abs. 2 StGB; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

170. BGH 3 StR 482/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Lüneburg)

Urteilsgründe (Beweiswürdigung; Wiedergabe von Zeugenaussagen).
§ 267 StPO

Die Beweiswürdigung im Urteil soll keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme enthalten, sondern lediglich belegen, warum bestimmte bedeutsame Umstände so wie dem Urteil zugrundegelegt festgestellt wurden.

171. BGH 3 StR 496/04 - Beschluss vom 25. Januar 2005 (LG Lüneburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf Behandlungserfolg); Urteilsgründe.
§ 64 StGB; § 267 StPO

172. BGH 1 StR 476/04 – Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Augsburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Anbau von Marihuana-Pflanzen).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

173. BGH 1 StR 527/04 – Beschluss vom 20. Dezember 2004 (LG Mosbach)

Lückenhafte Beweiswürdigung (Erörterung gleich nahe liegender Sachverhaltsvarianten).
§ 261 StPO

174. BGH 1 StR 563/04 – Beschluss vom 13. Januar 2005 (LG Ravensburg)

Wirksame Rücknahmeerklärung eines Jugendlichen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.
§ 302 StPO

175. BGH 4 StR 222/04 – Beschluss vom 20. Januar 2005 (LG Detmold)

Nachtragsanklage; Hinweispflicht.
§ 265 StPO; § 266 Abs. 1 StPO

176. BGH 4 StR 237/04 – Beschluss vom 14. Dezember 2004 (LG Halle)

Schuldpruchänderung; Tenorierung (Klarstellung; Tatmodalitäten; angewendete Vorschriften); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot und unzulässige Strafschärfung auf Grund zulässigen Verteidigungsverhaltens).
§ 46 StGB; § 260 StPO; § 354 StPO

Tatmodalitäten, die kein eigenes Unrecht darstellen oder die allein für die Strafzumessung von Bedeutung sind (hier: gemeinschaftliche Begehung der Tat), sind aus Gründen der Übersichtlichkeit im Tenor nicht zu erwähnen.

nen (vgl. BGHSt 27, 287, 289). Derartige Angaben finden ihren angemessenen Platz vielmehr im Verzeichnis der angewendeten Strafvorschriften nach § 260 Abs. 5 StPO.

177. BGH 4 StR 237/04 – Beschluss vom 14. Dezember 2004 (LG Halle)

Schuldpruchänderung; Tenorierung (Klarstellung; Tatmodalitäten; angewendete Vorschriften); Strafzumessung (Begründungsanforderungen).

§ 46 StGB; § 260 StPO; § 354 StPO; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

178. BGH 4 StR 343/04 – Beschluss vom 19. Januar 2005 (LG Essen)

Wertersatzverfall (keine betragsmäßige Anrechnung von im Ausland endgültig eingezogenen Vermögenswerte; Berücksichtigung in der Härtefallprüfung).

§ 73a StGB; § 73c StGB; § 51 Abs. 3 StGB

179. BGH 4 StR 422/04 – Urteil vom 13. Januar 2005 (LG Münster)

Beweiswürdigung (widersprüchliche Aussagen der kindlichen vermeintlichen Opferzeugin; Schwächen der Aussagen beim Kerngeschehen im Gegensatz zum Randgeschehen; Darlegungsanforderungen beim Freispruch; fehlende Konfrontation; Zeugnisverweigerung).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 176a StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

180. BGH 4 StR 426/04 – Beschluss vom 9. November 2004 (LG Essen)

BGHR; Kostenentscheidung bei Vorgehen nach § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO durch das für das Nachverfahren nach §§ 460, 462 StPO zuständige Gericht (unmögliche Entscheidung durch das Revisionsgericht selbst); Gesamtstrafenbildung (verkannte Zäsurwirkung).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO; § 462 StPO; § 460 StPO

181. BGH 4 StR 469/04 – Urteil vom 13. Januar 2005 (LG Halle)

Richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren (Benachrichtigung des Verteidigers nur bei zukünftiger Vernehmung; Wartepflicht im Einzelfall; Anwesenheit der Erziehungsberechtigten; Zulässigkeit einer Verfahrensrüge); schriftliche Urteilsgründe; Begründung einer hohen Jugendstrafe (Abstellen auf ein „völlig cooles und überheblich-arrogantes Verhalten“; Geltung des in dubio pro reo Grundsatzes); redaktioneller Hinweis.

§ 18 JGG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c, d EMRK; § 168c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 267 StPO

182. BGH 4 StR 483/04 – Beschluss vom 1. Februar 2005 (LG Landau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

183. BGH 4 StR 485/04 – Beschluss vom 5. Januar 2005 (LG Dessau)

Gesamtstrafenbildung (fehlender Härteausgleich bei

unmöglicher Einbeziehung einer Jugendstrafe).

§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 17 JGG

184. BGH 4 StR 503/04 – Beschluss vom 1. Februar 2005 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

185. BGH 4 StR 512/04 – Beschluss vom 5. Januar 2005 (LG Dessau)

Strafverfolgungsverjährung bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (keine Rückwirkung bei vorherigem Verjährungsablauf; Urteilsaufhebung).

§ 78 b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 StGB

186. BGH 4 StR 516/04 – Beschluss vom 9. Dezember 2004 (LG Hagen)

Versuchte schwere Brandstiftung (Brandstiftungsvorsatz; fehlende Grundlage; Brandlegung; Erfassung wesentlicher Gebäudeteile).

§ 306 a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 22 StGB

187. BGH 4 StR 518/04 – Beschluss vom 5. Januar 2005 (LG Detmold)

Strafzumessung (bedenkliche pauschale Ausführungen: Abstellen auf das gesamte Tatbild; Doppelverwertungsverbot).

§ 46 Abs. 3 StGB

188. BGH 4 StR 519/04 – Beschluss vom 1. Februar 2005 (LG Dortmund)

Mittäterschaftlich begangene bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Zurechnung der einzelnen Tat nach den Grundsätzen der Beteiligungsformen, nicht infolge der Bandenmitgliedschaft).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 30a Abs. 1 BtMG

189. BGH 4 StR 520/04 – Beschluss vom 5. Januar 2005 (LG Bochum)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht des Angeklagten (Ausschluss einer Verhandlungsunfähigkeit; akute Belastungsreaktion; Klärung im Freibeweisverfahren).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

190. BGH 4 StR 529/04 – Beschluss vom 4. Januar 2005 (LG Magdeburg)

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung des länger andauernden Zustandes der Schuldunfähigkeit oder erheblich verminderten Schuldfähigkeit; Gesamtwürdigung bei der Persönlichkeitsstörung: schwere andere seelische Abarbeitung); Öffentlichkeitsgrundsatz (Hinweispflichten bei Verlegung der Hauptverhandlung).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 169 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

191. BGH 4 StR 530/04 – Beschluss vom 25. Januar 2005 (LG Essen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erörterungsmangel; zwingende Anwendung).

§ 64 StGB

192. BGH 4 StR 540/04 – Urteil vom 3. Februar 2005 (LG Saarbrücken)

Beweiswürdigung (Überzeugungsmaßstab; überspannte Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung bei als glaubhaft eingestufte Aussage der betroffenen Tatzeugin; Aussage gegen Aussage).

§ 261 StPO

193. BGH 4 StR 545/04 – Beschluss vom 5. Januar 2005 (LG Neuruppin)

Verfahrenshindernis der fehlenden Anklage (Begriff der Tat im prozessualen Sinne bei Verkehrsunfällen; Nachtragsanklage).

§ 264 StPO; § 266 StPO

194. BGH 4 StR 547/04 – Beschluss vom 9. Februar 2005 (LG Paderborn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

195. BGH 4 StR 591/04 – Beschluss vom 25. Januar 2005 (Schiffahrtsobergericht Naumburg)

Unzulässige Revision in einer Binnenschiffahrtssache.

§ 10 BinSchVerfG

196. BGH 5 StR 168/04 – Urteil vom 2. Februar 2005 (LG Berlin)

Vorteilsannahme (Begriff des Vorteils; Unrechtsvereinbarung; Vorsatz; Irrelevanz persönlicher Beziehungen; Sozialadäquanz; Verbotsirrtum).

§ 331 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 17 StGB

197. BGH 5 StR 191/04 – Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Kaiserslautern)

BGHR; Zwangsmittelverbot bei anhängigem Steuerstrafverfahren (nemo tenetur se ipsum accusare; Abgabe von Steuererklärungen für nachfolgende Besteuerungszeiträume; strafrechtliches Verwendungsverbot; kein Ausschluss anderweitiger Ermittlungen im Sinne der Selbstanzeige; Suspendierung der Erklärungspflicht); auffallend späte Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (Verstoß gegen das faire Verfahren; Strafzumessungslösung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 370 AO; § 371 AO; § 393 Abs. 1 AO; § 152 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

198. BGH 5 StR 271/04 – Urteil vom 12. Januar 2005 (LG Dresden)

(Gewerbsmäßige) Steuerhinterziehung (Verhältnis zwischen der Abgabe falscher Umsatzsteuerjahreserklärungen zu den vorangegangenen falschen monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen: Tatmehrheit, Steuerverkürzung auf Zeit bzw. auf Dauer im Einzelfall; Suspendierung).

§ 370 AO; § 370a AO; § 18 Abs. 1 UStG; § 46 StGB; § 53 StGB; § 393 AO

199. BGH 5 StR 290/04 – Urteil vom 26. Januar 2005 (LG Cottbus)

Abgrenzung von Totschlag und schwerer Körperverletzung (Tötungsvorsatz bei schwerwiegenden Gewalthand-

lungen; bewusste Fahrlässigkeit; Einbeziehung von Mitäterschaft bei unmöglicher Zuordnung von Einzelhandlungen); neue Grundsätze zur Strafrahmenverschiebung bei Alkoholkonsum (Trinken in Gruppen; Gefahrerhöhung).

§ 212 StGB; § 224 StGB; § 226 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

200. BGH 5 StR 301/04 – Urteil vom 12. Januar 2005 (LG Aachen)

Steuerhinterziehung (überhöhter Hinterziehungsschaden: fehlerhafter Ansatz der Körperschaftsteuer und der Einkommensteuer; Gesamtbetrachtung bei Körperschaftshinterziehung und korrespondierender Einkommensteuereinerziehung); Strafzumessung (Vermeidung von Doppelbelastungen; Kompensationsverbot; begrenzte Revisibilität).

§ 370 AO; § 370 Abs. 4 Satz 3 AO; § 46 StGB

201. BGH 5 StR 84/04 – Urteil vom 3. Februar 2005 (LG Leipzig)

Untreue (fehlende Feststellungen; zutreffende Analyse der vertraglichen Bindungen und Nachteilsabwendungsoptionen); Vernehmung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft als Zeuge (Beruhen);

§ 266 StGB; § 315 BGB; § 316 BGB; § 24 StPO; § 337 StPO

202. BGH 5 StR 476/04 – Beschluss vom 3. Februar 2005 (LG Berlin)

Unterlassene Erörterung eines Aufklärungserfolges nach § 31 Nr. 1 BtMG bei einem Geständnis, das eine sichere Verurteilungsgrundlage für die Verurteilung weiterer Angeklagter bietet; Erstreckung auf den nichtrevidierenden Mitangeklagten.

§ 46 StGB; § 31 Nr. 1 BtMG; § 357 StPO

203. BGH 5 StR 510/04 – Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Berlin)

Beihilfe zur Steuerhinterziehung (maßgeblicher Zeitpunkt der Beihilfehandlung; Verbot der Rückwirkung); gewerbsmäßige Steuerhinterziehung (Bedenken hinsichtlich der Verfassungsgemäßheit; Bestimmtheitsgrundsatz; Berechnungsdarstellung); redaktioneller Hinweis.

§ 2 StGB; § 8 StGB; § 27 StGB; § 370 AO; § 370a AO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 7 EMRK

204. BGH 5 StR 529/04 – Urteil vom 1. Februar 2005 (LG Berlin)

Verurteilung wegen Totschlages bei einer Eifersuchtstat (Mord: Heimtücke, fehlende bewusste Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers; niedrige Beweggründe; noch hinnehmbare Strafrahmenverschiebung; Berücksichtigung des Rechtsgedanken des § 60 StGB).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 60 StGB

205. BGH 5 StR 540/04 – Urteil vom 1. Februar 2005 (LG Berlin)

Sicherungsverfahren; Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (psychotische Störung; Drogenmissbrauch in der Techno-Szene; kon-

krete Erfolgsaussicht); mögliche Umstellung des Maßregelvollzugs nach § 67a Abs. 1 StGB.

§ 413 StPO; § 63 StGB; § 64 StGB; § 67a Abs. 1 StGB

206. BGH 5 StR 549/04 – Beschluss vom 26. Januar 2005 (LG Potsdam)

Fehlerhafte Strafschärfung wegen verschuldeter Tatfolgen (fehlende Feststellungen).

§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB

207. BGH 5 StR 587/04 – Beschluss vom 3. Februar 2005 (LG Bremen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erörterungsmangel).

§ 64 StGB

208. BGH 5 StR 590/04 – Beschluss vom 26. Januar 2005 (LG Berlin)

Fehlerhafte Strafrahmenwahl bei zahlreichen, erheblich zu Gunsten des Angeklagten sprechenden Umständen (Ablehnung eines minder schweren Falles bei § 239b Abs. 2 iVm § 239a Abs. 2 StGB).

§ 46 StGB; § 50 StGB; § 239b Abs. 2 StGB; § 239a Abs. 2 StGB

209. EGMR Nr. 66273/01 – Zulässigkeitsentscheidung vom 19. Oktober 2004 (Falk v. Niederlande)

Verhältnismäßiger Schutz der Unschuldsvermutung gegen *strict liability*-Delikte und belastende Beweislastregeln bzw. Beweislastumkehr (hinreichende Beachtung der Verteidigungsrechte; Verhältnismäßigkeit; Anwendung auf das Verkehrsstrafrecht bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht; subsidiäre Tatverantwortlichkeit des Fahrzeughalters für Bagatelvergehen); Selbstbelastungsfreiheit.

Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; Vor § 1 OWiG; Vor § 1 StVG

210. BVerfG 2 BvR 1975/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Januar 2005 (LG Hannover/AG Hannover)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Freiheit der Berufsausübung; strafprozessuale Durchsuchung bei einem Rechtsanwalt (Verdacht der Geldwäsche durch Annahme von Verteidigerhonorar); verfassungskonforme Reduktion (Institution der Wahlverteidigung; Verhältnismäßigkeit; kein Ausreichen der Leichtfertigkeit im subjektiven Tatbestand; sicheres Wissen; äußere Anknüpfungstatsachen; Recht auf Wahlverteidigung); Richtervorbehalt (eigenverantwortliche richterliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen; umfassende Abwägung; Ausstrahlungswirkung der Grundrechte; Beachtung der Rolle der Strafverteidigung).

Art. 13 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 102 StPO; § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB

211. BVerfG 1 BvR 2019/03 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 1. Februar 2005 (LG München I)

Pressefreiheit; Durchsuchung von Redaktionsräumen (Störung der Redaktionstätigkeit; einschüchternden Wirkung, chilling effect); Wechselwirkungslehre (Abwägung

zwischen Strafverfolgungsinteresse und Pressefreiheit; entbehrliche Abwägung bei Ermittlungen gegen Zeugenverweigerungsberechtigten); nachträgliche gerichtliche Kontrolle (Beachtung des Vorbringens des Betroffenen); Störung der Totenruhe (beschimpfender Unfug an Leichen; „Körperwelten“).

Art. 5 Abs. 2 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK; § 97 StPO; § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO; § 168 StGB

212. BVerfG 2 BvR 308/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Februar 2005 (LG Bonn/AG Bonn)

Unverletzlichkeit der Wohnung (Schutzbereich; Durchsuchung; Verhältnismäßigkeit; Geeignetheit); Verpflichtung zur organisatorischen Sicherung des Richtervorbehaltes (Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters bei Tage und während der Nachtzeit); Beachtung des Richtervorbehaltes durch Polizei und Staatsanwaltschaft (kein Unterlaufen der Regelzuständigkeit; zwingender Versuch Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt zu erreichen); vollständige und zeitnahe Dokumentation bei nichtrichterlicher Durchsuchung (Bezeichnung des Tatverdachts und der gesuchten Beweismittel; tatsächliche Umstände der Gefahr im Verzug; Bemühungen, Ermittlungsrichter oder bei seiner Unerreichbarkeit einen Staatsanwalt zu erreichen); Gebot effektiven Rechtsschutzes (nachträgliche Kontrolle schwerwiegender Grundrechtseingriffe; Auskunft über die Telekommunikation); Telekommunikationsgeheimnis (Auslesen von Daten auf einer SIM-Karte; Verbot der Umgehung; Beschlagnahme von Datenträgern, Rechnungen und Geräten nur unter den Voraussetzungen der §§ 100g, 100h StPO).

Art. 13 GG; Art. 10 GG; § 104 Abs. 3 StPO; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 100g StPO, § 100h StPO; § 98 Abs. 2 StPO; § 102 StPO.

213. BVerfG 2 BvR 983/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Januar 2005 (OLG Düsseldorf/LG Mönchengladbach)

Freiheit der Person (Maßregelvollzug); Dauer der Unterbringung (Steigen der verfassungsrechtlichen Kontrolldichte; Notwendigkeit einer externen Exploration); Anforderungen an ein Prognosegutachten (nachvollziehbar und transparent; Darstellung von Anknüpfungs- und Befundtatsachen; Erläuterung von Untersuchungsmethoden und Hypothesen); eigenständige Prognoseentscheidung des Gerichtes (Kontrolle des Prognoseergebnisses und der Qualität der gesamten Prognosestellung); Kenntnisnahme weiterer vorhandener psychiatrischer Gutachten.

Art. 2 Abs. 2 GG; § 67e StGB; § 63 StGB; § 16 Abs. 3 MRVG NW; § 23 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 93 Abs. 1 BVerfGG

214. BVerfG 2 BvR 1451/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Dezember 2004 (LG Hamburg)

Grundrecht auf effektiven, lückenlosen Rechtsschutz (Anspruch auf wirksame und effektive Kontrolle; tief greifende Grundrechtseingriffe); nachträgliche Kontrolle (Durchsuchungsmaßnahmen; Telefonüberwachung);

Rechtsschutzinteresse (Erreichbarkeit eines konkreten und praktischen Zieles; Treu und Glauben; unbefristete Anträge; kein Ausschluss durch Rechtsmittelverzicht im Hauptverfahren); Abgrenzung zu BVerfG NJW 2003, 1514.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 100a StPO