

## SCHRIFTLICHTUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

## STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

(Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz

Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.

Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.

Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich

(Univ. Erlangen-Nürnberg); RA

Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M.

(Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühl-

bauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neu-

haus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof.

Dr. Frank Saliger (Bucerius Law

School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Rostock);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-

burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-

lers (Univ. Zürich)

## Publikationen

Prof. Dr. *Günter Heine*, Univ. Bern – **Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis** (Zugl. Besprechung der mit dieser Ausgabe publizierten Entscheidungen Bochumer Strafgerichte) S. 540

Prof. Dr. Dres. h.c. *Hans-Heiner Kühne*, Univ. Trier – **Der Schutz des Verteidigers vor strafprozessualen Zwangsmaßnahmen** (Anm. BGH HRRS 2009 Nr. 496) S. 547

RA, Wiss. Ass. Dr. *Lutz Eidam*, LL.M. (UB), Bucerius Law School, Hamburg – **Das Phänomen der „verlängerten“ Kurzarbeit** S. 550

*Florian Hertel*, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Aberdeen – **Garantennot durch „Notinsel“? Übernahme „sozialadäquater“ Schutzfunktionen und strafrechtliche Garantstellung** S. 555

Prof. Dr. *Susanne Walther*, LL.M., Univ. Köln – **Wo beginnt die Strafbarkeit desjenigen, der irrtümlich eine „irrtümliche“ Selbstgefährdung ermöglicht?** (Zugl. Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 482) S. 560

RA Dr. *Marcus Mosiek*, Düsseldorf – **Neues zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens** (Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2009 Nr. 718) S. 565

Wiss. Mit. Dr. *Boris Burghardt*, Berlin – **Die neue Unübersichtlichkeit – Die Rechtsprechung des BGH zum nachträglichen Rechtsschutz gegen verdeckte Ermittlungsmaßnahmen** S. 567

Die Ausgabe umfasst fünf Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

## Entscheidungen

EGMR (*Kunkel v. Deutschland*) **Annerkennung unzureichender Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren durch die Bundesregierung**

BVerfG **Zulässige Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen**

BGHSt **Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses (Begriff des Psychotherapeuten)**

BGHSt **Augenscheinseinnahme in Abwesenheit des Angeklagten**

BGHSt **Schriftliches Sachverständigengutachten und Art. 6 EMRK**

BGHR **Entscheidung Bad Coesfeld Nr. 2**

BGH **Vorlagebeschluss: Abwesenheit des Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen**

Die Ausgabe umfasst 82 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

10. Jahrgang, Dezember 2009, Ausgabe

# 12

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 1090. EGMR Nr. 29705/05 – Entscheidung vom 2. Juni 2009 (Kunkel v. Deutschland)

Recht auf Freiheit der Person und Recht auf Akteneinsicht (Recht auf ein faires Verfahren; Waffengleichheit; Gefährdung des Untersuchungszwecks; Untersuchungshaft; Haftprüfungsverfahren); Streichung aus dem Register nach Anerkennung der Verletzung durch die Bundesregierung (Widerspruch des Beschwerdeführers); Korruptionsverfahren; gerechte Entschädigung; redaktioneller Hinweis.

Art. 5 Abs. 1, Abs. 4 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 41 EMRK; § 147 Abs. 2 StPO; Art. 37 EMRK; Art. 38 Abs. 1 lit. b EMRK; § 299 StGB; § 331 StGB

1. Einzelfall der Anerkennung der konventionswidrigen Verweigerung der Akteneinsicht in deutschen Ermittlungsverfahren durch die deutsche Bundesregierung.

2. Der EGMR kann unter bestimmten Umständen eine Beschwerde nach Artikel 37 Abs. 1 Buchstabe c der Konvention auch dann aufgrund einer einseitigen Anerkennung der behaupteten Verletzung durch die beschwerdegegnerische Regierung aus dem Verfahrensregister streichen, wenn der Beschwerdeführer die weitere Prüfung der Rechtssache wünscht. Zu diesem Zweck prüft der Gerichtshof die Anerkennungserklärung sorgfältig darauf, ob die Achtung der Menschenrechte, wie sie in der Konvention und den Protokollen dazu definiert sind, eine weitere Prüfung der Beschwerde erfordert (Artikel 37 Abs. 1 in fine der Konvention).

### 1116. BVerfG 2 BvR 2580/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (BGH/LG Münster)

Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren; Ablehnung vom Hilfsbeweisanträgen erst im Urteil; Verschleppungsabsicht; richterliche Rechtsfortbildung; faires Verfahren; Beschleunigungsgrundsatz; Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege; Opferchutz; redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 6; § 246 Abs. 1 StPO

1. Den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen und hiernach gestellte Anträge im Einzelfall wegen Prozessverschleppung nach § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO abzulehnen (vgl. BGHSt 51, 333), stellt weder eine unzulässige richterliche Rechtsfindung dar (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), noch wird dadurch der Angeklagte in seinem Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzt.

2. Die Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen bedeutet keine Ausschlussfrist, sondern führt im Fall ihrer Nichtwahrung durch die Verfahrensbeteiligten dazu, dass das Gericht „signifikante Indizien“ für das Vorliegen einer Voraussetzung des Ablehnungsgrundes der Prozessverschleppung annehmen kann. Neben den objektiven Voraussetzungen des § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO, wonach die verlangte Beweiserhebung nach Ansicht des Gerichts nichts Sachdienliches zugunsten des Antragstellers erbringen kann und des weiteren geeignet ist, den Abschluss des Verfahrens wesentlich hinauszuzögern, muss in subjektiver Hinsicht gerade hinzukommen, dass sich der Antragsteller der Nutzlosigkeit der Beweiserhebung bewusst ist und er ausschließlich die Verzögerung des Verfahrens bezweckt.

3. Es ist auch weiterhin ausgeschlossen, einen Beweisantrag allein aufgrund eines zeitlich verzögerten Vorbringens abzulehnen.

4. Die Fristsetzung lässt die Pflicht zur Ermittlung des wahren Sachverhalts unberührt. Selbst wenn aus der Antragstellung nach Fristablauf und etwaigen weiteren Indizien das Vorliegen der Verschleppungsabsicht offensichtlich ist, muss das Gericht prüfen, zu welchem Ergebnis der Antrag führen kann. Nur wenn es überzeugt ist, dass die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches ergeben wird, darf es den Antrag nach § 244 Abs. 3, Satz 2, 6. Alt. StPO ablehnen.

5. Eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen kann im Allgemeinen erst dann gesetzt werden, wenn das Gericht seinerseits davon überzeugt ist, alles zur Erforschung der Wahrheit (§ 244 Abs. 2 StPO) Erforderliche unternommen zu haben. Dies setzt grundsätzlich eine Beweisaufnahme und regelmäßig ein bereits länger andauerndes Hauptverfahren voraus.

6. Die Ablehnung von Hilfsbeweisanträgen wegen Verschleppungsabsicht erst im Urteil verstößt nicht gegen das Grundrecht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, wenn der Verteidigung zuvor eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen gesetzt worden ist).

7. Zwar hat der Angeklagte das Recht, sich an der Aufklärung des wahren Sachverhalts durch die Stellung von Beweisanträgen aktiv zu beteiligen (vgl. BVerfGE 57, 250, 279 f.). Jedoch ergeben sich aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens weder einzelne, mit Verfassungsrang ausgestattete Beweiserhebungsansprüche noch konkrete Folgerungen für die Behandlung eines Beweisantrags.

8. Verfahrensgestaltungen, die den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege dienen, verletzen nicht von vornherein den grundrechtlichen Anspruch auf ein faires Strafverfahren, wenn verfahrensrechtliche Positionen des Angeklagten oder Beschuldigten dabei, gemessen am früheren Zustand, zurückgenommen werden (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2009 – 2 BvR 2044/07 –, NJW 2009, 1469, 1474).

9. An das Vorliegen sachlicher Gründe für den Zeitpunkt der Antragstellung dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Die Strafprozessordnung kennt weder einen Ablehnungsgrund der „mangelnden Plausibilität“, noch grundsätzlich das Erfordernis, Ausführungen zu zeitlichen Momenten der Antragstellung zu machen. Das Gericht hat im Einzelfall zu prüfen, von welcher Gewichtigkeit die Indizien für das Vorliegen der Verschleppungsabsicht sind und hiervon ausgehend die Anforderungen an ihre Widerlegung zu bemessen.

**1113. BVerfG 2 BvR 256/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Oktober 2009 (OLG Bamberg/AG München/StA München I)**

Freier Verteidigerverkehr (Abgrenzung; unmittelbarer Zusammenhang mit dem Strafverfahren; keine Übergabe verfahrensfremder Schriftstücke); Berufsfreiheit; Verletzung von Privatgeheimnissen (Postkontrolle; Unbefugtheit).

Art. 12 Abs. 1 GG; § 148 Abs. 1 StPO; § 119 Abs. 3 StPO; § 115 Abs. 1 Nr. 1 OWiG; § 203 StGB

1. Ein unbefugtes Handeln i.S.v. § 115 Abs. 1 Nr. 1 OWiG liegt dann nicht vor, wenn sich die Weitergabe von Post im Rahmen des durch § 148 StPO gestatteten ungehinderten Verkehrs zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten hält. Dieser Verkehr ist jedoch nur zu Zwecken der Verteidigung frei (vgl. BVerfGE 46, 1, 12; 49, 24, 48).

2. Die Auffassung, nach der der freie Verteidigerverkehr nur in der Weise ausgeübt werden kann, als er unmittelbar der Vorbereitung der Verteidigung dient, mithin nur solche Schriftstücke umfasst, die unmittelbar das Strafverfahren betreffen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Bei § 115 Abs. 1 Nr. 1 OWiG handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Daher ist es unerheblich, ob ein nicht der Postkontrolle zugeführtes Schreiben im Ergebnis tatsächlich geeignet war, die Ordnung der Anstalt oder die effektive Strafverfolgung zu gefährden.

**1115. BVerfG 2 BvR 2438/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (BGH/LG Karlsruhe)**

Heimliche Ermittlungsmaßnahmen gegen Angehörige des Beschuldigten (Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts; Verwertung); Menschenwürde; Anspruch auf ein faires Verfahren.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 160a StPO; § 100f Abs. 2, 3 StPO

1. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht – auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte – ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfGE 57, 250, 276; 64, 135, 145 f.).

2. Der in verschiedenen Vorschriften des Strafverfahrensrechts garantierte Schutz des Angehörigenverhältnisses (vgl. § 52 Abs. 1, Abs. 3, § 97 Abs. 1, § 100c Abs. 6, § 252 StPO) gehört in seinem Kernbestand zu den rechtsstaatlich unverzichtbaren Erfordernissen eines fairen Verfahrens.

3. Das Recht auf ein faires Verfahren erfordert nicht, dass Gespräche eines nach § 52 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen mit einem Dritten, welche ausserhalb einer Vernehmungssituation geführt wurden und bei denen das Zeugnisverweigerungsrecht auch nicht durch eine bewusste und gezielte Ausforschung der zeugnisverweigerungsberechtigten Person umgangen werden sollte, einem Verwertungsverbot unterliegen.

4. Die Menschenwürde des Beschuldigten, schützt auch einen Kernbereich vertraulicher Kommunikation und deren räumliches Substrat, das insbesondere in der Privatwohnung besteht (vgl. BVerfGE 109, 279, 313 f.). Daraus folgt jedoch kein besonderer Schutz von Gesprächen eines Angehörigen mit Dritten.

5. Das Verwertungsverbot des § 100c Abs. 6 StPO lässt sich nicht auf eine Konstellation übertragen, in der in Abwesenheit des Beschuldigten ein Angehöriger mit einem Dritten ein Gespräch in einem Pkw führt.

6. Die besondere Privilegierung von nach § 53 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Personen gemäß § 160a Abs. 1 Satz 2 und 5, Abs. 2 Satz 3 StPO gegenüber

zeugnisverweigerungsberechtigten Personen nach § 52 StPO ist keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG.

**1114. BVerfG 2 BvR 547/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Oktober 2009 (BGH/LG Marburg)**

Faires Verfahren; Recht auf unmittelbare und konfrontative Befragung von Belastungszeugen (Fragerecht; anonyme Zeugen; Sperrung; Maßnahmen zum Schutz der Zeugen; Beweiswürdigung); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 68 StPO; § 247a StPO

1. Das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) ist nicht schon bereits dann verletzt, wenn die Aussage eines Belastungszeugen verwertet wird, den der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt konfrontativ befragen konnte. Entscheidend ist vielmehr, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair war. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Umstand, dass der Angeklagte keine Gelegenheit zur konfrontativen Befragung hatte, der Justiz zuzurechnen ist.

2. Ein Ausschluss des Fragerechts führt regelmäßig nicht zu einem Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die nicht konfrontierte Aussage. Vielmehr kann ein solches Defizit auch noch im Rahmen der abschließenden Beweiswürdigung ausgeglichen werden.

3. Es gibt keinen Verfassungsrechtssatz, der besagt, dass bei der Verwendung von Aussagen nicht konfrontativ befragter Zeugen die Beweiswürdigung des Strafrichters in jedem Fall auch dann Bestand haben muss, wenn die Aussage des nicht konfrontierten Belastungszeugen hinweg gedacht wird. Dies zu verlangen käme der Annahme eines Verwertungsverbots nahe, das von Verfassungs wegen gerade nicht geboten ist.

4. Die Leitlinien des BGH zur Handhabung des Beschuldigtenrechts auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen und zur Verwertbarkeit nicht konfrontierter Aussagen bei der Urteilsfindung (vgl. BGHSt 46, 93, 94 ff.; 51, 150, 154) genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**1076. BGH 2 StR 329/09 – Beschluss vom 30. September 2009 (LG Aachen)**

Voraussetzungen für die Garantenstellung eines Wohnungsbesitzes (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäu-

lungsmitteln); Beihilfe durch die Zurverfügungstellung einer Wohnung.

§ 29 BtMG; § 13 StGB; § 27 StGB

1. Teilen sich zwei Angeklagte seit mehreren Jahren eine Wohnung und nimmt einer der Angeklagten in diesem Zeitraum einen Betäubungsmittelhandel auf, kann eine Beihilfe durch aktives Tun nicht mit der pauschalen Wendung begründet werden, der Mitangeklagte habe die Wohnung für die Tatbegehung zur Verfügung gestellt, wenn der Angeklagte für die Tat allein sein eigenes Schlafzimmer nutzt. Allein die Kenntnis und Billigung der Lagerung und des Vertriebs der Betäubungsmittel in

der Wohnung erfüllt für den Wohnungsinhaber die Voraussetzung strafbarer Beihilfe nicht (vgl. BGH NStZ 1999, 451; StV 2003, 280; 2007, 81).

2. Ebenso wenig begründet es die Strafbarkeit, wenn der Mitangeklagte gegen den Betäubungsmittelhandel nicht vorgegangen ist. Dies käme vielmehr nur in Betracht, wenn sie als Wohnungsinhaberin rechtlich verpflichtet gewesen wäre, gegen den betriebenen Betäubungsmittelhandel einzuschreiten (§ 13 Abs. 1 StGB). Eine solche Rechtspflicht des Wohnungsinhabers ist aber grundsätzlich nicht gegeben (vgl. BGH, jew. aaO).

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 1066. BGH 1 StR 426/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Ulm)

BGHSt; sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses (Begriff des Psychotherapeuten; Auslegung nach dem Bestimmtheitsgebot); Missbrauch einer Widerstandsunfähigen; Strafzumessung.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 174c Abs. 2 StGB; § 179 StGB; § 1 Abs. 1 Satz 4 PsychThG; § 1 Abs. 3 PsychThG; § 46 StGB

1. Täter des § 174c Abs. 2 StGB kann nur sein, wer zum Führen der Bezeichnung „Psychotherapeut“ berechtigt ist und sich bei der Behandlung wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren bedient. (BGHSt)

2. Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) verlangt, dass ein Strafgesetz seinen Anwendungsbereich möglichst genau in einer für den Bürger vorhersehbaren Weise zu umschreiben hat, d.h. der Normadressat muss erkennen können, ob er sich mit seinem Verhalten strafbar macht. Dem Bestimmtheitsgebot ist daher auch bei der Auslegung eines Straftatbestandes zu entsprechen (BGHSt 50, 105, 114 f.). (Bearbeiter)

### 1109. BGH 4 StR 373/09 – Beschluss vom 3. November 2009 (LG Frankfurt am Main)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (anderer, ähnlich gefährlicher Eingriff; konkrete Gefahr; Begriff und Darlegung des Beinahe-Unfalls; Versuch in der Fallgruppe der „Pervertierung“).

§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB; § 240 StGB

1. Nach gefestigter Rechtsprechung muss die Tathandlung für die Herbeiführung einer konkreten Gefahr über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt haben, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt

war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht (Senat, Urteil vom 30. März 1995 – 4 StR 725/94, NJW 1995, 3131 f., zu § 315 c StGB und Urteil vom 4. September 1995 – 4 StR 471/95, NJW 1996, 329 f., zu § 315 b StGB).

2. Zur Darlegung eines „Beinahe-Unfalls“ genügt es nicht schon, wenn sich zwei Fahrzeuge beim Gegenverkehr in enger räumlicher Nähe zueinander befunden haben.

3. Ein Indiz für die konkrete Gefahr iS des § 315b StGB ist, es wenn den beteiligten Verkehrsteilnehmern nur auf Grund überdurchschnittlich guter Reaktion sozusagen im allerletzten Moment gelingt, einer sonst drohenden Kollision durch Ausweichen zu begegnen.

4. Zu den Darlegungsanforderungen an den Beinahe-Unfall.

5. Bei der Prüfung einer Versuchsstrafbarkeit nach § 315 b Abs. 2 StGB ist zu bedenken haben, dass für die subjektive Tatseite ein bloßer Gefährdungsvorsatz nicht genügt. Vielmehr muss der Täter in der Fallgruppe der Pervertierung des eigenen Fahrzeuges mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz handeln (Senat, BGHSt 48, 233, 237 f.).

### 1110. BGH 4 StR 408/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Kempten)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff durch ein einen absichtlich herbeigeführten Unfall; Hindernisbereiten; konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert); teilweise Aufhebung der Feststellungen; Verschlechterungsverbot (keine Anwendung auf die SchuldSpruchberichtigung).

§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3, Abs. 3 StGB; § 353 Abs. 2 StPO; § 358 StPO

1. Bei der Prüfung, ob einer fremden Sache von bedeutendem Wert auch ein bedeutender Schaden gedroht hat, sind stets zwei durch entsprechende Feststellungen gestützte Prüfungsschritte erforderlich: Zunächst ist zu klären, ob es sich bei der gefährdeten Sache um eine solche von bedeutendem Wert handelte. Handelte es sich um eine Sache von bedeutendem Wert, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ihr auch ein bedeutender Schaden gedroht hat, wobei ein tatsächlich entstandener Schaden geringer sein kann als der maßgebliche Gefährdungsschaden (vgl. Beschluss des Senats vom 29. April 2008 – 4 StR 617/07 m.w.N.).

2. Allein aus der Höhe der von der Angeklagten bei der gegnerischen Haftpflichtversicherung für die Beschädigung des eigenen Fahrzeugs betrügerisch erlangten oder geforderten Beträge kann nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Sicherheit der Schluss gezogen werden, dass den jeweils beteiligten Fahrzeugen der anderen Unfallbeteiligten ein bedeutender Sachschaden drohte.

3. Führt der Angeklagte einen Verkehrsunfall absichtlich herbei, liegt darin ein Hindernis bereiten oder ein anderer ebenso gefährlicher Eingriff im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB.

4. Das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 StPO) bezieht sich lediglich auf Art und Höhe der Rechtsfolgen, nicht aber auf eine Veränderung und Verschärfung des Schuldspruchs (st. Rspr.). Das Verschlechterungsverbot führt aber dazu, dass die Summe der Einzelstrafen, die nach einer Schuldspruchberichterung jeweils zu verhängen wären, die in dem betreffenden Fall bisher verhängte Einzelstrafe nicht überschreiten darf (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2001 – 3 StR 314/01; BGHR StPO § 331 Abs. 1 Einzelstrafe, fehlende 1).

#### **1087. BGH 4 StR 347/09 – Urteil vom 24. September 2009 (LG Dortmund)**

Gefährliche Körperverletzung im Amt; Notwehr (Nothilfe; Fußtritte eines Polizeibeamten; Gebotenheit; Unverhältnismäßigkeit): Zuständigkeit des Revisionsgerichts für die sofortige Beschwerde in Kostensachen.

§ 340 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 4 StGB; § 32 StGB; § 464 Abs. 3 Satz 3 StPO

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Werkzeug „gefährlich“ im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn es nach seiner objektiven

Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (vgl. nur BGH NStZ 2007, 95). Die potentielle Gefährlichkeit eines Gegenstandes im Einzelfall reicht aus, ohne dass es darauf ankommt, ob dessen Einsatz gegen den Körper des Opfers tatsächlich erhebliche Verletzungen hervorgerufen hat (BGHSt 30, 375, 377).

2. Ob ein Schuh am Fuß des Täters in diesem Sinne als gefährliches Werkzeug anzusehen ist, lässt sich nur nach den Umständen des Einzelfalles entscheiden (BGHSt 30, 375, 376; BGHR StGB § 223 a Abs. 1 Werkzeug 3). Erforderlich ist dazu regelmäßig, dass es sich entweder um einen festen, schweren Schuh handelt oder dass mit einem 'normalen Straßenschuh' mit Wucht oder zumindest heftig dem Tatopfer in das Gesicht oder in andere besonders empfindliche Körperteile getreten wird (BGH, jew. aaO; vgl. auch BGH NStZ 1984, 328, 329; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2006 – 2 StR 470/06).

3. Schuhtritte verwirklichen jedenfalls dann das Merkmal der Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges, wenn mehrere, nicht bloß leichte, sondern heftige Tritte in die Bauchgegend des schwer alkoholisierten Geschädigten festgestellt sind.

4. Eine Zuständigkeit des Revisionsgerichts gemäß § 464 Abs. 3 Satz 3 StPO besteht insoweit nur, wenn es zugleich über eine vom Beschwerdeführer eingelegte Revision zu entscheiden hat, weil nur in diesem Fall der erforderliche enge Zusammenhang zwischen beiden Rechtsmitteln besteht (Senat, Beschlüsse vom 25. November 2008 – 4 StR 414/08 und vom 21. März 2006 – 4 StR 110/05).

#### **1085. BGH 4 StR 307/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Detmold)**

Betrug (Täuschung: Abgrenzung von Tatsache und Werturteil); Rechtsfehlerhafte da widersprüchliche Gesamtstrafenbildung.

§ 263 StGB; § 54 StGB

Eine falsche wertende Äußerung über die Prosperität eines Unternehmens stellt eine Täuschung dar, wenn sie einen Tatsachenkern aufweist, der zum Beispiel bei der Vorspiegelung bereits eingegangener konkreter Aufträge vorliegt.

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

#### **1045. BGH 5 StR 296/09 – Urteil vom 27. Oktober 2009 (LG Berlin)**

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Symptomtaten; Rückfallverjährung; Altfälle

(aus rechtlichen Gründen unmögliche frühere Unterbringung in der Sicherungsverwahrung).

§ 66 StGB; § 66b StGB

1. Zur Anwendbarkeit der Vorschrift des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB (im Anschluss an BGHSt 52, 205). (BGHR)

2. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung war auch dann „im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich“ im Sinne des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB, wenn eine entsprechende Rechtsgrundlage für die Anordnung der Sicherungsverwahrung insgesamt noch nicht geschaffen war. Denn die Anwendung des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB bei der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung setzt nicht voraus, dass die betreffende Rechtsgrundlage der Anordnung der Sicherungsverwahrung schon erlassen war und lediglich aus besonderen rechtlichen Gründen – etwa aufgrund räumlicher und/oder zeitlicher Begrenzung der Norm – bei der Vorverurteilung nicht anzuwenden war. (Bearbeiter)

**1064. BGH 1 StR 343/09 – Urteil vom 27. Oktober 2009 (LG Freiburg)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; sexuelle Nötigung; rechtsfehlerhafte Annahme eines minder schweren Falles (Wertungsfehler bei der Strafzumessung; fehlerhafte Annahme einer an der unteren Grenze zur Erheblichkeitsschwelle liegenden Sexualhandlungen; rahmenbeschlusskonforme Auslegung).

§ 177 Abs. 5 StGB; § 176 Abs. 1, Abs. 3 n.F. StGB; § 46 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 2 Abs. 3 StGB; § 184f StGB

1. Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Es ist seine Aufgabe, auf Grund der Hauptverhandlung die wesentlichen ent- und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Das Revisionsgericht kann nach ständiger Rechtsprechung nur eingreifen, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstoßen wird oder sich die verhängte Strafe von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatgericht eingeräumten Spielraums liegt (BGHSt 34, 345, 349; 29, 319, 320).

2. Dies gilt auch für den minder schweren Fall. Geht der Tatrichter aber dabei von tatbezogenen Gesichtspunkten aus, die auf unzutreffenden Maßstäben beruhen, liegt ein revisibler Rechtsfehler vor.

3. Das Streichen unbedeckter Schamlippen und beischlafähnliche Handlungen zwischen dem Angeklagten und der minderjährigen Geschädigten können nicht als „im unteren Bereich des denkbaren Spektrums sexualbezogener Handlungen“ liegend gewertet werden. Dies steht im Widerspruch zu Wertungen des Gesetzgebers, die im Übrigen mit das Gebiet der Europäischen Union betreffenden Tendenzen übereinstimmen (vgl. den Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates der Europäischen Union vom 22. Dezember 2003, ABl der Europäischen Union L 13/44 vom 20. Januar 2004).

**1074. BGH 2 StR 283/09 – Beschluss vom 7. Oktober 2009 (LG Erfurt)**

Strafzumessung (unzulässige Strafschärfung bei bestrahendem jugendlichen Angeklagten).

Art. 6 EMRK; § 46 StGB

Auch dem jugendlichen Angeklagten steht das Recht zu, sich effektiv gegen den Schuldvorwurf zu verteidigen, ohne befürchten zu müssen, dass ihm daraus Nachteile erwachsen (BGH StraFo 2003, 206, 207; BGH, Urteil vom 4. Dezember 1997 – 5 StR 468/97). Bestreitet der Angeklagte die Tat, darf ihm keine fehlende Reue strafschärfend vorgeworfen werden.

**1056. BGH 5 StR 421/09 – Beschluss vom 9. November 2009 (LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Abhängigkeit; intensive Neigung); Revisionserstreckung auf Mitangeklagte (Unterbringungsentscheidung).

§ 64 StGB

1. Ein Abhängigkeitssyndrom ist nicht zwingende Voraussetzung für die Annahme eines Hangs im Sinne des § 64 StGB. Denn hierunter fällt nicht nur eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit, sondern es genügt eine eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, ohne dass diese den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss.

2. Hebt das Revisionsgericht auf die Revision ein Urteil insoweit auf, als eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt unterblieben ist, so scheidet die Erstreckung der Aufhebung gemäß § 357 StPO auf einen Nichtrevidenten gleichwohl aus, da die Entscheidung nach § 64 StGB bei jedem Angeklagten auf individuellen Erwägungen beruht.

**1041. BGH 5 StR 242/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Hamburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beihilfe; Verfall).

§ 73 StGB; § 29a BtMG; § 27 StGB

Der kurzfristige Besitz eines Gehilfen, der das Entgelt aus einem Rauschgiftgeschäft unverzüglich an einen Verkäufer weiterleiten soll, reicht grundsätzlich nicht aus, um das Geld als an ihn zugeflossen anzusehen. Ein solcher Gehilfe erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB den Besitz nur „gelegentlich“ seiner Tat und übt ihn von Anfang an nur für den Verkäufer aus, an den er den Erlös absprachegemäß übergeben will.

**1078. BGH 2 StR 377/09 – Beschluss vom 21. Oktober 2009 (LG Köln)**

Rechtsfehlerhafte Bildung der Gesamtstrafe nach Bruchteilen der Einzelstrafensumme.

§ 54 StGB

Die Gesamtstrafe ist gem. § 54 StGB durch Erhöhung der höchsten Einzelstrafe (sog. Einsatzstrafe) zu bilden und darf die Summe der einbezogenen Einzelstrafen nicht erreichen. Ihre Bildung ist ein eigenständiger Strafzumessungsakt, der sich – innerhalb des von § 54 StGB genannten Rahmens – nicht an der Summe der Einzelstrafen oder an rechnerischen Grundsätzen zu orientieren hat, sondern an gesamtstrafenspezifischen Kriterien (vgl. BGH NStZ 2003, 295).

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**1061. BGH 5 StR 530/08 – Urteil vom 11. November 2009 (LG Berlin)**

BGHSt; Zeugenvernehmung; Augenscheinseinnahme; Abwesenheit des Angeklagten; Heilung; Anfrageverfahren (entgegenstehende Rechtsprechung); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Komensation; Recht auf Beschwerde).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 132 GVG; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

1. Erfolgt nach Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung gemäß § 247 StPO in andauernder Abwesenheit des Angeklagten eine förmliche Augenscheinseinnahme, so ist der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht erfüllt, wenn dem Angeklagten das in seiner Abwesenheit in Augenschein genommene Objekt bei seiner Unterrichtung nach § 247 Satz 4 StPO gezeigt wird (im Anschluss an BGHR StPO § 247 Satz 4 Unterrichtung 1 unter Aufgabe entgegenstehender Senatsrechtsprechung, BGHR StPO § 247 Abwesenheit 5). (BGHSt)

2. Das Verfahren nach § 132 GVG vermag als rechtsstaatliche Ausgestaltung des gerade auch dem Schutz des Beschwerdeführers dienenden Rechtsmittelrechts grundsätzlich keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu begründen (vgl. BVerfGE 122, 248, 280). Dies gilt auch bei einer beträchtlichen durch das Anfrageverfahren verursachten Verzögerung der Revisionsentscheidung. (Bearbeiter)

**1096. BGH 2 StR 205/09 – Urteil vom 14. Oktober 2009 (LG Köln)**

BGHSt; schriftliches Sachverständigengutachten und Recht auf ein faires Strafverfahren (mögliche Sicherungsverwahrung); Sicherungsverwahrung (Hang; Gefährlichkeitsprognose; Darlegungsanforderungen).

Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 66 Abs. 1 StGB; § 80a StPO; § 246a StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 454 Abs. 2 StPO

1. Aus §§ 80a, 246a StPO oder aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen ergibt sich keine selbständige Verpflichtung des Gerichts, in Fällen der möglichen Anordnung einer Maßregel gem. § 66 StGB von dem zu vernehmenden Sachverständigen stets die Vorlage eines vorbereitenden schriftlichen Gutachtens zu verlangen. (BGHSt)

2. Ob sich im Einzelfall aus § 244 Abs. 2 StPO etwas anderes ergeben kann, kann hier dahinstehen. (Bearbeiter)

3. Das Gutachten des Sachverständigen ist in seiner Gesamtheit mündlich zu erstatten und nur insoweit Be-

weismittel; der Sachverständige hat nicht nur eine „Zusammenfassung“ seines Gutachtens vorzutragen und im Übrigen auf seine schriftlichen Ausführungen zu verweisen. Welcher Hilfsmittel sich ein Sachverständiger zur Vorbereitung und zum Vortrag seines Gutachtens in der Hauptverhandlung bedient, obliegt im Grundsatz seiner Beurteilung, im Übrigen der Anordnung des Gerichts im Rahmen der auf die Aufklärungspflicht gestützten Leitungsbefugnis (§ 78 StPO). Ein vorbereitendes schriftliches Gutachten ist kein eigenständiges Beweismittel im Strengbeweisverfahren. Dagegen ergibt sich die Pflicht zur Vorlage eines schriftlichen Gutachtens im Rahmen des schriftlichen Verfahrens nach § 454 Abs. 2 StPO aus der Natur der Sache. (Bearbeiter)

**1091. BGH 1 StR 205/09 – Urteil vom 28. Oktober 2009 (LG Münster)**

BGHR; Fall Bad Coesfeld; Anklagesatz (Umgrenzungsfunktion; Rückgriff auf das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen); Voraussetzungen der Mittäterschaft (Exzess; Vorsatz; Gleichgültigkeit; eigener Tatbeitrag); Verhältnis zwischen dem Tatbestandsirrtum und der Irrtumsvorschrift des Wehrstrafrechts; kein rechtfertigende Einwilligung bei der entwürdigenden Behandlung.

§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 16 StGB; § 17 StGB; § 30 WStG; § 31 WStG; § 5 Abs. 1 WStG; § 25 Abs. 2 StGB

1. Zur Frage, inwieweit zur Beurteilung der Umgrenzungsfunktion der Anklage auf das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen zur Prüfung der Frage zurückgegriffen werden kann, gegen welchen von mehreren Angeklagten sich ein bestimmter Vorwurf richtet. (BGHR)

2. Die Anklageschrift hat die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs klargestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lassen (Umgrenzungsfunktion – st. Rspr., vgl. nur BGHSt 40, 44, 45; BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1 Tat 24 jew. m.w.N.). Es darf nicht unklar bleiben, über welchen Sachverhalt das Gericht nach dem Willen der Staatsanwaltschaft urteilen soll. Die begangene, konkrete Tat muss vielmehr durch bestimmte Tatumstände so genau gekennzeichnet werden, dass keine Unklarheit darüber möglich ist, welche Handlungen dem Angeklagten zur Last gelegt werden. Fehlt es hieran, so ist die Anklage unwirksam (vgl. BGHSt 40, 44, 45; BGH NStZ 1995, 245 jew. m.w.N.). (Bearbeiter)

3. Darüber hinaus hat die Anklage auch die Aufgabe, den Angeklagten und die übrigen Verfahrensbeteiligten über weitere Einzelheiten des Vorwurfs zu unterrichten, um

ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Prozessverhalten auf den mit der Anklage erhobenen Vorwurf einzustellen. Mängel der Anklage in dieser Hinsicht führen nicht zu ihrer Unwirksamkeit. Insoweit können Fehler auch noch in der Hauptverhandlung durch Hinweise entsprechend § 265 StPO geheilt werden (Informationsfunktion – vgl. BGHSt 40, 44, 45; BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1 Tat 24 jew. m.w.N.). (Bearbeiter)

4. Bei der Prüfung, ob die Anklage die gebotene Umgrenzung leistet, dürfen die Ausführungen im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen zur Ergänzung und Auslegung des Anklagesatzes herangezogen werden (BGHSt 46, 130, 134; BGH NStZ 2001, 656, 657; BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1 Tat 24). Voraussetzung hierfür ist jedoch stets, dass sich aus dem Anklagesatz zumindest Grundlagen einer Tatbeteiligung ergeben. Fehlende Angaben können dann aus dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen entnommen werden, wenn sie dort eindeutig benannt sind und daraus deutlich wird, dass sich der Verfolgungswille der Staatsanwaltschaft hierauf erstreckt. (Bearbeiter)

5. Mittäterschaft kann selbst durch die bloße Beteiligung an Vorbereitungshandlungen begründet werden, sofern der Betreffende auf der Grundlage gemeinsamen Wollens einen die Tatbestandsverwirklichung fördernden Beitrag leistet, welcher sich nach seiner Willensrichtung nicht als bloße Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der Tätigkeit aller darstellt, und der dementsprechend die Handlungen der anderen als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheinen lässt (BGHSt 16, 12, 14; 28, 346, 347 f.; BGH, Urt. vom 30. Oktober 1986 – 4 StR 499/86 [insofern nicht abgedruckt in BGHSt 34, 209]). Ob das der Fall ist, ist in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder der Wille zur Tatherrschaft sein, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich vom Willen des Betreffenden abhängen (BGH, Urt. vom 30. Oktober 1986 – 4 StR 499/86 [insofern nicht abgedruckt in BGHSt 34, 209] m.w.N.). (Bearbeiter)

6. Der Begriff der Misshandlung des § 30 WStG setzt ebenso wie der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB eine üble und unangemessene Einwirkung auf den Körper des Verletzten voraus, die dessen körperliches Wohlbefinden mehr als bloß unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 14, 269, 271; Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 36 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]). Die Beurteilung der Erheblichkeit bestimmt sich dabei nach der Sicht eines objektiven Betrachters – nicht nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen – und richtet sich insbesondere nach Dauer und Intensität der störenden Beeinträchtigung (Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 36 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]). (Bearbeiter)

7. Die körperliche Integrität der Untergebenen innerhalb der Bundeswehr genießt einen hohen Stellenwert. Es gilt der Grundsatz, dass ein Vorgesetzter seine Untergebenen niemals anfassen darf, außer es steht zur unmittelbaren Durchsetzung eines rechtmäßigen Befehls kein anderes Mittel zur Verfügung (Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 –

1 StR 158/08 – Rdn. 41 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]). (Bearbeiter)

8. Der Irrtum eines Untergebenen in der Bundeswehr, sein Verhalten sei durch gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder einen rechtmäßigen Befehl gerechtfertigt, unterfällt ausschließlich dem besonderen Schuldausschlussgrund des § 5 Abs. 1 WStG und nicht § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB (Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 44 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]).

9. Erkennen verlangt iS des § 5 Abs. 1 WStG hierbei positive Kenntnis, sicheres Wissen (vgl. BGHSt 22, 223, 225 zu § 47 MStGB). Erkennt der Untergebene die Strafrechtswidrigkeit des Befehls nicht, beurteilt er sie unzutreffend oder hat er insoweit Zweifel, so handelt er nur dann schuldhaft, wenn die Strafrechtswidrigkeit nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. § 17 StGB ist im Rahmen des § 5 WStG angesichts der ausdrücklichen Regelung der militärischen Befehlsverhältnisse nicht anwendbar (Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 46 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]; BGHSt 5, 239, 244; 22, 223, 225 [zu § 47 MStGB]). (Bearbeiter)

10. Der Begriff „offensichtlich“ ist objektiv zu verstehen. Er umfasst das, was jedermann ohne weiteres Nachdenken erkennt, was jenseits aller Zweifel liegt (vgl. BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 2). Abzustellen ist damit auf die Erkenntnisfähigkeit eines gewissenhaften, pflichtbewussten Durchschnittssoldaten. Beurteilungsgrundlage für diesen sind allerdings die dem Täter subjektiv bekannten Umstände – und zwar nicht nur die allgemeinen Tatumstände, sondern alle für die Beurteilung des Sachverhalts bedeutsamen Umstände – wie etwa die Kenntnis von vorangegangenen Ereignissen, von Befehlen, Belehrungen, Dienstvorschriften und dergleichen. Auch wenn einem Untergebenen regelmäßig keine Sachverhaltsprüfungspflicht obliegt (vgl. BGHR WStG § 5 Abs. 1 Schuld 2) und er grundsätzlich zu unverzüglichem Gehorsam verpflichtet ist, so muss er dennoch Gegenvorstellung erheben oder den Gehorsam verweigern, wenn er aufgrund der ihm bekannten Umstände der Überzeugung ist oder er ohne den berechtigten Vorwurf der Rechtsblindheit die Überzeugung haben müsste, dass der Befehl strafrechtswidrig ist (§ 5 WStG; BGHSt 19, 231, 233; zum Ganzen bereits Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 47 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]). (Bearbeiter)

11. Entwürdigende Behandlung iS des § 31 Abs. 1 WStG ist jedes Verhalten eines Vorgesetzten gegenüber einem Untergebenen, das dessen Stellung als freie Persönlichkeit nicht unerheblich in Frage stellt, das die Achtung nicht unerheblich beeinträchtigt, auf die der Untergebene allgemein als Mensch in der sozialen Gesellschaft und im besonderen als Soldat innerhalb der soldatischen Gemeinschaft Anspruch hat. Der Untergebene darf keiner Behandlung ausgesetzt werden, die ihn zum bloßen Objekt degradiert und seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 61 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]). Ob eine entwürdigende Behandlung vorliegt, beurteilt sich, wenn die Handlung nicht bereits

wegen ihres absolut entwürdigenden Charakters unter § 31 Abs. 1 WStG fällt, aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Tatumstände (Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 61 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]). (Bearbeiter)

12. Die ehr- und körperverletzende Behandlung durch Vorgesetzte stellt einen Verstoß gegen die in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG normierte Verpflichtung aller staatlichen Gewalt zum Schutze der Menschenwürde und der durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten körperlichen Unversehrtheit dar. Von dieser Verpflichtung kann der für den Staat handelnde Amtsträger oder Bedienstete durch das subjektive Einverständnis des Individualgrundrechtsträgers nicht freigestellt werden (Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 66 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]; vgl. auch BVerwG NJW 2001, 2343, 2344). (Bearbeiter)

13. § 30 WStG geht nur § 223 StGB vor, enthält aber keine alle Körperverletzungsdelikte ausschließende Sonderregelung. Dies folgt schon daraus, dass das allgemeine Strafrecht gerade in den schwereren Fällen der Untergebenenmisshandlung nicht durch das WStG gemildert werden darf (Senat, Urt. vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08 – Rdn. 67 [vorgesehen zum Abdruck in BGHSt 53, 145 ff.]). (Bearbeiter)

**1060. BGH 5 StR 460/08 – Beschluss vom 11. November 2009**

Vorlagebeschluss; Entscheidung über die Entlassung eines Zeugen (Abwesenheit des Angeklagten); Beanstandung der Entlassungsentscheidung (Entscheidung des Gerichts); Begriff der Vernehmung.  
§ 132 GVG; § 247 StPO; § 238 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Der Senat legt dem Großen Senat für Strafsachen die Rechtsfrage zur Entscheidung vor, ob die fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO begründet.

2. Eine Beanstandung (§ 238 Abs. 2 StPO) der in fortdauernder Abwesenheit des Angeklagten getroffenen Entlassungsentscheidung des Vorsitzenden entsprechend dem ausgeweiteten Verständnis dieser Norm als einem einer Revisionsrüge notwendig vorgeschalteten Zwischenrechtsbehelf ist von der Rechtsprechung bislang nicht als Voraussetzung für eine Rüge nach § 338 Nr. 5 StPO wegen gesetzwidriger Abwesenheit des Angeklagten bei der Entlassungsverhandlung verlangt worden. Mangelnder Vortrag des Angeklagten hierzu berührt daher nicht die Vollständigkeit des Vortrags im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

3. In Abkehr von bisheriger Rechtsprechung rechnet der Senat die Verhandlung über die Entlassung eines nach § 247 StPO in Abwesenheit des Angeklagten vernommenen Zeugen zu dessen Vernehmung im Sinne des § 247 StPO.

**1047. BGH 5 StR 373/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Dresden)**

Verwertung einer freiwillig abgegebenen Speichelprobe (fehlende Schriftform; Widerspruch gegen die Verwertung; Dispositionsfreiheit des Angeklagten).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 81f Abs. 1 SPO; § 81g Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

Rügt der Angeklagte die rechtsfehlerhafte Verwertung einer aus einer Speichelprobe des Angeklagten gewonnenen DNA, so muss die entsprechende Verfahrensrüge auch die rechtzeitige Erhebung eines Verwertungswiderspruchs darlegen, damit sie zulässig ist (vgl. BGHSt 38, 214; 51, 144, 147 f.; 52, 38, 41).

**1103. BGH 2 ARs 455/09 – Beschluss vom 25. November 2009 (BGH)**

Anfrageverfahren zur Abfassung des konkreten Anklagesatzes im Fall der Anklage zahlreicher Vermögensdelikte (Informationsfunktion; Umgrenzungsfunktion).  
§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Der zweite Strafsenat hält an seiner Rechtsprechung zur Abfassung des konkreten Anklagesatzes im Fall der Anklage zahlreicher Vermögensdelikte entgegen der Anfrage des 1. Strafsenates mehrheitlich fest.

2. Liegen einem Angeklagten zahlreiche Vermögensdelikte zur Last, die einem einheitlichen modus operandi folgen, genügt der konkrete Anklagesatz den Anforderungen des § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO und des § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO nicht schon dann, wenn dort – neben der Schilderung der gleichartigen Tatausführung, die die Merkmale des jeweiligen Straftatbestandes erfüllt – die Tatorte, die Gesamtzahl der Taten, der Tatzeitraum und der Gesamtschaden bezeichnet werden und im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen der Anklage oder einer Anlage zur Anklage die Einzelheiten der Taten, d. h. die konkreten Tatzeitpunkte, die Tatopfer und die jeweiligen Einzelschäden, detailliert beschrieben sind.

3. Die §§ 200 Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 3 Satz 1 StPO stehen „pragmatischen“ Ausnahmen entgegen, die eine hinreichende Konkretisierung aller von der Anklage umfassten Einzelhandlungen im Anklagesatz verhindern.

4. Ausnahmen von zwingenden Formvorschriften der StPO können nicht nach Maßgabe des praktischen Bedürfnisses im Einzelfall vorgenommen werden.

**1062. BGH 5 ARs 53/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009**

Anfragebeschluss; summarischer Anklagesatz (Serienvermögensstraftaten).  
§ 132 GVG; § 200 StPO; § 243 Abs. 3 StPO

Auch der 5. Strafsenat ist der Auffassung: Liegen einem Angeklagten zahlreiche Vermögensdelikte zur Last, die einem einheitlichen modus operandi folgen, genügt der konkrete Anklagesatz den Anforderungen des § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO und des § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO, wenn dort – neben der Schilderung der gleichartigen Tatausführung, die die Merkmale des jeweiligen Straftatbestandes erfüllt – die Tatorte, die Gesamtzahl der Taten, der Tatzeitraum und der Gesamtschaden bezeichnet werden und im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen der Anklage

oder einer Anlage zur Anklage die Einzelheiten der Taten, d. h. die konkreten Tatzeitpunkte, die Tatopfer und die jeweiligen Einzelschäden, detailliert beschrieben sind.

**1111. LG Bochum (2 Qs 10/08) – Entscheidung vom 22. April 2008 (AG Bochum)**

Verwertungsverbot bei der strafbaren Beschaffung von Beweismitteln durch Straftaten nach deutschem und ausländischem Strafrecht (völkerrechtswidrige Beweismittelbeschaffung: Ankauf gestohlener Daten, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Begünstigung, Betriebsspionage, Hehlerei; Fernwirkung; Verhältnismäßigkeit; Verjährung; Tatverdacht; rechtswidriger Ausforschungsbeweis; Beschwerde); Einkommensteuerhinterziehung; redaktioneller Hinweis.

§ 370 AO; § 116 AO; § 208 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 404 AO; § 257 StGB; § 259 StGB; § 17 UWG; Art. 13 GG; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 94 StPO; § 102 StPO; § 304 StPO

1. Ein Beweisverwertungsverbot ist eine Ausnahme vom Amtsaufklärungsgrundsatz, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des infrage stehenden Verfahrensverstößes.

2. Der gegebenenfalls strafbare Ankauf von Beweismitteln führt nicht dazu, dass das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig beschädigt wird.

3. Dies gilt jedenfalls dann, wenn nicht ein zunächst rechtswidriges Verhalten der staatlichen Ermittlungsbehörden, sondern ein strafrechtlich relevantes Verhalten einer Privatperson vorliegt, das staatliche Behörden lediglich nachgelagert ausnutzen. Beweismittel, die durch Private in rechtswidriger Art und Weise gewonnen werden, sind grundsätzlich verwertbar.

4. Zwar gehört zu den Aufgaben der Steuerfahndung nach § 208 Abs. 1 Nr. 2 AO die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen in Fällen von Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten. Der Begriff der Steuerstraftat ist zudem umfassend als der nach dem Gesetz unter Strafe gestellte Lebensvorgang zu verstehen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Strafbarkeit im Einzelfall infolge besonderer Umstände etwa der Strafverfolgungsverjährung ausgeschlossen ist. Allerdings stellt die diesbezügliche Verjährungsfrist des § 78 StGB eine negative Prozessvoraussetzung dar, welche dem Erlass eines Sachurteils entgegensteht, mit der Folge, dass das Strafverfahren einzustellen wäre. Daher darf aufgrund der fehlenden unbehebaren Prozessvoraussetzung auch kein Strafverfahren eingeleitet werden. Nach § 94 StPO dürfen auch im Steuerstrafverfahren nur solche Beweismittel beschlagnahmt werden, die für die Untersuchung von Bedeutung sein können. In den Fällen der Verjährung sind Durchsuchungen und Beschlagnahmen mithin unzulässig, da es für die Zwecke der Strafverfolgung an der Beweisbedeutung fehlt.

5. Prüft die Steuerfahndung in zulässiger Weise in Jahren, die zwar steuerstrafrechtlich verjährt, aber gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 AO steuerlich noch offen sind, so kann dies nur mit den Mitteln der Abgabenordnung nach den §§ 85 ff. AO, nicht aber mit den Mitteln der Strafprozessordnung erfolgen.

**1112. LG Bochum (2 Qs 2/09) – Entscheidung vom 7. August 2009 (AG Bochum)**

Verwertungsverbot bei der strafbaren Beschaffung von Beweismitteln durch Straftaten nach deutschem und ausländischem Strafrecht (völkerrechtswidrige Beweismittelbeschaffung: Ankauf gestohlener Daten, „Datendiebstahl“; Umgehung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen; Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten; Verhältnismäßigkeit; Beschwerde); Einkommensteuerhinterziehung.

§ 370 AO; § 257 StGB; § 259 StGB; § 17 UWG; Art. 13 GG; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 94 StPO; § 102 StPO; § 304 StPO; Art. 4 Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen Nr. 56/83 über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen

1. Der gegebenenfalls strafbare Ankauf von Beweismitteln führt nicht dazu, dass im Strafverfahren hinsichtlich der Beweismittel ein Beweisverwertungsverbot angenommen werden müsste.

2. Selbst wenn ein völkerrechtliches Rechtshilfeübereinkommen (oder gar mehrere) tatsächlich umgangen worden sind, hindert dies die Verwertung in einem Fall des „Datendiebstahls“ nicht. Ein Beweisverwertungsverbot wegen der Verletzung eines völkerrechtlichen Rechtshilfeübereinkommens kommt nur in Betracht, wenn die Verwertung eines Beweismittels selbst völkerrechtswidrig ist (vgl. BGHSt 37, 30). Hieran mangelt es bei einem Ankauf gestohlener Daten.

3. Im Fall des Ankaufs gestohlener Daten durch den BND ist der „Datendiebstahl“ der Bundesrepublik Deutschland nicht nach der Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen Nr. 56/83 über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen vom 12.12.2001/28.02.2002 nicht zurechenbar. Die Voraussetzungen der Zurechnungsregeln nach Art. 4 ff. der Resolution sind nicht erfüllt.

**1083. BGH 4 StR 287/09 – Urteil vom 15. Oktober 2009 (LG Magdeburg)**

Rechtsfehlerhaft begründeter Freispruch (DNA-Spuren; Alternativtäterschaft als mögliche Alternativtäterschaft als gedankliche, abstrakttheoretische Möglichkeit).

§ 261 StPO

1. Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht überwinden kann, so ist dies vom Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen.

Denn die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Der revisionsrechtlichen Beurteilung unterliegt nur, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 11 m.w.N.). Dies ist auch dann der Fall, wenn er einem Beweiszeichen einen zu geringen Beweiswert zugemessen hat (vgl. BGH NJW 2009, 2834, 2836).

2. Das Tatgericht darf auch eine gegen die Täterschaft des Angeklagten sprechende mögliche Alternativtäterschaft nicht auf eine gedankliche, abstrakttheoretische Möglichkeit stützen (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 5; BGH NJW 2009, 2834, 2836).

**1102. BGH 2 ARs 449/09 (2 AR 278/09) – Beschluss vom 21. Oktober 2009 (AG Tuttingen; AG Tiergarten)**

Zurückgewiesener Verbindungsantrag des Angeschuldigten (erforderliche Anträge der Staatsanwaltschaften).

§ 13 Abs. 2 StPO

Der BGH kann nicht gemäß § 13 Abs. 2 StPO auf den Antrag des Angeschuldigten über eine Verbindung entscheiden, wenn dahingehende übereinstimmende Ver-

bindungsanträge der beteiligten Staatsanwaltschaften fehlen.

**1055. BGH 5 StR 419/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Diagnose einer Persönlichkeitsstörung; Beurteilung der Aussagetüchtigkeit; eigene Sachkunde; Aufklärungspflicht; Pflicht zu Einholung eines Sachverständigenutachtens); Beweiswürdigung (Aussagekonstanz; Feststellungen).

§ 244 Abs. 2, Abs. 4 StPO; § 261 StPO

1. Das Gericht kann sich bei der Beurteilung von Zeugenaussagen grundsätzlich eigene Sachkunde zutrauen. Etwas anderes gilt aber, wenn besondere Umstände vorliegen, deren Würdigung eine spezielle Sachkunde erfordert, die dem Gericht nicht zur Verfügung steht.

2. Besondere Umstände können etwa gegeben sein, wenn Tatsachen auf eine Persönlichkeitsstörung eines Zeugen hindeuten, die wiederum einen Einfluss auf seine Aussagetüchtigkeit möglich erscheinen lässt. Da die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung und die Beurteilung ihrer Auswirkungen auf die Aussagetüchtigkeit des Zeugen spezifisches Fachwissen erfordert, das nicht Allgemeines von Richtern ist, bedarf die eigene Sachkunde in einem solchen Fall näherer Darlegung.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**1068. BGH 1 StR 478/09 – Beschluss vom 7. Oktober 2009 (LG München II)**

Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Hinterziehung von Sozialabgaben; Arbeitgeber; Feststellung eines Arbeitsverhältnisses: Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen); Abgrenzung von Verbotsirrtum und Tatbestandsirrtum (Statusverfahren; Vermeidbarkeit; Subsumtionsirrtum).

§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV; § 41a EStG; § 266a StGB; § 370 AO; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB

1. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich. Liegt danach ein Arbeitsverhältnis vor, können die Vertragsparteien die sich hieraus ergebenden Beitragspflichten nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung beseitigen (vgl. BGH NJW 2009, 528, 530; BGH NSTz 2001, 599, 600).

2. Weiß der Angeklagte um sämtliche Umstände, die seine Stellung als Arbeitgeber begründeten, hat er auch den für die Unrechtsbegründung wesentlichen Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „Arbeitgeber“

i.S.v. § 266a StGB und § 41a EStG und – daraus folgend – die damit einhergehenden, ihn treffenden Pflichten erfasst. Ein Irrtum über die Einstufung als Arbeitgeber ist in diesem nur ein den Vorsatz nicht berührender Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum).

**1075. BGH 2 StR 300/09 – Urteil vom 30. September 2009 (LG Koblenz)**

Untreue (existenzgefährdender Eingriff: Angriff auf das Stammkapital; Liquidation; rechtsfehlerhafte Verneinung des Vorsatzes: voluntatives Vorsatzelement).

§ 266 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

1. Die in BGHSt 49, 147, 160 f. aufgestellten Grundsätze gelten in der Liquidation fort.

2. Eine Beweiswürdigung, die über schwerwiegende Verdachtsmomente erörterungslos hinweggeht, ist rechtsfehlerhaft (BGH NSTz 2002, 656, 657; NSTz-RR 2004, 238, 239). Aus den Urteilsgründen muss sich auch ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden (st. Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 11; Beweiswürdigung unzu-

reichende 1; BGH NStZ 2002, 48; NStZ-RR 2004, 238, 239). Zur Anwendung auf den Vorsatz bei der Untreue.

**1063. BGH 1 StR 320/09 – Beschluss vom 7. Oktober 2009 (LG Duisburg)**

Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Hinterziehung von Sozialabgaben; unterlassene vollständige Meldungen; Schwarzlohnzahlungen).

§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 28f Abs. 3 SGB IV; § 28a SGB IV; § 41a EStG; § 266a StGB; § 370 AO

Auch in Fällen teilweiser Schwarzlohnzahlungen findet die Fiktion des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV Anwendung. Die Vorschrift ist nicht nur dann anzuwenden, wenn sämtliche Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt werden.

**1094. BGH 1 StR 501/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Münster)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Lohnsteuerhinterziehung durch Beschäftigung von „Schwarzarbeiterkolonnen“ (Handeln aus grobem Eigennutz; Rechtsgut des Aufkommens der Sozialversicherungen).

§ 266a StGB; § 370 AO

Geschütztes Rechtsgut der Absätze 1 und 2 des § 266a StGB ist in erster Linie das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherungen (vgl. BGH, Beschl. vom 21. September 2005 – 5 StR 263/05). Kollusives Zusammenwirken von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu Lasten der Solidargemeinschaft – und mittelbar zum Nachteil abgaben- und steuerehrlicher Unternehmer – entlastet deshalb nicht, sondern ergibt ein Tatbild, das durch ein gesteigertes Ausmaß an krimineller Energie geprägt ist.

**1035. BGH 3 StR 280/09 – Beschluss vom 24. September 2009 (LG Bückeburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge; Teilmengen mit unterschiedlichen Bestimmungen; Auslandstaten; Abgabe; Einfuhr; Bewertungseinheit und Schranke des schwereren Delikts); Täterschaft; Beihilfe; Konkurrenzen.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Wird eine nicht geringe Menge eines Betäubungsmittels erworben, die sodann – wie von vornherein beabsichtigt – aufgeteilt und unterschiedlichen Verwendungen zugeführt wird, so richtet sich die rechtliche Bewertung dieses Vorgangs nach der unterschiedlichen Zweckbestimmung der jeweiligen Teilmenge.

2. Der Vertrieb von Betäubungsmitteln im Sinne des § 6 Nr. 5 StGB umfasst den Erwerb von Rauschgift im Ausland nur dann, wenn sich dieser als unselbständiger Teilakt eines Handeltreibens mit Betäubungsmitteln, also eines eigennützigen Tätigwerdens darstellt.

3. Die Abgabe der Betäubungsmittel gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG wird – anders als der Erwerb – nicht von dem Verbrechenstatbestand der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG verdrängt.

4. Die Annahme einer Bewertungseinheit scheidet aus, wenn das ursprünglich verwirklichte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge angesichts der niedrigeren Mindeststrafdrohung des § 29 a Abs. 1 BtMG als das weniger schwere Delikt erscheint und deshalb zwischen beiden Tateinheit anzunehmen ist (BGHSt 40, 73, 75). Dies gilt wegen ihrer Akzessorietät zur Haupttat auch für die durch eine Handlung begangene Beihilfe zu diesen beiden tateinheitlich verwirkten Delikten.

# Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis

Zugleich Besprechung von AG Bochum vom 10. April 2008, 64 Gs 1491/08 (AG Bochum I), vom 8. April 2009, 64 Gs-35 Js 220/07 – 1491/08 (AG Bochum II), LG Bochum vom 22. April 2008, 2 Qs 10/08 (LG Bochum I = HRRS 2009 Nr. 1111) und vom 7. August 2009, 2 Qs 2/09 (LG Bochum II = HRRS 2009 Nr. 1112)

Von Prof. Dr. Günter Heine, Universität Bern

## A. Einleitung

Weltwirtschaftskrise und Steueroasen gelten als „zwei Übel, die sich wechselseitig verstärken“.<sup>1</sup> Die „Raffgier“ des Steuerhinterziehers gefährdet nach Einschätzung der Politik die soziale Marktwirtschaft und damit unser wirtschaftliches Fundament.<sup>2</sup> Bei einem solchen Szenario, systemischen Risiken also, wechseln leicht die Akteure: Makrokriminalität verlangt nach starker politischer Hand zur Sicherung des Gemeinwohls,<sup>3</sup> so exemplarisch im Fall der schweizerischen UBS-Bank, wo auf den Druck der us-amerikanischen, fast omnipotenten Aufsichtsbehörde zur Offenlegung von Kundendaten zuerst eine schweizerische Regierungsdelegation in den USA vorstellig und anschließend gleichsam im Wege der Staatsnothilfe die UBS angewiesen wurde, die begehrten Kundendaten fristgemäß an die USA auszuhändigen.<sup>4</sup>

Von einer solchen Politisierung des Strafrechts sind wir in Deutschland noch weit entfernt. Sind wir das wirklich? Zum Prüfstein wird die strafrechtliche Aufarbeitung der Affäre Liechtenstein, und damit vor allem die Frage, ob und inwieweit die Daten, die aus der Straftat eines Mitarbeiters der Liechtensteiner LGT-Bank stammen, hierzulande strafprozessual verwertbar sind. Dies betrifft auch die Frage, ob auf dieser Grundlage Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse zulässig sind – so die hier mitzubesprechenden Entscheidungen der Bochumer Justiz – und was für die erlangten Beweismittel gilt.

Die neuen Herausforderungen betreffen das im Verhältnis von Staat und Steuerpflichtigem einzuhaltende Ver-

fahren und den modus operandi. Das Fürstentum Liechtenstein leistete zum hier entscheidenden Zeitpunkt im Verhältnis zum Ausland selbst bei kriminellem Steuerbetrug nicht einmal „kleine“ Rechtshilfe.<sup>5</sup> Jahrelang führte für interessierte Kreise „eine breite Straße nach Liechtenstein“.<sup>6</sup> Im Zuge knapper öffentlicher Kassen und der Finanzkrise drehte sich der Wind, sodass sich für den deutschen Fiskus eine besondere Gelegenheit bot, als ein Mitarbeiter der Liechtensteiner LGT sich unberechtigt Kontendaten über mehr als 4'500 Personen aneignete. Als starke Hand auf deutscher Seite hat sich der BND erwiesen. Seine Mitarbeiter haben, soweit heute bekannt ist, nach Verhandlungen über die Qualität des Materials und über eine neue Personenidentität gegen eine aus dem deutschen Haushalt zu leistende Zahlung von über 4 Mio. Euro diese Bankdaten angekauft und an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet.<sup>7</sup>

Der Ankauf der Bankdaten erfüllt zweifellos den Tatbestand der Beihilfe zu § 17 II Nr. 2 UWG.<sup>8</sup> Ob sich daraus *Sperren für das Strafverfahren* ergeben können, ist die Frage.

<sup>5</sup> S. näher Heine, in: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), Roland von Büren-FS (2009), S. 917.

<sup>6</sup> Näher Salditt, in: Harald-Schaumburg-FS (2009), S. 1269, 1276 f.

<sup>7</sup> S. Spatscheck, in: Hassemer/Kempf/Maccia (Hrsg.), Klaus-Volk-FS (2009), S. 771, 774, Rode, in: AG Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat (2009), S. 365.

<sup>8</sup> Kelnhofer/Krug StV 2008, 660, 664, Sieber NJW 2008, 881, 883, Schünemann NSTZ 08, 305, 308, Spatscheck a.a.O. (Fn 7), S. 780, Stahl/Demuth DStR 2008, 600 f., Trüg/Habetha NSTZ 2008, 481, 489, dies., NJW 2008, 888 f., s. Heine a.a.O. (Fn. 5), S. 921, Bruns StraFo 2008, 190, vgl. Beulke Jura 2008, 653, 664; and. wohl Kölbel NSTZ 08, 241, 244.

<sup>1</sup> Süddeutsche Zeitung v. 22.10.2008.

<sup>2</sup> So Peter Müller, Ministerpräsident des Saarlandes, ZRP 2008, 221, 222.

<sup>3</sup> S. bereits Hobbes, in: Gaskin (ed.), Human Nature and De Corpore Politico (1994), S. 3, 172.

<sup>4</sup> S. näher Heine, in: Emmenegger (Hrsg.), Cross-Border Banking (2009), S. 165 ff.

Das Recht der Beweisverbote befindet sich bekanntlich in einem „unbefriedigenden Zustand“.<sup>9</sup> Einigkeit besteht allenfalls insoweit, als die gravierende Verletzung von Rechtsnormen, die zumindest auch dem Schutz des Betroffenen dienen, zu verfahrensrechtlichen Verboten führen (können). Wir sichten daher zuerst denkbare Verfahrensverstöße (unten B) und gehen im Anschluss der Frage von Beweisverwertungsverboten nach (unten C).

## B. Bestandsaufnahme: Verfahrensverstöße auf nationaler und völkerrechtlicher Ebene

### I. Amtshilfe?

Die Weitergabe der Daten vom BND an die Strafverfolgungsorgane kann nicht mit Amtshilfe legitimiert werden. Denn Amtshilfe führt nicht zu einer Erweiterung der Zuständigkeit; eine gesetzlich beschränkte Befugnis der Steuerfahndung darf nicht unterlaufen werden.<sup>10</sup> Entsprechend legt Art. 112 II Abgabenordnung (AO) fest, dass Amtshilfe verboten ist, wenn die Behörde „hierzu aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist“.

### II. § 116 AO?

Entgegen AG Bochum II (Erw. 2c) kommt als Rechtsgrundlage für die Weitergabe auch nicht § 116 AO in Frage.<sup>11</sup> Der BND darf zur heimlichen Beschaffung von Informationen zwar „geheimdienstliche Mittel“ anwenden (§ 3 BND-Gesetz i.V.m. § 8 II BVerfSch-Gesetz). Diese Eingriffsbefugnisse gehen aber weit über das hinaus, was Behörden der Strafverfolgung bzw. Steuerfahndung gestattet ist. Wegen dieser exklusiven Eingriffstiefe sind besondere Voraussetzungen gesetzlich vorgesehen: Die „Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland“ muss „von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland“ sein (§ 1 II BND-Gesetz). Diese Voraussetzungen sind in casu schlechterdings nicht erfüllt.

Soweit der Geheimdienst ausnahmsweise zur Verhütung und Verfolgung von Straftaten herangezogen wird, sind gesetzliche Wertungen und Vorgaben des BVerfG entscheidend. Nach § 9 III BND-Gesetz i.V.m. § 20 BVerfSchG wird die Übermittlung personenbezogener Informationen an deutsche Behörden auf enumerierte Großgefahren begrenzt, um die es hier gerade nicht

geht.<sup>12</sup> Und nach BVerfG sind dem BND solche Aktivitäten nur zum Schutz hochkarätiger Gemeinschaftsgüter erlaubt, deren Verletzung schwere Schäden für den äußeren und inneren Frieden und für die Rechtsgüter Einzelner zur Folge hätte.<sup>13</sup> Auf einer Wertungsstufe mit terroristischer Vereinigung, Mord und Totschlag, soweit diese geeignet sind, die äußere oder innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland in Mitleidenschaft zu ziehen, liegen die Hinterziehung von Einkommen-, Körperschaft- oder Erbschaftssteuer, selbst als systemische Frage, sicherlich nicht. Und ebenso wenig legalisieren die Wertungskategorien des § 100a StPO die Umtriebe des BND.<sup>14</sup> Selbst wenn eine Parallele zu dem G 10-Gesetz zu ziehen wäre und damit „schwere Kriminalität“ im Fokus für den Ankauf stünde,<sup>15</sup> so streitet gegen eine Weitergabe jedenfalls das formelle Trennungsgebot. Denn die Bindung strafprozessualer Ermittlungsmethoden an bestimmte Verdachtsschwellen würde ebenso unterlaufen wie das Bestimmtheitsgebot.<sup>16</sup> Deshalb ist der Ankauf des durch eine – zumal selbst geförderte – strafbare Handlung erlangten Materials auch nicht von den allgemeinen Ermittlungsbefugnissen der §§ 399 I, 404 AO i.V.m. §§ 161 I, 161a, 163 I StPO gedeckt.<sup>17</sup>

Daher existiert weder eine Pflicht noch ein Recht des BND, die Strafjustiz nach § 116 AO über akquirierte Anhaltspunkte für Steuerdelikte zu unterrichten. Insofern ist unerheblich, ob der BND Bote der Strafverfolgungsorgane war oder er in bestimmtem Rahmen entscheidungsbefugt war. Denn bei bloßer Botentätigkeit würden die herkömmlichen Eingriffsbefugnisse für Strafverfolgungsbehörden glatt umgangen.<sup>18</sup>

### III. Verstoß gegen Völkerrecht

Die Inszenierung des Ankaufs der CD-ROM durch den BND und die Steuerfahndung zur Durchführung von Steuerstrafverfahren ist entgegen LG Bochum II Erw. 2c aa als völkerrechtswidrige Handlung i.S.v. Art. 1 der Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen Nr. 56/83 (Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen v. 28. Januar 2002)<sup>19</sup> i.V.m. Art. 1, 4 ff., 16 ff. ILC-Entwurf 2001<sup>20</sup> zu verstehen. Wo das Strafrecht nolens volens auf globalisierte Fragestellungen trifft, sind notwendigerweise die Antworten auch

<sup>9</sup> Jahn, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld usw., Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag 2008 (2008), S. C 21 m. zahlr. Nachw., Meyer-Gofner, Strafprozessordnung, 52. Aufl. (2009), Einl. 55a, Lesch, in: Hassemer/Kempf/Moccia (Hrsg.), Klaus-Volk-FS (2009), S. 311.

<sup>10</sup> H.M., s. z.B. Sieber NJW 2008, 881, 885, Heine a.a.O. (Fn. 5), S. 924, Spatscheck a.a.O. (Fn. 7), S. 778 f., Salditt PStR 2008, 84.

<sup>11</sup> Ebenso Kelnhofer/Krug StV 2008, 660, 665, Schünemann NStZ 2008, 305, 307, Trüg/Habetha NJW 2008, 887, 890, näher Heine a.a.O. (Fn. 5), S. 917, 924 f.; and. Kölbel NStZ 2008, 241, 243.

<sup>12</sup> Ebenso Salditt a.a.O. (Fn. 6), S. 1269, 1279, Schünemann NStZ 2008, 305, 306, Trüg/Habetha NStZ 2008, 481, 489.

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2000, 55. Vgl. dazu Salditt a.a.O. (Fn. 6), S. 1269, 1278.

<sup>14</sup> Salditt a.a.O. (Fn. 6), S. 1269, 1279.

<sup>15</sup> So Sieber NJW 2008, 881, 883.

<sup>16</sup> Näher Heine a.a.O. (Fn. 5), S. 917, 924 f.

<sup>17</sup> So die überwiegende Lehre, s. Sieber NJW 2008, 881, 883 f.; Trüg/Habetha NJW 2008, 888 f.; Beulke Jura 2008, 653, 664.

<sup>18</sup> S. Salditt PStR 2008, 84.

<sup>19</sup> A/62/49, Vol. I.

<sup>20</sup> Report of the International Law Commission, UN DOC. A/56/10 (2001), 43 ff., vgl. zur Entwicklung Epiney, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater (1992), S. 23 ff., Rosenne, The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, part 1 (1991), 22 ff.

supranational zu erwarten. Angesichts der Novität des Ansatzes<sup>21</sup> ist dies eingehender zu begründen.

### 1. Sonderrechte für geheimdienstliche Tätigkeit?

Vorbei sind auch im Völkerrecht die Zeiten, in denen der Geheimdienst nach der Devise verfahren konnte: „If you are in Rome, do as the Romans“. <sup>22</sup> Denn das Völkerrecht hat sich weiterentwickelt. „Gross violations of commonly accepted legal standards“ setzen den Maßstab.<sup>23</sup> Denn insbesondere zur Achtung der staatlichen Souveränität, zur Non-Desavouierung völkerrechtlicher Verträge und zur Verhinderung von Begleitkriminalität im Namen des Staates ist eine „jungle world (zu verhindern) which places a premium on skills in subversion, espionage ... and other forms of intervention“.<sup>24</sup> Deshalb existiert auch keine allgemeine Regel des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechts (Art. 25 GG), nach der die strafrechtliche Ahndung geheimdienstlicher Tätigkeit ausgeschlossen wäre.<sup>25</sup>

### 2. Bedeutung der Resolution Nr. 56/83

Ungeachtet der Präambel Ziff. 3 hat diese Resolution als *Völkergewohnheitsrecht* direkten Einfluss auf das deutsche Recht,<sup>26</sup> auch zumal die Beurteilung davon unberührt bleibt, „dass die gleiche Handlung nach innerstaatlichem Recht als rechtmäßig beurteilt wird“ (Art. 3). Zwar klärt diese Resolution nicht die Voraussetzungen einer völkerrechtswidrigen Handlung, durchaus aber – vom LG Bochum II Erw. 2c aa verkannt – Grundsätze der Verantwortlichkeit von Staaten<sup>27</sup> (und deren Rechtsfolgen, worauf unter C zurückzukommen ist). Zur Absicherung wird zudem die weitere Entwicklung des Völkerrechts berücksichtigt.

### 3. Zur Völkerrechtswidrigkeit bei Mittel-Zweck-Bezug

#### a) Fallgruppen

„Gross violations of commonly accepted legal principles“ liegen eindeutig vor bei Verstößen gegen die *Folterkonvention*.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> Vgl. aber z.B. BGH JZ 1990, 1031 m. Anm. Schroeder, *Gless JR* 2008, 317, 320 ff.; unergiebig insoweit die Beschlüsse des 67. Dt. Juristentages 2008, vgl. Abt. Strafrecht VI.  
<sup>22</sup> Vgl. demgegenüber noch Oppenheim, *International Law: A Treatise* § 455 (ed. Lauterbach), 8. Aufl. (1955).  
<sup>23</sup> *Fleck Michigan Journal of International Law* 28: 687 (2007), 693 m. zahlr. Nachw., *Fassbender EuGRZ* 2003, 1, 8; ferner *Crawford/Peel/Olleson EJIL* 12 (2001), 963, 976 ff.  
<sup>24</sup> *Wright, Essays on Espionage and International Law* 3, 13, 25 (1962).  
<sup>25</sup> S. BVerfGE 92, 277, 320 f. auf der Grundlage eines umfassenden Gutachtens des Heidelberger MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.  
<sup>26</sup> S. Int. Court of Justice, Urteil v. 26.2.2007, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 91/2007, RN 398, vgl. auch *Lüderssen, NZZ-Online* v. 14.3.2008, 1 f.  
<sup>27</sup> S. International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States*, 2001, 31.  
<sup>28</sup> S. EGMR EuGRZ 2008, 466 ff. (Fall Gaefgen), *Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl. (2008), S. 514

Unterhalb dieses Kernbereichs ist von einem völkerrechtswidrigen Akt auszugehen, wenn *Souveränitätsrechte* anderer Staaten verletzt werden.<sup>29</sup> Eine Verletzung des Territorialitätsprinzips, das über Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts ist, liegt zweifelsohne dann vor, wenn der Datenkauf in *Liechtenstein* erfolgt sein sollte. Denn die extraterritoriale Durchsetzung des inländischen Rechts ist schlichtweg verboten.<sup>30</sup> Dies gilt auch für eigenmächtige Ermittlungshandlungen eines ausländischen Geheimdienstes.<sup>31</sup> Dieser Fall ist freilich wenig wahrscheinlich, darf man doch davon ausgehen, dass der BND völkerrechtlich nicht unberaten seine Tätigkeit durchführte.

*Souveränitätsrechte* sind weiter auch dann verletzt, wenn ein Beschuldigter aus dem Ausland ins Inland *entführt* wird.<sup>32</sup> Gleiches gilt bei Verstößen im Rahmen von *Rechtshilfeverhältnissen*, insbesondere der Umgehung des Rechtshilfeweges. Das ist nicht nur der Fall bei Zweckentfremdung von Daten (s. Art. 102 ff., 126 ff. SDÜ), sondern auch, wenn der vertraglich vereinbarte *Rechtshilfeweg nicht beachtet* wird, etwa wenn eine unzuständige Behörde Informationen aus dem Ausland übersendet und die zuständige Stelle anschließend eine Verwertung verbietet.<sup>33</sup> Und ebenso völkerrechtswidrig ist eine spontane Rechtshilfe, die sich später als unzulässig herausstellt.<sup>34</sup> Gleiches gilt schließlich, wenn der *Spezialitätsvorbehalt* nicht eingehalten wird, also das im Rechtshilfeweg übersandte Beweismaterial nicht nur zur Verfolgung der ausdrücklich genannten Straftaten oder Personen verwertet wird.<sup>35</sup>

Wenn

- unter Umgehung der völkerrechtlichen Bindungen des europäischen Rechtshilfeübereinkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland

f., *Werle, Völkerstrafrecht* (2003), S. 264 f., *Hassemer*, in: *Werner-Maihofer-FS* (1988), S. 202.  
<sup>29</sup> S. *Böse ZStW* 114 (2002), 148, 177 ff., *Gless wistra* 08, 317, 321 ff., *Holenstein PStR* 2008, 90. Ferner *Ziegenhahn*, *Der Schutz der Menschenrechte in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen* (2002), passim.  
<sup>30</sup> S. bereits *Scheller*, *Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe zur Verbrechensbekämpfung*, 1997, S. 276 ff., IGH, Urteil v. 7.9.1927 („Lotus-Entscheidung“), *Peters, Völkerrecht AT*, 2. Aufl. (2008), Kap. 4/1 ff.  
<sup>31</sup> *Beulke Jura* 2008, 653, 664, *Gless wistra* 2008, 317, 322, vgl. *Bülte wistra* 2008, 292, 296.  
<sup>32</sup> S. Schweiz. BGer EuGRZ 1985, 435, *Schultz*, *Schweiz. Jahrbuch für Internationales Recht* 1967, S. 67 ff., *Schünemann*, in: *Paul-Günter Pötz Festgabe* (1993), S. 215, 229 ff.; vgl. aber BVerfG NStZ 1986, 178 f., BGH NJW 1984, 563, NJW 1987, 3087.  
<sup>33</sup> Vgl. BGHSt 34, 334, 342 ff., vgl. auch *Böse ZStW* 114 (2002), 148, 174, *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 4. Aufl. (2006), Einl. 74.  
<sup>34</sup> Schweiz. BGE 125 II 247 ff.  
<sup>35</sup> *Böse ZStW* 114 (2002), 148, 172, *Gless/Eymann StV* 2008, 318, 320 sowie schweiz. BGE 116 I b 457, 128 II 305 ff., *Popp*, *Grundzüge der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen* (2001), Rn 331, 527. Ferner *Schuster*, *Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess* (2006), S. 28. Vgl. aber BGH NStZ 2007, 345 mit zu Recht krit. Anm. *Lagodny*.

und dem Fürstentum Liechtenstein (wonach keinerlei Rechtshilfe in Fiskalsachen geleistet wird),

- unter das Bankgeheimnis des ausländischen Staates fallende Informationen über deutsche Steuersünder,
- erlangt nicht durch freiwillige Übergabe einer Behörde des ersuchten Staates, sondern durch kriminellen Akt,
- für Zwecke der Strafverfolgung angekauft werden,

so liegt dies auf derselben Wertungsstufe; der Zweckbezug des Ankaufs nicht zur polizeilichen Abwehr von Großgefahren, sondern zur Strafverfolgung von Straftaten ist *offensichtlich völkerrechtswidrig*.<sup>36</sup> Deshalb besteht kein Zweifel, dass das in Rede stehende Szenario die Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung i.S.d. Art. 12 Resolution 56/83 darstellt.

### b) Verantwortlichkeit Deutschlands

Zwei Fragen stellen sich: Steht einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit Deutschlands nicht entgegen, dass die Datensätze nicht durch ein staatliches Organ, sondern durch eine *Privatperson* entwendet würden? Und ist, zweitens, Deutschland nicht deshalb tangiert, weil die *Straftat bereits vollendet* war bzw. die Daten bereits erlangt waren, als der BND die Bühne betrat?

Beginnen wir mit der ersten Frage.

#### aa) Ausschluss der Zurechnung wegen des Handelns Privater?

Grundsätzlich müssen sich die Staaten Handlungen von Privatpersonen nicht zurechnen lassen.<sup>37</sup> So genügt die bloße Anerkennung eines faktischen Zustandes ebenso wenig wie ein bloß verbales Einverständnis mit dem Verhalten Privater.<sup>38</sup> Das öffentliche Herausstreichen der Aktion als gute Investition durch einen deutschen Minister reicht folglich nicht. Anderes gilt dagegen, wenn der Staat in einer konkreten Situation die gebotene Sorgfalt (*due diligence*) außer Acht lässt<sup>39</sup> oder er es an geeigneten Repressionsmaßnahmen als Reaktion auf das Privatverhalten fehlen lässt, so z.B. an der strafrechtlichen Verfolgung und Bestrafung der privaten Täter.<sup>40</sup> In diesen

<sup>36</sup> Ebenso *Schünemann* NStZ 2008, 305, 307, *Lüderssen* a.a.O. (Fn. 26), 1 f., *Holenstein* PStR 2008, 90, 91.

<sup>37</sup> Vgl. *Epiney*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater (1992), S. 98 ff., 272, *Wolf*, Die Haftung der Staaten für Privatpersonen nach Völkerrecht (1997), S. 61 ff., auch zur Entwicklung, *Felder*, Die Beihilfe im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit (2007), S. 65, zur Entwicklung S. 17 ff.

<sup>38</sup> S. *International Law Commission* (JLC), Commentaries to the draft articles on Responsibility of States (UN Doc. A/56/10, IV. E. 2), Art. 11 N 6, *Epiney* a.a.O. (Fn. 37), S. 108 ff., *Wolf* a.a.O. (Fn. 37), S. 152.

<sup>39</sup> S. *Epiney* a.a.O. (Fn. 37), S. 205 ff., *Wolf* a.a.O. (Fn. 37), S. 69 ff., 103 f., 781, je mit zahlr. Nachw.

<sup>40</sup> S. *Felder* a.a.O. (Fn. 37), S. 74 f., vgl. Yearbook of Humanitarian Law (YILC) 1975 II, S. 82 f., Art. 11 N 37. Dieser Rechtsgedanke hat sich auch im Rom-Statut niedergeschla-

Fällen besteht eine Verantwortlichkeit des Staates aus *originärer* Zuständigkeit.

Zudem kann eine Staatenverantwortlichkeit aus *abgeleiteter* Zuständigkeit in Frage kommen. Eine „Komplizenschaftshaftung“ des Staates entsteht, wenn Völkerrechtsverletzungen zum Nachteil eines anderen Staates durch tatsächliche Unterstützung von Privatpersonen erfolgen.<sup>41</sup> In diesem Fall muss die Beihilfehandlung den Eingriff der Völkerrechtsverletzung tatsächlich erleichtert haben, wobei vor allem materielle, insbesondere finanzielle Unterstützung und politischer support von Bedeutung sind.<sup>42</sup> Hinzukommen muss, dass die Haupthandlung auch dann völkerrechtswidrig wäre, wenn sie vom Beihilfe leistenden Staat begangen würde (Art. 16 lit. b ILC-Entwurf). Es genügt Kenntnis der Umstände (Art. 16 ILC-Entwurf).<sup>43</sup>

#### bb) Zurechenbarkeit!

Nach diesen Grundsätzen ist eine Zurechnung des völkerrechtswidrigen Verhaltens zu Deutschland zu bejahen, sei es aus originärer (Art. 4 ff. ILC-Entwurf), sei es aus abgeleiteter (Art. 16 ff. ILC-Entwurf) Verantwortlichkeit. Nicht entscheidend ist dabei entgegen LG Bochum II Erw. 2c bb und *Beulke*,<sup>44</sup> dass der „Datendiebstahl“ als solcher abgeschlossen ist. Denn maßgebend ist, dass ein völkerrechtswidriger Zustand<sup>45</sup> final für Zwecke der Umgehung einer völkerrechtlichen Verpflichtung und zur Strafverfolgung von Steuerpflichtigen ins Werk gesetzt wurde,<sup>46</sup> und zwar vom BND. Diesbezüglich gilt völkerrechtlich, dass ein Verhalten von Amtsträgern dem Staat zugerechnet wird, wenn sich der Organträger oder die Anstellungskörperschaft oder eine Oberbehörde dies zu Eigen machen.<sup>47</sup> Gleiches gilt, wenn die fragliche Tätigkeit von einem Akt delegierter Staatsgewalt gedeckt ist.<sup>48</sup>

Die eigentliche Umgehung des Rechtshilfeverhältnisses Deutschland/Fürstentum Liechtenstein erfolgte erst durch den Ankauf der Daten, final für deutsche Strafverfolgungszwecke – bis dahin „schlummerte“ das Gefahrenpotential in der Hand des Privaten. In Worten der strafrechtlichen Dogmatik gesprochen wurde der maßgebende Unwert „Erfolg“ der abstrakt gefährlichen und strafbaren Handlungsweise des Privaten erst durch den BND realisiert.

Völkerrechtlich betrachtet ist nicht die strafrechtliche Haupttat, § 17 UWG, maßgebend, sondern die finale Aktivierung dieses privat abgeschirmten Sprengsatzes

gen, s. Art. 28b iii IStGH-Statut, dazu *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (2008), § 7 Rm 56 f. m. zahlr. Nachw.

<sup>41</sup> S. *Wolf* a.a.O. (Fn. 37), S. 340, 780 m. zahlr. Nachw. zur Völkerrechtspraxis.

<sup>42</sup> Näher *Felder* a.a.O. (Fn. 37), S. 255 ff.

<sup>43</sup> S. ILC Commentaries a.a.O. (Fn. 38), Art. 16 N. 3, 5; *Boivin* IRR 859 (2005), 467, 471 f.

<sup>44</sup> *Beulke* Jura 2008, 653, 664.

<sup>45</sup> S. Art. 41 Nr. 2 ILC-Entwurf, *Felder* a.a.O. (Fn. 37), S. 235 f.

<sup>46</sup> Ebenso *Holenstein* PStR 2008, 90 f.

<sup>47</sup> S. *Wolf* a.a.O. (Fn. 37), S. 189 ff., 779 m. zahlr. Nachw.

<sup>48</sup> S. *Wolf* a.a.O. (Fn. 37), S. 202 ff., 779.

zur Düpierung der Vertragspartei Liechtenstein.<sup>49</sup> Dies belegen die monatelangen Verhandlungen und die Zahlung einer hohen Geldsumme, sie war gleichsam der Schlüssel zum Tresor des Privaten. Hinzukommt die politische Rückendeckung „von oben“ und die nachträgliche Akklamation. Wenn aber völkerrechtlich betrachtet schon eine fehlende Repression gegen eine Privatperson eine Zurechnung zum Staat auslösen kann, so gilt dies umso mehr, je aktiver sich Staatsakteure beteiligen, um die eigentlichen Früchte aus einem potentiell völkerrechtswidrigen Zustand zu ernten!

*Defences* des Völkerrechts kommen nicht zum Tragen,<sup>50</sup> sodass wir als *Ergebnis festhalten*:

In Deutschland darf die Weitergabe der involvierten Daten allenfalls zur strafrechtlichen Verfolgung von Staatsschutzdelikten bzw. Großrisiken erfolgen. Dazu gehört Steuerhinterziehung evidentenmaßen nicht. Völkerrechtlich liegt bei der Weitergabe der Daten an die Strafverfolgung ein glatter Bruch des Rechtshilfeverhältnisses Deutschland/Fürstentum Liechtenstein vor.

Führt dieser Völkerrechtsverstoß zur Unverwertbarkeit der Daten im Strafverfahren?

## C. Verbot der Verwertung von Beweismitteln im Strafverfahren

Drei Fragen stellen sich: Sind, erstens, die auf der angekauften CD-ROM gespeicherten Daten in einem Strafverfahren verwertbar? (unten II.). Zweitens stellt sich die Frage einer Fernwirkung: Sind die Ergebnisse einer durch die Daten der CD-ROM inspirierten Durchsichtung verwertbar? (unten III.). Vorab wird begründet, dass die Beibringung der Daten durch einen Privaten keine Vorentscheidung zur Folge hat (unten I.).

Im deutschen Strafverfahren besteht bekanntlich kein allgemeiner Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht. Ein Beweisverwertungsverbot wird vielmehr nur aus übergeordneten wichtigen Gründen angenommen, was nach der Rechtsprechung prinzipiell im Einzelfall durch eine Abwägung der betroffenen Interessen zu klären ist.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> S. JLC, Draft articles on Responsibility of States, 2001, 47, International Court of Justice, Urteil v.27.2.2007, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, 91/2007, RN. 385, 397, 399 ff.

<sup>50</sup> Näher Heine, in: Roland von Büren-FS (Fn.5), S. 928 f.

<sup>51</sup> S. BVerfG NStZ 2006, 47; BGHSt 19, 331, 51, 289 f., Meyer-Götsner, StPO 52. Aufl. (2009), Einl. 55; Senge, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. (2008), Rn 27 vor § 48 sowie die Nachweise b. Jahn DJT-Gutachten (Fn. 9), s. C 34 ff., Rogall JZ 1996, 944 ff., ders. JZ 2008, 818, 824.

## I. Verwertbarkeit wegen Beibringung durch Private?

### 1. Allgemein

Entgegen dem LG Bochum I (Erw. 4c aa) liegt hier kein Fall vor, wonach die Beweismittel, weil durch Private in rechtswidriger Weise gewonnen, verwertbar wären. Zwar wird eine Zuständigkeit innerstaatlicher Organe für private Rechtsverletzungen von einer wohl h.M. bislang im Grundsatz abgelehnt<sup>52</sup> – freilich nur im Grundsatz: Ein Beweisverbot kann in Frage kommen, wenn das Verhalten des Privaten dem Staat zurechenbar ist, wobei auch Eingriffe unterhalb der Schwelle des § 136a StPO einschlägig sein können.<sup>53</sup>

Diese Voraussetzungen für Ausnahmen vom Grundsatz sind in casu erfüllt. Völkerrechtlich besteht kein Zweifel, dass die rechtswidrige und strafbare Beweisbeschaffung dem Staat zuzurechnen ist.<sup>54</sup> Nichts anderes gilt, wenn insoweit nationale Autonomie bestünde<sup>55</sup> und deshalb eine Pflicht zur Zurückweisung des Beweismittels bestehen müsste.<sup>56</sup> Eine solche Pflicht folgt zunächst aus dem Grundsatz des rechtshilfefreundlichen Verhaltens und dem Gebot der Beachtung staatlicher Souveränität,<sup>57</sup> sodann aus dem Verbot der entlohnten Erlangung von Beweismitteln mittels Straftaten, gerichtet an die Strafverfolgungsbehörden,<sup>58</sup> und schließlich aus dem Umstand, dass die offiziellen Verlautbarungen des Staatsoberhauptes des Fürstentum Liechtensteins als Absage an die strafprozessuale Verwertung der CD-ROM zu verstehen sind.<sup>59</sup>

<sup>52</sup> Vgl. BGHSt 34, 39, 52; 44, 129, 134; Rogall JZ 2008, 818, 828, weit. Nachw. b. Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess (2008), S. 170 ff., 325 f., Jahn, DJT-Gutachten (Fn. 9), s. C 100 f., Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren (2008), S. 221 ff.; ferner Kölbel NStZ 2008, 241, 242.

<sup>53</sup> Vgl. AG Winsen NJW 1986, 2002, SK-Wolter, vor § 151 Rn. 116, Jahn DJT-Gutachten (Fn. 9), S. C 103, vgl. Godenzi a.a.O. (Fn. 52), S. 333, Meyer-Götsner, StPO, 5. Aufl. (2009), § 136a Rn 3a; aber auch Rogall JZ 2008, 818, 829.

<sup>54</sup> S. oben B. 3 b bb. Ebenso Holenstein PStR 2008, 90 f., Spatscheck a.a.O. (Fn. 7), S. 781.

<sup>55</sup> S. z.B. Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Band I/1 § 9 S. 101, BGHSt 37, 30 m. Anm. Schroeder JZ 1990, 1034; vgl. aber zutr. Gless JR 2008, 317, 322 f.; unentschieden Meyer-Götsner a.a.O. (Fn. 53), Einl. 56d, § 136a Rn 3a.

<sup>56</sup> S. Godenzi a.a.O. (Fn. 52), S. 178 ff., zust. Rogall JZ 2008, 818, 828.

<sup>57</sup> S. Lagodny, in Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (2006), Einl. 84 ff., s. Popp a.a.O. (Fn. 37) S. 201, Bülte wistra 2008, 292, 296.

<sup>58</sup> S. Amelung, in: Duttge u.a. (Hrsg.), Ellen-Schüchter-GedS, 2002, S. 422, s. auch DJT Erfurt 2008 Beschlüsse Abt. Strafrecht V 12c cc.

<sup>59</sup> S. Statement S. Erbprinz Alois von und zu Liechtenstein v. 19.2.2008, [http://www.fuerstenhaus.li/press/reden/dok\\_index/2008\\_02\\_19-statement\\_SDE-Medienkonferenz.pdf](http://www.fuerstenhaus.li/press/reden/dok_index/2008_02_19-statement_SDE-Medienkonferenz.pdf), Regierungschef-Stellvertreter Klaus Tschütscher, Aktuelle Ereignisse, <http://www.llv.li/amtstellen/llv-pia-reden/llv-pia-aktuellereden.htm?rid=107189&language=1>.

## 2. Abgeschlossener Vorgang?

Teilweise wird bei abgeschlossenem Vorgang eine Unverwertbarkeit abgelehnt.<sup>60</sup> Wie gesehen,<sup>61</sup> erfolgt die eigentliche Umgehung des Rechtshilfeverhältnisses erst durch den Ankauf der Daten, final für deutsche Strafverfolgungszwecke. Daher liegt ein erneuter und qualitativ anderer Rechtsverstoß vor – wie er etwa von *Rogall* verlangt wird.<sup>62</sup>

## 3. Hypothetischer Ersatzeingriff?

Eine Unverwertbarkeit ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Staat das im Streit stehende Beweismittel sich hätte rechtmäßig beschaffen können.<sup>63</sup> Denn erstens hätte dem Informanten gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ein Auskunftsverweigerungsrecht (§§ 55 I StPO) zugestanden. Zweitens hätte der Informant auf diesem Wege seine hohe Belohnung nicht kasieren können. Drittens war ein Zugriff auf ihn, mangels Bekanntheit, nicht möglich.<sup>64</sup> Und viertens war das Vorgehen des BND usw. durch einen vorherigen richterlichen Beschluss strafprozessual nicht zu legitimieren.<sup>65</sup>

# II. Unverwertbarkeit der CD-ROM

## 1. Allgemein

Man könnte Zweifel anmelden, ob die völkerrechtswidrige finale Aktivierung des durch eine Straftat erlangten Datensatzes zur Umgehung der völkerrechtlichen Verpflichtung in Interessen der betroffenen Steuersünder eingreift, mithin die verletzten Rechtsnormen auch dem Schutz der Beschuldigten dienen.<sup>66</sup>

Richtigerweise ist heute die internationale Rechtshilfe als international arbeitsteilige Strafverfolgung zu verstehen, die sich durch eine *dreidimensionale Sichtweise* kennzeichnet. Der Betroffene ist, auch im Bereich der sog. kleinen Rechtshilfe, nicht bloßes Objekt zwischenstaatlicher Abmachung von Staatssubjekten, sondern gleichrangig teilnehmendes Rechtssubjekt.<sup>67</sup> Es steht deshalb außer

Frage, dass allgemein die finale Umgehung des Rechtshilfeweges zu einem strafprozessualen Verwertungsverbot führt.<sup>68</sup> Und im hiesigen Fall ist entscheidend, dass das lichtensteinische Bankgeheimnis sich als Bankkundengeheimnis versteht, das zum Schutz vertraulicher Informationen der Anleger besteht. Dieses nationale Informationsbeherrschungsrecht setzt sich rechtshilferechtlich fort und erfährt völkerrechtliche Unterstützung, wodurch es zu einem subjektiven Recht des Einzelnen erstarkt.

Doch auch auf der Grundlage der herkömmlichen *zweidimensionalen Betrachtungsweise* ergibt sich keine Änderung. Zwar besteht danach kein originärer individualrechtlicher Anspruch auf Unterlassung.<sup>69</sup> Jedoch hat der BGH bereits 1987 in einem Grundsatzentscheid klargestellt, dass die Betroffenen jedenfalls mittelbar geschützt sind. Dieser „völkerrechtliche Reflex“<sup>70</sup> erstarkt zu einem unmittelbaren Beweisverwertungsverbot, „wenn und sobald der ersuchte Staat eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass er einer solchen Verwertung widerspricht und die Rechtshilfe verweigert, und wenn er nach dem Rechtshilfeübereinkommen ... zu einer solchen Verweigerung berechtigt ist“.<sup>71</sup> Dass eine solche Konstellation vorliegt, haben wir gesehen.<sup>72</sup>

Von Bedeutung ist zudem, dass dieses supranationale Beweisverwertungsverbot ungeachtet dessen erfolgt, ob die Verstöße gegen die dem Staat zurechenbaren völkerrechtlichen Verhaltensvorschriften nach innerstaatlichem Recht als rechtmäßig beurteilt werden (Art. 3 Resolution 56/83). Indes ist hier kein Konflikt ersichtlich, kommen doch die Verwertungsverbote der Regeln der Telekommunikationsüberwachung analog zum Zug (§§ 100a IV 2, 100b V 3, IV, 100d V StPO). Wesentliche sachliche Voraussetzungen für die Beweisgewinnung fehlen ebenso wie eine ausreichende Schwere der tatsächlich verfolgten Delikte wegen Steuerhinterziehung.<sup>73</sup> Bei Zulassung von Beweismitteln, die der Staat unter Verletzung von gewichtigen Rechtsnormen gewonnen hat, wird die Rechtsgemeinschaft den Einwand des „tu quoque“ erheben – der Staat darf nicht den Anschein erwecken, mit dem Rechtsbrecher auf einer Stufe zu stehen.<sup>74</sup>

Auf derselben Wertungsebene liegen Entscheidungen des BVerfG. So hat es für den BND das Verbot aufgestellt, dass die Übermittlungsschwelle für personenbezogene Daten (zu denen auch Bankkundendaten gehören) im Falle der Strafverfolgung nicht unter diejenige abgesenkt werden darf, welche ansonsten für staatliche Eingriffe

<sup>60</sup> S. oben bei Fn. 44, BGH JZ 1990, 1033 f. *Löffelmann* a.a.O. (Fn. 52), S. 221, *Rogall* JZ 2008, 818, 828; and. z.B. *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess (1996), S. 125 ff.

<sup>61</sup> S. oben bei Fn. 49, vgl. allgemein *Schroeder* JZ 1990, 1034 f. *Rogall* JZ 2008, 818, 828.

<sup>62</sup> Zu diesem Erfordernis bei privater Beweisbeschaffung s. *Godenzi* a.a.O. (Fn. 52), S. 287 ff., 333. Generell krit. *Jahn* DJT-Gutachten (Fn. 9), S. 77 f.

<sup>63</sup> Verkannt von *Sieber* NJW 2008, 881, 882.

<sup>64</sup> Ebenso *Salditt* PStR 2008, 84, 87, *Bruns* StraFo 2008, 189, 191, wobei der Ankauf als solcher unter engen Voraussetzungen noch gutgeheißen werden könnte, näher *Heine*, in: *Roland v. Büren-FS* (Fn.), S. 919, 923, vgl. noch BVerfG NJW 2000, 65 („internationale Gefahrenlage“).

<sup>65</sup> Zu diesem konsierten Minimal-Erfordernis s. z.B. *Jahn* DJT-Gutachten (Fn. 9), S. C 31 ff., *Rogall* JZ 2008, 818, 828, *Amelung*, in: *Günter-Bemmann-FS* (1997), S. 510 ff.

<sup>66</sup> S. grundlegend *Lagodny*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden (1987), S. 11 ff., *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006, Einl. 84 ff. 105 ff.; *Gless* JR 2008, 317 f.; *Gless/Eymann* StV 2008, 321; *Fassbender* EuGRZ 2003, 1, 12 f.

<sup>68</sup> *S. Gless* JR 2008, 322 m.w.N.; vgl. *Böse* ZStW 114 (2002), 174 f.

<sup>69</sup> BGHSt 34, 344; *Vogler*, in: *Grützner/Pötz*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl. (1993), Rn 23 f., 42 vor § 1 IRG, ferner BGH NSTz 1984, 563; 1985, 464; BGHSt 30, 347, 349 f.

<sup>70</sup> BGHSt 34, 344; *Schuster* a.a.O. (Fn. 35), S. 136.

<sup>71</sup> BGHSt 34, 343; *Schuster* a.a.O. (Fn. 35), S. 141, vgl. *Meyer-Gofßner*, a.a.O. (Fn. 51), Einl. Rn 149 m.w.N.

<sup>72</sup> S. oben Fn. 59.

<sup>73</sup> Ebenso *Schünemann* NSTz 2008, 305, 309; *Trüg/Habetha* NSTz 2008, 490; *Beulke* Jura 2008, 653, 665; vgl. *Spatscheck* a.a.O. (Fn. 7), S. 785.

<sup>74</sup> S. zu dem von *Amelung* begründeten Folgenbeseitigungsanspruch *Amelung*, *Ellen-Schlüchter-GedS* (2002), S. 422 ff., ähnl. *Bruns* StraFo 2008, 191.

nach § 100a StPO gelten<sup>75</sup> – solche Daten dürfen nicht für Zwecke zugänglich gemacht werden, die keinen geheimdienstlichen Methodeneinsatz rechtfertigen könnten.<sup>76</sup> Und die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems zur Erlangung von solchen personenbezogenen Daten ist nur bei „tatsächlichen Anhaltspunkten für ein überragend wichtiges Rechtsgut“ zulässig.<sup>77</sup> Auch wenn in casu im Vergleich zu dem hohen Gefährdungspotential der Infiltration<sup>78</sup> gleichsam ein milderes Mittel zum Einsatz gelangte, so wird dieses Minus auf der Sollens-Seite kompensiert durch den Schaden, der durch den Bruch des Völkerrechts konkret einzutreten droht.<sup>79</sup>

## 2. Auswirkungen auf die Durchsuchung

Die Voraussetzungen für den Durchsuchungsbeschluss des AG Bochum I wurden praktisch ausschließlich mit jenen Daten begründet, die vom BND angekauft und an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet wurden. Zwar dürfen nach h.M. auch Erkenntnisse, die einem Verwertungsverbot unterliegen, unter bestimmten Voraussetzungen für den Anfangsverdacht bei Ermittlungen herangezogen werden.<sup>80</sup> Anderes gilt dagegen wegen der Eingriffsintensität bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, zu denen auch Durchsuchungsbeschlüsse gehören. Die erforderlichen „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte“<sup>81</sup> dürfen nicht auf unverwertbare Erkenntnisse gestützt werden – andernfalls ist der Durchsuchungsbeschluss rechtswidrig, er ist aufzuheben.<sup>82</sup> So liegt der Fall hier.

Der Durchsuchungsbeschluss des AG Bochum I lässt darüber hinaus befürchten, dass die für §§ 102, 105a, 162 StPO notwendige „Beschlusshegemonie“ nicht bei dem Ermittlungsrichter lag. Zwar gilt bekanntlich „jura novit curia“, welcher Grundsatz im Verhältnis Ermittlungsrichter/Verfolgungsbehörden durch die modifizierte Regel des „da mihi factum, dabo tibi jus“ ergänzt wird. Die „schlanke“ Begründung des Beschlusses lässt indes schwere Zweifel aufkommen, ob dem AG Bochum I die einschlägigen Fakten ausreichend bekannt und der rechtliche Hintergrund hinreichend bewusst war – um schon gar nicht von einer Vernebelung seitens der Strafverfol-

gungsbehörden zu sprechen.<sup>83</sup> Eine grobe Verkennung der für den Richtervorbehalt erforderlichen Voraussetzungen<sup>84</sup> kann auch dann vorliegen, wenn bei supranationalen Bezügen der Tat mit völkerrechtlichen Eckdaten der für diese Bewertung relevante Sachverhalt dem Ermittlungsrichter nicht unterbreitet wird – was zur Rechtswidrigkeit des Beschlusses und möglicherweise dazu führt, dass die Funde der Durchsuchung ihrerseits unverwertbar sind.

## III. Unverwertbarkeit der durch die Durchsuchungsmaßnahme erlangten Beweismittel

Dürfen die im Rahmen der rechtswidrigen Durchsuchung erlangten weiteren Beweismittel, wie etwa private Kontoauszüge oder Schriftstücke und Belege mit Hinweisen auf inländisches und ausländisches Kapitalvermögen und deren Herkunft im Hinblick auf die Gründung, Statuten, Mittelausstattung, Vermögensentwicklung und Ertrag von Stiftungen, zum Zwecke der Verurteilung der Tatverdächtigen herangezogen werden?

Die wohl vorherrschende Meinung lehnt eine derartige Fernwirkung von Beweisverboten prinzipiell ab.<sup>85</sup> Denn ein Verfahrensverstöß dürfte mit Rücksicht auf die Inquisitionsmaxime und das Legalitätsprinzip nicht das gesamte Strafverfahren lahmlegen. Zur Debatte steht aber nicht die ausnahmslose Geltung dieser Einschränkung. So lässt auch der BGH eine Fernwirkung zu, und zwar „je nach Sachlage und Art des Verwendungsverbots“.<sup>86</sup>

Wie gesehen, ist der Durchsuchungsbeschluss rechtswidrig und deshalb aufzuheben (soeben II. 2.). Schon wegen dieses *selbständigen Verfahrensverstößes* aufgrund eines kontaminierten Beweismittels ist kein Raum für eine Verwertung der durch die Durchsuchungsmaßnahme erlangten Funde.<sup>87</sup>

Selbst wenn dem nicht zu folgen wäre, ergibt sich Gleiches auch auf der Grundlage einer *Verhältnismäßigkeitsprüfung*, die im Übrigen auch durch Art. 35 lit.b Resolution 56/83 vorgeschrieben ist.<sup>88</sup>

Auf der einen Seite stehen für Deutschland entgangene vielfache Millionen Euro, resultierend aus Steuernachzahlungen, Geldstrafen und Geldauflagen usw. Diese Posten sind aber durchwegs mit dem Fragezeichen des

<sup>75</sup> BVerfG NJW 2000, 55, 66.

<sup>76</sup> BVerfG NJW 2000, 55, 65; Salditt a.a.O. (Fn. 6), S. 1280.

<sup>77</sup> BVerfG NJW 2008, 822, 829 ff.; dazu Salditt a.a.O. (Fn. 6), 1280.

<sup>78</sup> BVerfG NJW 2008, 822, 825 f.

<sup>79</sup> Dazu auch Schroeder JZ 1990, 1034 f.

<sup>80</sup> BGHSt 34, 362; Meyer-Göfner a.a.O. (Fn. 51), § 152 Rn 4; and. Hengstenberg, Die Frühwirkung der Verwertungsverbote (2007), S. 115 ff., 132, 146, 192, 194, Jahn DJT-Gutachten (Fn. 9), S. C 85.

<sup>81</sup> Zu § 102 StPO s. BVerfG NJW 1991, 690, NJW 1995, S. 2839, Meyer-Göfner a.a.O. (Fn. 51), § 102 RN 2 m.w.Nachw.

<sup>82</sup> Vgl. Beulke, in Löwe/Rosenberg Bd. 4, 26. Aufl. (2006), § 152 Rn 27; Dencker StV 1994, 667, 670; Jahn DJT-Gutachten (Fn. 9), S. C 85; Schroeder JZ 1990, 1034, 1035; Hengstenberg a.a.O. (Fn. 80), S. 192 ff. Ferner Beschlüsse des 67. Dt. Juristentages 2008, auf dem mit dem eindrucksvollen Abstimmungsergebnis O: 60:15 dem Antrag, dass Beweismittel, die einem Verwertungsverbot unterliegen, prozessuale Zwangsmaßnahmen begründen können, eine Absage erteilt wurde.

<sup>83</sup> So Salditt a.a.O. (Fn. 6), S. 1282; ders. PStR 2008, 86.

<sup>84</sup> Vgl. BGHSt 51, 285; Roxin NStZ 2007, 616; Wohlers StV 2008, 434.

<sup>85</sup> BGHSt 27, 355, 358; 34, 362, 364; 35, 32, 34; Meyer-Göfner a.a.O. (Fn. 51) § 136a Rn 31, Gössel, in: Löwe/Rosenberg 26. Aufl. (2006), Band 1 Einl. Rn 106 und die Nachweise bei Jahn DJT-Gutachten (Fn. 9), S. C 92.

<sup>86</sup> BGHSt 51, 7; vgl. auch BVerfGE 109, 331 ff.

<sup>87</sup> Ebenso Salditt a.a.O. (Fn. 6), S. 1283, vgl. auch Kelnhofer/Krug StV 2008, 660, 667; Bruns StraFo 2008, 191; ferner Prittowitz StV 2008, 486; and. Beulke Jura 2008, 653, 665.

<sup>88</sup> S. Report of the ILC of its fifty-third session a.a.O. (Fn. 20), Art. 35, S. 96 ff. Innerstaatlich s. LG Frankfurt StV 2003, 327 und die Nachw. bei Jahn DJT-Gutachten (Fn. 9), S. C 94 f.

praktischen Eintreibens versehen. Hinzu kommt die Lahmlegung des Strafverfahrens und ein möglicher Vertrauensverlust der Bevölkerung in die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege.<sup>89</sup>

Auf der anderen Seite steht dagegen die Selbstbindung und Selbstbeschränkung des Staates, der die Wahrheit im Strafprozess eben nicht um jeden Preis, sondern nur in der von ihm gesetzten oder akzeptierten (supranationales Recht) Weise erforschen darf. Zudem schwächt es die Legitimation von Strafen, wenn öffentlich zur Sprache kommt, dass der Staat sich bei der Beweisgewinnung selbst einen mehrfachen Rechtsbruch zurechnen lassen muss.<sup>90</sup> Weiter kommt ein Gesichtspunkt zum Tragen, der ansonsten im Hinblick auf Strafverfolgungsorgane abgelehnt wird: die Disziplinierung der Geheimdienste.

Es entspricht der Sachgesetzlichkeit dieser Behörde, dass, erstens, ihre Tätigkeit nicht transparent, sondern eben geheim ist, und deshalb Sachaufklärung strukturell erschwert ist, weil in der Regel keine Aussagegenehmigung erteilt wird. Zweitens bewegt sich der BND zu einem guten Teil in einer rechtlichen Grauzone. Wenn schon an diesen Gefahrenpotentialen für bürgerliche Freiheitsrechte nicht zu rütteln ist, so sind jedenfalls im Strafverfahren starke Signale notwendig durch ein entschiedenes: „So nicht!“

Schließlich kommt hinzu, dass ein Gegengewicht, wie in der Einleitung vermerkt, rechtlich verlangt ist gegenüber

<sup>89</sup> S. Beulke Jura 2008, 653, 664.

<sup>90</sup> S. Amelung, in: Ellen-Schlüchter-GedS (2002), 422, ders., in: Günter-Bemmann-FS (1997), S. 517 f., Gless, in: Löwe/Rosenberg 26. Aufl. (2006) Band 4, § 136a Rn 78.

einem starken Staat, der sich im Zeitalter der Globalisierung wie andere mächtige Gruppen geriert, mit starker politischer Hand seine faktische Macht zur Durchsetzung staatlich definierter Gemeinwohlinteressen zu gebrauchen.<sup>91</sup> Greift der Staat dabei zu Mitteln des Paktierens mit Straftätern und umgeht er in concreto final Rechts-hilfeverhältnisse, so gerät unversehens der Strafprozess zum verlängerten Arm der Innen- und Außenpolitik. Die Justiz experimentiert mit einem hoch toxischen Beweismittel und läuft Gefahr, erstens die moralische Überlegenheit des Strafverfahrens zu zerstören<sup>92</sup> und zweitens die Chance zu verspielen, dem Leviathan Grenzen zu setzen zugunsten der Freiheitsrechte der einzelnen Bürger – ein umfassendes Beweisverwertungsverbot tut Not.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Vgl. Fassbender EuGRZ 2003, 1, 11 ff., vgl. auch Kotzur, Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes (2001), S. 165, Thürer ZaöRV 60 (2000), 557, 599.

<sup>92</sup> Vgl. Saliger ZStW 116 (2004), 35, 60 ff., Hassemer in: Arthur-Kaufmann-FS (1988), S. 202, Lüderssen NZZ-Online v. 14.3.2008, 5.

<sup>93</sup> Im Ergebnis ebenso Salditt a.a.O. (Fn. 6), S. 1280 f.; Schünemann NStZ 2008, 305, 309 f.; Trüg/Habetha NStZ 2008, 481, 491.; Stahl/Demuth DStR 2008, 600, 665; Bruns StraFo 2008, 191; and. Kelhofer/Krug, StV 2008, 660, 667 f.; Frank/Titz ZRP 2008, 127; Göres/Kleinert NJW 2008, 1353, 1359 (unter dem Aspekt der Erlangung von Straffreiheit mittels Selbstanzeige, § 371 AO); Spatscheck, in: Klaus-Volk-FS (Fn. 7), S. 786. Zur Frage der Unverwertbarkeit eines Geständnisses ohne qualifizierte Belehrung s. näher Heine, in: Roland-von-Büren-FS (Fn.5), S. 935 f., aber auch Salditt a.a.O. (Fn. 6), S. 1281.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Der Schutz des Verteidigers vor strafprozessualen Zwangsmaßnahmen

Besprechung zu BGH 2 StR 302/08 v. 27. März 2009 (HRRS 2009 Nr. 496)

Von Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Heiner Kühne, Universität Trier

Die Entscheidung befasst sich mit forensisch wie dogmatisch heiklen Fragen. Forensisch ist die Sache von Bedeutung, weil es hier um zentrale und fast schon regelmäßige Probleme wechselseitigen Misstrauens zwischen Gericht und Verteidigung in nicht konsensual erledigten Fällen geht. Statt im Rahmen der prozessual vorgegebenen Rollen zu streiten entwickeln sich zwischen Verteidigung und Gericht Animositäten, die in beleidigenden Vorwürfen des Verteidigers gegenüber dem Gericht einerseits und in Vorwürfen der Strafvereitelung durch das

Gericht gegenüber dem Verteidiger andererseits kulminieren. Vermutlich ist das materielle Strafrecht zur Lösung solcher prozessualer Konflikte denkbar ungeeignet. Dogmatisch ist die Sache heikel, weil der überaus sensible Bereich des Schutzes der Verteidigung auch und gerade gegenüber dem Gericht in seinen Grenzen auszuloten ist.

Ebenfalls interessant, aber als Problem eher ein Dauerbrenner in der revisionsrechtlichen Rechtsprechung, ist die Rüge des BGH, dem Tatsachengericht sei ein Erörtere-

rungsmangel bei der Beweiswürdigung unterlaufen. Gerade in dem vorliegenden Sachverhalt erscheint, wie zu zeigen sein wird, eine solche Annahme eher als unzulässiger Zugriff des Revisionsgericht in die Tatsachenwürdigung des Landgerichts.

Das vorliegende Urteil wirft demnach drei Fragen auf, von denen die erste am bedeutendsten ist:

1. Wie weit reicht der Schutz des Schriftverkehrs zwischen Verteidiger und Mandant im Falle von strafrechtlichen Ermittlungen gegen den Verteidiger aus Anlass seines Verteidigungsverhaltens zugunsten eben dieses Mandanten?
2. Wie weit reicht der „beleidigungsfreie“ Raum im Verhältnis von Verteidiger und Mandant einerseits und Dritten andererseits?
3. Wie weit reicht die revisionsrechtliche Kompetenz zur Korrektur und Ersetzung tatsächlicher Einschätzungen der Tatsacheninstanz?

### ad 1

Richtig sieht der BGH, dass die Vorschriften der §§ 97 II 3, 160a IV StPO nicht unmittelbar angewendet werden können, wenn der nach § 53 I Nr. 2 StPO privilegierte Berufsträger selbst als eigenständiger Straftäter Objekt von Ermittlungen ist. Die Vorschriften sprechen nur von einer Beteiligung an der Tat eines Dritten bzw. von hier nicht in Frage kommenden eigenen Delikten der §§ 257-259 StGB. Darüber hinaus kommen diese Vorschriften auch deshalb nicht in Betracht, weil das inkriminierte Dokument, der Brief mit den überaus negativen Einschätzungen des Verteidigers über Arbeitsmoral und Qualifikation des vorsitzenden Richters, lediglich als Zufallsfund aus Anlass einer auf andere Dinge gerichteten Durchsuchung aufgefunden wurde. Obwohl nun § 108 StPO keine allgemeine Regelung enthält, wie mit Zufallsfunden von Zeugnisverweigerungsberechtigten umzugehen ist, geht die hM<sup>1</sup> wie auch hier der BGH<sup>2</sup> davon aus, dass § 97 StPO entsprechend zu gelten habe – womit wir wieder am Anfang wären.

Folglich muss geprüft werden, ob eine mittelbare Anwendung des § 97 StPO unter Berücksichtigung des § 148 StPO in Betracht kommt. Auch dies tut der BGH, weist den Gedanken aber knapp unter Hinweis darauf ab, dass der Schutz des § 148 StPO weder dem § 97 StPO vorgehe, noch für Zwecke außerhalb der Verteidigung, noch gar für Straftaten, die aus Anlass einer Verteidigung begangen wurden, gelte.<sup>3</sup>

Die Behauptung, der Schutz des § 148 StPO gehe dem § 97 StPO nicht vor, ist freilich eine *petitio principii*. Warum soll das so sein? Der BGH gibt darauf keine Antwort. Aber ist es nicht vielmehr so, dass der in § 148

StPO gewährte Schutz der ungehinderten und unkontrollierten Kommunikation zwischen Mandant und Strafverteidiger das Herzstück der Verteidigung schlechthin ist, welches prägende Wirkung für andere Normen entfaltet? Zumindest der EGMR ist dieser Ansicht, wenn er in stdg. Rechtsprechung die Grundlage einer wirklichen Verteidigung im ungestörten und unbewachten Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem sieht.<sup>4</sup>

Nun meint aber der BGH, § 148 StPO gelte ausschließlich für Zwecke der Verteidigung. Da kann man ihm noch folgen. Wenn er aber gleich darauf seine eigene Definitivonsmacht für die Bestimmung dessen, was denn noch der Verteidigung diene, nutzt, dann wird offensichtlich, dass das Wesen des § 148 StPO missverstanden wurde. Es kann nicht die Aufgabe des Gerichts sein zu bestimmen, was noch Verteidigung ist und was nicht. Wäre dies richtig, hätte man akzeptiert, dass jede Verteidigung letztlich unter dem Vorbehalt der Billigung durch das Gericht steht. Die Konsequenzen wären ebenso offensichtlich wie schrecklich. Nicht nur könnte jede kämpferische Verteidigungshandlung vom Gericht als „zur Verteidigung nicht geeignet“ denunziert werden, mit der Folge, dass der Zugriff auf die Kommunikation zwischen Verteidiger und Mandant insofern eröffnet wäre – mit der Möglichkeit mannigfaltige Zufallsfunde zu machen. Vielmehr könnte das Gericht jede Kommunikation zwischen Verteidiger und Mandant überprüfen und dies mit dem lapidaren Hinweis rechtfertigen, die Heftigkeit der Verteidigung und ihre Feindlichkeit gegenüber dem Gericht begründe den Verdacht auf eigenständige Straftaten des Verteidigers im Rahmen der §§ 185 ff. StGB. Dies wäre der Tod einer jeden engagierten Verteidigung und zugleich die endgültige Umgehung des Schutzes aus § 148 StPO.

Der BGH will von solchen Implikationen ablenken, wenn er betont, Straftaten bei Gelegenheit der Verteidigung seien natürlich nicht erlaubt, weshalb der Verteidiger als Beschuldigter keine Beschlagnahmeprivilegien genießen dürfe. Dies ist nur grundsätzlich richtig aber im entscheidenden Punkt undifferenziert und daher unzulänglich. Der BGH verkennt, dass insbesondere bei den Delikten der §§ 185 ff. StGB ihr tatbestandsmäßiges und rechtswidriges Vorliegen weitgehend von den Grenzen der möglichen Verteidigung abhängt. Es ist eben nicht so, dass in solchen Fällen die Straftat klar von der Verteidigungshandlung abzugrenzen ist, vielmehr bedingen sich beide wechselseitig. Deshalb kann man eine Straftat im Rahmen dieser Vorschriften nicht subsumieren ohne zuvor den konkreten Umfang der zulässigen Verteidigung bestimmt zu haben und umgekehrt. Dies aber hat wiederum die eigentlich unzulässige Fremdbestimmung des Umfangs der Verteidigung zur Folge.

Um diesem Dilemma zu entgehen ohne § 148 StPO zur Bedeutungslosigkeit zu verdammen, bleibt nur der strafprozessuale Weg, die Annahme der Beschuldigteneigenschaft eines Strafverteidigers restriktiv unter besonderer Berücksichtigung seines Schutzes aus § 148 StPO und Art 12 GG zu bestimmen. Dies wür-

<sup>1</sup> Unter Berufung auf *Beulke*, FS Lüderssen (2002), 207, *Brüning* NStZ 2006, 256 und *Krekel* NJW 1977, 1423.

<sup>2</sup> Bei Rn. 14.

<sup>3</sup> Bei Rn. 13.

<sup>4</sup> So schon die Kommission in *Can vs Österreich* EuGRZ 1986, 276 (§§ 55 ff.); *EGMR S. vs Schweiz* v. 28.11.1991 (§ 48); *Öcalan vs Türkei* v. 12.03.2003 § 46.

de im Regelfall dazu führen, dass Delikte nach §§ 185 ff. StGB insoweit keine Berücksichtigung finden dürften, als Informationen dazu über die Anwendung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen eingeholt werden müssten, welche in das Verteidigungsverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant eingreifen.

## ad 2

Die Frage ist aber, ob ihrem Wesen nach beleidigende Äußerungen des Verteidigers gegenüber seinem Mandanten strafbar sein können. Das hinwiederum führt zur materiell-rechtlichen Frage, nach dem Ausmaß beleidigungsfreier privater Sphären, womit wir zu der als Nr. 2 aufgelisteten Frage gelangen.

Der BGH spricht auch die Möglichkeit an, dieses Dilemma mit Hilfe einer materiell strafrechtlichen Überlegung zu lösen. Wenn denn beleidigende oder gar verleumderische Äußerungen zwischen Mandant und Verteidiger innerhalb eines vertraulichen Rahmens geschehen, der außerhalb der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen<sup>5</sup> einer Äußerung mit Außenwirkung liegt, müsste eine Straftat verneint werden, das prozessuale Problem hätte sich damit erledigt. Der BGH sieht allerdings keinen solchen tatbestandsausschließenden Rahmen und meint, die zum Verhältnis innerhalb enger bzw. engster Familien- und Vertrauensbeziehungen entwickelten Grundsätze seien auf die Beziehung zwischen Verteidiger und Mandant nicht übertragbar. Die Gründe, die der BGH hierfür anführt sind der Überprüfung wert.

Zunächst einmal meint der BGH, die Geschäftsmäßigkeit des Verhältnisses zwischen Verteidiger und Mandant sei unvergleichbar mit einer durch persönliche Bindungen geprägten Beziehung.<sup>6</sup> Diese Ansicht kann nur erklärt werden durch ein vollständiges Unwissen über die tatsächlichen Beziehungen zwischen Verteidiger und Mandant. In der Regel ist dieses Verhältnis angesichts der oft existenziellen Bedrohung des Mandanten durch ein Strafverfahren viel intensiver als die meisten familiären Beziehungen. Wenn der BGH dann gar aus der rechtsanwaltlichen Pflicht zu sachangemessener Berufsausübung die angeblich bloße Geschäftsmäßigkeit der Beziehung von Verteidiger und Mandant dazu nutzt, um dem Rechtsanwalt innerhalb des internen Verteidigungsverhältnisses auch unangemessene, weil beleidigende Äußerungen zu verbieten, sitzt er einem vollständigen Zirkelschluss auf. Die Unangemessenheit einer Äußerung wird doch gerade durch die Vertraulichkeit der Beziehung innerhalb der sie gemacht wird aus der Strafbarkeit nach § 185 herausgenommen, nicht aber kann sie als Beleg für das Nichtbestehen einer Vertraulichkeit genommen werden.

Weiterhin argumentiert der BGH, es könne auch deshalb keine Vertrauensbeziehung bestehen, weil dieses Vertrauen nur einseitig durch die rechtsanwaltliche Pflicht

<sup>5</sup> Auf den Streit, ob es sich hierbei um einen Tatbestandsausschluss oder einen Anwendungsfall des § 193 StGB handelt, vgl. etwa *Fischer*, StGB, 55. Aufl. (2009), § 185 Rn. 12, soll hier nicht eingegangen werden, weil er für die strafprozessuale Problematik ohne Bedeutung ist.

<sup>6</sup> Rn. 22 der Entscheidung.

zur Verschwiegenheit abgesichert sei<sup>7</sup>. Das erstaunt! Wo sind denn die wechselseitigen rechtlichen Pflichten zum Vertrauensschutz innerhalb der Familie oder eines engen Freundeskreises? Es ist wirklich nicht nachvollziehbar, wie der BGH sich so leichtfertig einer vernichtenden Kritik aussetzen kann. Natürlich sind die von der Rechtsprechung anerkannten, zur Straffreiheit führenden Familien- und Vertrauensverhältnisse nicht deshalb geschützt, weil die Beteiligten einer rechtlich bestehenden Schweigepflicht unterliegen. Vielmehr ist es das Vertrauen in diese Privatheit und darin, dass die Äußerung in diesem Rahmen verbleibt, welches ein solches Privileg rechtfertigt. Ob ein solches Vertrauen eingelöst oder aber „verraten“ wird, spielt hingegen keine Rolle. Schließlich kommen diese Fälle immer nur dann vor Gerichte, wenn die Vertraulichkeit verletzt wurde. Insofern ist auch das letzte Argument des BGH, der Mandant hätte ja das Schreiben seines Verteidigers in der Haftanstalt herumzeigen können, weshalb die Diskretion zumindest gefährdet sei, in diesem Zusammenhang völlig abwegig.

Es muss also festgestellt werden, dass der BGH in grob unzutreffender Weise die Grundsätze über die Straffreistellung von Strafe bei § 185 StGB im Verhältnis von Strafverteidiger und Mandant verkannt hat. Richtiger Weise hätte hier § 185 StGB abgelehnt werden müssen, weshalb das strafprozessuale Problem gar nicht erst entstanden wäre.

## ad 3

Dem Strafverteidiger und jetzigen Angeklagten war vorgeworfen worden, einen zur Falschaussage entschlossenen Zeugen in diesem Wissen als Beweismittel benannt zu haben und damit eine versuchte Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage begangen zu haben. Das Landgericht hatte den Verteidiger davon freigesprochen, weil die Aussagen des falsch aussagenden Zeugen im früheren Verfahren und Hauptbelastungszeugen im Verfahren gegen den Verteidiger als insgesamt unglaubwürdig angesehen wurden. Da die Unglaubwürdigkeit dieses Zeugen aufgrund seiner Vita kaum zu bestreiten ist, versucht der BGH auf andere Weise einen diesbezüglichen Strafvorwurf gegen den Verteidiger aufrecht zu halten. Das Landgericht habe die Handlung des Verteidigers, in der er dem Zeugen vor dessen Vernehmung bestätigt habe, diese Aussage „passe gut“, nur unter dem Blickwinkel von Strafvereitelung gewürdigt. Es mangle aber daran, dies auch unter dem Gesichtspunkt der psychischen Beihilfe zur Falschaussage zu prüfen.<sup>8</sup>

Auf den ersten Blick scheint das mit der ständigen Rechtsprechung des BGH konform zu gehen, nach der eine Tatsachenwürdigung als unvollständig in der Revision gerügt werden kann, wenn sie sich nicht auf alle relevanten rechtlichen Vorschriften beziehe. Auf den zweiten Blick hingegen wird deutlich, dass dies durchaus nicht der Fall ist. Die Bestätigung eines Verteidigers gegenüber einem Zeugen, eine zu machende entlastende Aussage passe gut, ist dann sicherlich zumindest der Versuch einer Strafvereitelung, wenn der Verteidiger von der

<sup>7</sup> Rn. 23 der Entscheidung.

<sup>8</sup> Rn. 34 der Entscheidung.

Falschheit dieser Aussage weiß oder sie gar mit dem Zeugen so verabredet hat. Ebenso unstreitig dürfte sein, dass darin je nach Sachlage zugleich auch eine Bestärkung des Zeugen in seinem Willen die Falschaussage zu machen, gesehen werden kann. Wenn aber das Tatsachengericht – wie hier – aus akzeptablen und nicht angegriffenen Gründen es nicht für erwiesen ansieht, dass der Verteidiger positiv von dieser Falschheit der zu machenden Aussage wusste, dann entfällt notwendig für beide Tatvorwürfe die faktische Grundlage. Entweder hat der Verteidiger beide oder keinen dieser Tatvorwürfe verwirklicht. Die Rüge des BGH an das LG ist entweder sinnlos

oder aber ein unzulässiger und zudem noch unbegründeter Eingriff in die Tatsachenwürdigung des Landgerichts.

Zum Abschluss bleibt die Frage, warum der BGH sich in derart unvorsichtiger und rechtlich unabgesicherter Weise exponiert. Es bleibt zu hoffen, dass dies nicht der Versuch sein sollte, kritische oder auch unbotmäßige Verteidiger durch Kriminalisierung zu disziplinieren und abzuschrecken. Ich gehe davon aus, dass eine solche Intention dem BGH nicht unterstellt werden kann, sicher hätte er sich andernfalls mit seiner Argumentation mehr Mühe gegeben.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Das Phänomen der „verlängerten“ Kurzarbeit

## Strafbarkeitsrisiken von Arbeitgebern im Hinblick auf das Einfordern der vollen Arbeitsleistung trotz angemeldeter Kurzarbeit nach den §§ 240, 253 StGB

Von RA und Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (UB), Bucerius Law School, Hamburg

### I. Einführung

Seit gut einem Jahr ist die Wirtschaftskrise, ausgelöst durch den Zusammenbruch der amerikanischen Investmentbank Lehmann-Brothers, allgegenwärtig. Und wie das bei Krisen immer so ist, kommt die Krisenbewältigung meist nicht ohne das Strafrecht aus. Dabei versucht man mit möglichen strafrechtlichen Reaktionen zunächst und vorrangig die Ursachen der Krise in den Blick zu nehmen. Im konkreten Fall ist dementsprechend von allzu leichtfertigem bzw. auch verantwortungslosem Handeln im Bankensektor die Rede, und man unternimmt Anstrengungen, einzelne Geschäftspraktiken des Bankensektors zu kriminalisieren.<sup>1</sup> Prominentes Beispiel ist etwa die Strafanzeige gegen Manager der HSH-Nordbank.<sup>2</sup> Weitere Beispiele ließen sich ergänzen.<sup>3</sup> Da es bei diesen Fällen meist um den Verlust unfassbar hoher Geldmengen geht, sind es an vorderster Front die Vermögensdelikte, die hier als einschlägig erachtet werden. Allen voran natürlich § 266 StGB, der aufgrund seiner Tatbestandsstruktur den weitesten Spielraum lässt.<sup>4</sup> Mittlerweile erfolgt eine strafrechtliche Krisenbewältigung aber nicht mehr nur im Hinblick auf die Ursa-

chen der Krise, sondern auch auf einer zweiten Ebene, die man vereinfacht mit dem Missbrauch staatlicher Hilfen beschreiben könnte. Diese zweite Ebene ist immer dann betroffen, wenn die umfassenden Hilfen, die der Staat anlässlich der Krise zur Verfügung gestellt hat, nicht ordnungsgemäß – mitunter also missbräuchlich – in Anspruch genommen werden. Wenn man sich nun daran erinnert, dass die sog. „Abwrackprämie“ und die erweiterte Möglichkeit von Kurzarbeit mit zu den wichtigsten Mitteln der Krisenbewältigung gehörten, so verwundert es nicht, dass die Diskussion um eventuelle Missbräuche auch zunächst an diesen beiden Instrumentarien ansetzt. Erst vor kurzem waren erste Stellungnahmen zur Strafbarkeit des sog. „Abwrack-Betrugs“<sup>5</sup> sowie zum (Subventions-) Betrug durch die missbräuchliche Inanspruchnahme von Kurzarbeitsgeld<sup>6</sup> zu lesen. Bei letzterer Konstellation ist bislang jedoch unerörtert geblieben, welchen Strafbarkeitsrisiken sich ein Unternehmer aussetzt, der seine Mitarbeiter trotz Kurzarbeit zur vollen Arbeitsleistung – vornehm gesagt – „drängt“. Diese Lücke soll der vorliegende Beitrag ausfüllen.

### II. Die erweiterte Möglichkeit von Kurzarbeit

Unter welchen Bedingungen man als Unternehmer die nunmehr im Angesicht der Krise flexibilisierten (soll heißen: vereinfachten) und in der Bezugsdauer verlänger-

<sup>1</sup> Hierzu eingängig das Plädoyer von Strate HRRS 2009, 441 f.

<sup>2</sup> Strate, in: FAZ vom 23. September 2009, S. 21.

<sup>3</sup> Zu weiteren aktuellen Verfahren etwa Rönnau NStZ 2009, 633.

<sup>4</sup> Vgl. Bernsmann GA 2009, 296 f. Grundlegend zu tatbestandlicher Weite, Bestimmtheitsfragen und stark ansteigender Bedeutung von § 266 StGB auch SSW-StGB/Saliger, 1. Aufl. (2009), § 266 Rn. 4 f.

<sup>5</sup> Stumpf NJW-Spezial 2009, 648 f.

<sup>6</sup> Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542.

ten staatlichen Subventionen im Fall von Kurzarbeit in Anspruch nehmen kann, und was dies für die Praxis eines Unternehmens dann für Folgen hat, ist an anderer Stelle bereits ausführlich dargetan worden.<sup>7</sup> An dieser Stelle kann man sich deshalb auf eine verkürzte Skizzierung der (neuen) Regeln zur Kurzarbeit beschränken. Befindet sich ein Unternehmen in angespannter wirtschaftlicher Verfassung und kann angestellte Arbeitnehmer nicht (mehr) vollumfänglich zu den vertraglich vorgesehenen Arbeitszeiten beschäftigen, bieten die Regelungen der §§ 169 ff. SGB III die Möglichkeit, sog. Kurzarbeitsgeld für einzelne Mitarbeiter bei der Agentur für Arbeit zu beantragen. Das bedeutet in die Praxis umgesetzt, dass die Arbeitszeit für den betroffenen Mitarbeiter anteilig herabgesetzt wird. Im gleichen Anteil wird auch dessen Verdienst durch das arbeitgebende Unternehmen herabgesetzt. An dieser Stelle springt dann die Agentur für Arbeit ein, die die Differenz zwischen dem früheren Nettolohn des Arbeitnehmers und dem durch die Kurzarbeit herabgesetzten Nettolohn dadurch auffängt bzw. abmildert, dass sie ein Kurzarbeitsgeld in Höhe von 60 % (für Alleinstehende) bzw. 67 % (für alle anderen) der bestehenden Differenz zahlt. Um bürokratischen Aufwand zu vermeiden, streckt der Arbeitgeber das Kurzarbeitsgeld zunächst vor und holt es sich dann über die Arbeitsagentur zurück. Für die auf das Kurzarbeitsgeld entstehenden Sozialversicherungsabgaben kommt die Agentur für Arbeit ebenfalls – zunächst anteilig, später dann auch in Gänze – auf.

### III. Konkrete Missbrauchssachverhalte

Im Rahmen solcher Konstellationen wird mittlerweile zunehmend ein Missbrauch dahingehend aufgedeckt, dass einzelne Unternehmer trotz der Inanspruchnahme geldwerter Leistungen in Folge von angemeldeter Kurzarbeit Teile oder mitunter auch ihre gesamte Belegschaft „voll“ arbeiten lassen. Hierzu eine Sprecherin der Arbeitsagentur wörtlich: „Die Leute stechen zwar aus, arbeiten dann aber trotzdem weiter.“<sup>8</sup> Dies ist vordergründig zunächst einmal anhand von Vermögensdelikten zu würdigen. Aber auch im Hinblick auf die §§ 240, 253 StGB sollte nicht übersehen werden, dass für Arbeitgeber ein nicht unerhebliches Strafbarkeitsrisiko bestehen kann.

Zur Erörterung der Problematik sei auf die folgenden Sachverhaltskonstellationen beispielhaft verwiesen, die in diversen Internetforen von Betroffenen geschildert werden. So schildert ein Herr Thomas K. im Forum der Seite recht.de<sup>9</sup> etwa den folgenden Sachverhalt: Seine Firma hat Kurzarbeit zu 50 % beantragt und genehmigt bekommen. Das heißt für die Mitarbeiter, dass offizielle Arbeitszeit nunmehr nur noch von 6 bis 11 Uhr ist. K. beschreibt nun, wie der Vorgesetzte auf jeden einzelnen Mitarbeiter zugeht und ihn vor die folgende Wahl stellt: Entweder man arbeitet von 11 Uhr an „freiwillig“ bis 15 Uhr weiter, oder man wird ab dem nächsten Monat in

„100 % Kurzarbeit“ geschickt. So weit der Eintrag des Herrn K., der nach Ratschlägen fragt, wie man sich gegen solch eine Vorgehensweise wehren kann.

Ein anderes Beispiel: Im Jurathek-Forum<sup>10</sup> wird von einem um Rat suchenden Arbeitnehmer eine ganz ähnliche Konstellation geschildert. Wiederum wurde für einen Betrieb Kurzarbeit zu 50 % angemeldet. Gleichzeitig mit der Mitteilung, dass nun kurz gearbeitet wird, teilte die Unternehmensleitung ihren Mitarbeitern mit, dass sie gleichwohl zu 100 % zur Verfügung stehen müssten. Ansonsten würden Kündigungen ausgesprochen. Der Verfasser des Forumseintrags beendet seine Schilderungen sodann mit der pessimistischen Frage danach, was eine Anzeige dieser Vorgänge außer Arbeitslosigkeit bringen könne?

## IV. Strafbarkeitsrisiken

Genau dieser Frage ist im Folgenden nachzugehen. Dabei erfolgt – wie bereits dargelegt – eine Beschränkung auf eventuell bestehende Strafbarkeitsrisiken durch das bedrängende Auftreten und das damit einhergehende Einfordern von voller Arbeitskraft durch die Unternehmensführungen.

### 1. Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB

An erster Stelle sollte eine Strafbarkeit gem. § 240 Abs. 1 StGB in der Tatbestandsalternative der Drohung in Erwägung gezogen werden.

#### a) Tatbestand – insb. Merkmal der Drohung

Bereits am Merkmal der Drohung könnte man jedoch die Frage aufwerfen, ob in obigen Konstellationen tatsächlich ein Übel in Aussicht gestellt wurde, auf das der Drohende Einfluss zu haben vorgibt. Ein solcher Einfluss auf das zukünftige Übel ist nämlich konstitutive Voraussetzung einer Drohung. Zwar muss der Täter keine eigene Übelzufügung ankündigen, jedoch muss er das Übel regelmäßig als in seiner Macht stehend darstellen und sich damit als „Herr des Geschehens“ präsentieren.<sup>11</sup> Insofern ist die Drohung also von einer tatbestandslosen Warnung zu unterscheiden, bei der auf den möglichen Eintritt eines unabhängig vom Einfluss des Täters eintretenden Ereignisses lediglich hingewiesen wird.<sup>12</sup> Man könnte nun argumentieren, dass ein Vorgesetzter, der in der beschriebenen Art und Weise auf einen Mitarbeiter zugeht, doch nichts anderes tut, als dem Mitarbeiter die angespannte wirtschaftliche Situation des Unternehmens vor Augen zu führen und deshalb schlicht und einfach nur einen Hinweis darauf gibt, welche betrieblichen Einschnitte aus der schlechten wirtschaftlichen Lage des

<sup>7</sup> Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542 f. Vgl. auch Seel JA 2009, 805 ff.

<sup>8</sup> FAZ v. 13. November 2009, S. 14.

<sup>9</sup> <http://www.recht.de/phpbb/viewtopic.php?t=175927> (zuletzt besucht am 2. November 2009).

<sup>10</sup> <http://forum.jurathek.de/showthread.php?p=803949> (zuletzt besucht am 2. November 2009).

<sup>11</sup> BGHSt 31, 195, 201; Matt/Renzikowski/Eidam, 1. Aufl. (2010), § 240 Rn. 37 (im Erscheinen).

<sup>12</sup> Matt/Renzikowski/Eidam (Fn. 11) § 240 Rn. 37; Kindhäuser, BT 1, 4. Aufl. (2009), § 12 Rn. 38; Geppert Jura 2006, 31, 36. Grundlegend zum Verhältnis von Drohung und Warnung auch Küper GA 2006, 439 ff.

Unternehmens bei unverändertem Weitergang der Dinge resultieren werden. Und im Hinblick auf die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens, die zunehmend auch von unternehmensexternen Faktoren abhängen wird, ist der Vorgesetzter letztlich doch auch kein „Herr des Geschehens“.

Diese Argumentation vermag im Ergebnis jedoch nicht zu überzeugen. Wer in der oben beschriebenen Art und Weise als Vorgesetzter auf seine Angestellten zugeht, stellt ihnen konkret in Aussicht, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn sie sich der Aufforderung nach voller Arbeitsleistung trotz Kurzarbeit widersetzen. Jede Kündigung steht dabei grundsätzlich im Ermessen der Unternehmensleitung, die insofern auch unproblematisch als Herrin des Geschehens angesehen werden kann. Dass die Motive zur Kündigung von externen Faktoren wie einer angespannten wirtschaftlichen Situation oder von internen Faktoren wie schlechten Umsatzzahlen des Unternehmens abhängen kann mag sein. Gleichwohl bleibt es dabei, dass jede Unternehmensführung ihren Einfluss auf eventuell erforderliche (betriebsbedingte) Kündigungen behält und diesbezüglich einen Ermessensspielraum besitzt (sog. Sozialauswahl). Da es sich beim Androhen des Verlusts der Arbeitsstelle schließlich auch unproblematisch um ein empfindliches Übel handelt<sup>13</sup>, verwirklicht jeder Arbeitgeber das Tatbestandsmerkmal der Drohung mit einem empfindlichen Übel, wenn er in der beschriebenen Art und Weise auf seine Mitarbeiter zugeht, eine volle Arbeitsleistung trotz Kurzarbeit einfordert und dabei dem Mitarbeiter vor Augen führt, dass ansonsten sein Anstellungsverhältnis nicht weiter fortgesetzt werden kann.

Alle übrigen Tatbestandsvoraussetzungen von § 240 Abs. 1 StGB sind im Nachgang zu solch einer Aufforderung eher unproblematisch. Entweder lässt sich der betroffene Mitarbeiter derart beeinflussen, dass er der Aufforderung nachkommt, was zu einer Vollendung des Tatbestandes führen würde, da hierin der Nötigungserfolg (in Form eines Tuns) liegen würde, oder aber der Mitarbeiter ist derart couragiert, dass er sich der Drohung verweigert, was zu einer tatbestandlichen Versuchsstrafbarkeit mangels Nötigungserfolges führen würde.

## b) Verwerflichkeitsklausel (Abs. 2)

So oder so steht und fällt die Frage nach einer Strafbarkeit dann mit § 240 Abs. 2 StGB, der sog. Verwerflichkeitsklausel. Die Verwerflichkeitsklausel gehört ob ihrer Unbestimmtheit zu den zentralen Problempunkten des Nötigungstatbestandes<sup>14</sup> und muss in einem rechtsstaat-

lichen Strafrecht zu gewissem Unbehagen führen, tut sie doch nichts anderes, als das Gedankengut eines „gesunden Volksempfindens“ in die heutige Zeit zu transportieren.<sup>15</sup> Denn rechtshistorisch geht § 240 Abs. 2 StGB auf den nationalsozialistischen Gesetzgeber des Jahres 1943 zurück. Der Nachkriegsgesetzgeber hat lediglich die Worte des gesunden Volksempfindens sprachlich verändert und mit der Vokabel der Verwerflichkeit ersetzt, was im Ergebnis zwar unverfänglicher klingt, in der Praxis aber die gleichen juristischen Subsumtions- und Argumentationsmuster gestatten dürfte, wie seinerzeit unter Zuhilfenahme des gesunden Volksempfindens.<sup>16</sup>

Der praktische Umgang mit dem Begriff der Verwerflichkeit ist insgesamt unsicher und schwierig. Die Rechtsprechung will immer dann ein verwerfliches Handeln im Einzelfall annehmen, wenn dieses Verhalten in Relation zum erstrebten Zweck einen erhöhten Grad sittlicher Missbilligung hervorruft.<sup>17</sup> Stellenweise wird auch eine soziale Unerträglichkeit des Handelns eingefordert<sup>18</sup>, was sich inhaltlich kaum vom erhöhten Grad sittlicher Missbilligung unterscheiden dürfte.<sup>19</sup> All das erscheint auf den ersten Blick eher nichtssagend. Gleichwohl dürfte die hier zur Debatte stehende Konstellation der „verlängerten“ Kurzarbeit im Hinblick auf aktuelle Grundsätze der Rechtspraxis relativ eindeutig anhand von § 240 Abs. 2 StGB zu entscheiden sein. Es darf als ein Verdienst *Roxins* gewürdigt werden, den Versuch unternommen zu haben, anhand von zentralen Ordnungsprinzipien eine Leitlinie zur systematischen und inhaltlichen Konturierung der Verwerflichkeitsklausel zu formulieren.<sup>20</sup> In nicht wenigen Konstellationen fand auch bereits eine Orientierung der Praxis an diesen Leitlinien statt. Weiterführend für die in Rede stehende Konstellation dürfte das an erster Stelle von *Roxin* benannte Rechtswidrigkeitsprinzip sein, wonach immer dann von verwerflichem Handeln auszugehen ist, wenn das Nötigungsoffer zu verbotenem Handeln genötigt (das wäre dann der Zweck in der von Abs. 2 verlangten Mittel-Zweck-Relation) wird. Dies störe – so *Roxin* – das soziale Gleichgewicht.<sup>21</sup> Es bedarf nun keiner komplizierten Rechtserwägungen, um zu begründen, dass volle Arbeit trotz angemeldeter Kurzarbeit jedenfalls auf Grundlage der einschlägigen sozialrechtlichen Vorschriften als rechtswidrig zu beurteilen ist. Denn das Sozialrecht knüpft ganz offensichtlich die aus einer Bewilligung von Kurzarbeit fließenden Leistungen daran, dass auch kurz gearbeitet wird, was das Gesetz in § 170 SGB III dadurch zum Ausdruck bringt, dass ein

<sup>13</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1993, 1807 sowie *Klengel/Mückenberger CCZ* 2009, 82 (Androhung einer Entlassung für den Fall, dass Mitarbeiter in unternehmensinternen Ermittlungen die Auskunft verweigern).

<sup>14</sup> Vgl. *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 51 („Einbuße an Rechtsstaatlichkeit“); *Schünemann MschrKrim* 1970, 250, 259; *Calliess NJW* 1985, 1506; *Kaufmann NJW* 1988, 2581, 2582. AA BVerfGE 73, 206, 238 f. mit dem Argument, dass sich Abs. 2 zugunsten des Täters auswirke. Dagegen wiederum *Prittwitz JA* 1987, 17, 27. Offen gelassen von BVerfGE 92, 1, 14. Zu einer Einzelfallbeurteilung auch EGMR NJW 2008, 2322, 2323 (prüft allerdings nur willkürliche Rechtsanwendung im konkreten Fall).

<sup>15</sup> *Wolf JuS* 1996, 189, 191 f. Vgl. auch *MünchKomm/Gropp/Sinn*, 1. Aufl. (2003), § 240 Rn. 114 („historische Hypothek“).

<sup>16</sup> *Kaufmann NJW* 1988, 2581, 2582 („Gummiklausel“ der Verwerflichkeit kann ebenso missbraucht werden wie das gesunde Volksempfinden). Vgl. auch BGHSt 5, 254, 256 (der Richter hat „auf das Rechtsempfinden des Volkes zu achten“).

<sup>17</sup> Etwa BGHSt 17, 328, 332; 19, 263, 268.

<sup>18</sup> BGHSt 18, 389, 391 f.; BayObLG NJW 1992, 521, 522. In der Literatur wird demgegenüber allein auf eine Sozialwidrigkeit des Handelns abgestellt, vgl. nur *Fischer*, 56. Aufl. (2009), § 240 Rn. 41.

<sup>19</sup> So die Folgerung bei *Matt/Renzikowski/Eidam* (Fn. 11) § 240 Rn. 56.

<sup>20</sup> *Roxin JuS* 1964, 373, 376 f. Einen Überblick gibt *Matt/Renzikowski/Eidam* (Fn. 11) § 240 Rn. 57.

<sup>21</sup> *Roxin JuS* 1964, 373, 376.

„erheblicher Arbeitsausfall“ vorliegen muss. Im Hinblick auf die Abweichung von diesen sozialrechtlichen Vorgaben trotz fließenden Kurzarbeitsgelds ließe sich also argumentieren, dass hier zu einem rechtswidrigen Verhalten aufgefordert wird, das deshalb auch als verwerflich einzustufen ist.

Darüber hinaus bietet sich die Heranziehung einer weiteren allgemeinen Fallgruppe zur Zementierung dieses Ergebnisses an. Weitgehende Anerkennung hat der Grundsatz erfahren, dass der Täter, der durch den Einsatz des Nötigungsmittels eine andere Straftat begeht, im Regelfall verwerflich handelt.<sup>22</sup> Es wurde an anderer Stelle bereits gezeigt, dass ein Einfordern von voller Arbeitskraft trotz angemeldeter Kurzarbeit jedenfalls vermögensrechtliche Implikationen nach § 263 Abs. 1 StGB nach sich ziehen kann.<sup>23</sup> Im Hinblick auf diese Betrugsstrafbarkeit bestünde jedoch die Besonderheit, dass die Drohung gegenüber dem Mitarbeiter als solche nicht hinreicht, um den tatbestandlichen Vorwurf aus § 263 Abs. 1 StGB zu begründen. Wenn die Drohung gegenüber den Mitarbeitern schon nicht hinreicht, um eine abschließende Strafbarkeit nach dem Vermögensstrafrecht zu begründen, dann ist sie – zumindest in der hier zur Rede stehenden Sachverhaltskonstellation – immerhin doch notwendiger Teil im Gesamtgefüge des Sachverhalts, der am Ende unter § 263 Abs. 1 StGB subsumiert wird. Diese eindeutige Verbindung zu einem insgesamt als strafrechtlich relevant einzustufenden Sachverhalt erlaubt anhand der aufgezeigten Fallgruppe jedenfalls den Rückschluss darauf, dass doch starke Indizien für ein verwerfliches Handeln sprechen. Und mehr noch: Setzt man das Drohen zum angestrebten Zweck ins Verhältnis (was § 240 Abs. 2 StGB erfordert), wird die Verwerflichkeit noch offensichtlicher, da der angestrebte Zweck nichts anderes als genau der Sachverhalt ist, der am Ende nach dem Vermögensstrafrecht eine Strafbarkeit nach sich zieht.

Letztlich dürfte an dieser Stelle aber auch noch ein weiterer Umstand im Hinblick auf den erstrebten Zweck mit in die vorzunehmende Mittel-Zweck-Relation einzubeziehen sein: Durch das beschriebene Vorgehen setzt der Arbeitgeber seine Mitarbeiter – für den Fall, dass diese auf seine Forderung eingehen – regelmäßig einem nicht nur unerheblichen Strafbarkeitsrisiko aus. Denn im Hinblick auf die Mitarbeiter wäre es nach allgemeinen Grundsätzen durchaus denkbar, die Voraussetzungen einer Beihilfestrafbarkeit zu eventuell bestehenden Strafbarkeiten des Arbeitgebers nach dem Vermögensstrafrecht anzunehmen.<sup>24</sup> Letztlich spricht deshalb auch diese Erwägung für die Annahme von verwerflichem Handeln nach § 240 Abs. 2 StGB.

Fazit also: Wer in der beschriebenen Art und Weise seine Mitarbeiter zur vollen Arbeitsleistung trotz angemeldeter Kurzarbeit anhält, sieht sich erheblichen Strafbarkeitsrisiken im Hinblick auf § 240 Abs. 1 StGB ausgesetzt.

<sup>22</sup> Schönke/Schröder/Eser, 27. Aufl. (2006), § 240 Rn. 19; LK/Träger/Altwater, 11. Aufl. 42. Lfg. (2001), § 240 Rn. 76. Vgl. auch BGHSt 44, 34, 42 (Fall von § 303 StGB).

<sup>23</sup> Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542, 3543 f.

<sup>24</sup> Hierzu Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542, 3544 f.

## 2. Erpressung gem. § 253 Abs. 1 StGB

Wie verhält es sich mit dem Tatbestand der Erpressung?

### a) Dreieckerpressung durch die Annahme eines Vermögensschadens bei der Arbeitsagentur

Sieht man einmal von dem Streitstand ab, ob § 253 Abs. 1 StGB eine Vermögensverfügung als Opferreaktion erfordert oder nicht und unterstellt mit Hinweis auf die Rechtsprechung, dass jede Opferreaktion ausreichend sein kann, so könnte man doch spätestens dann zu dieser Frage zurück gelangen, wenn man in Erwägung zieht, dass Genötigter und Geschädigter personenverschieden sein könnten. Aber der Reihe nach. Dem Gesetzestext des § 253 Abs. 1 ist zu entnehmen, dass sich die Norm vornehmlich dadurch von § 240 Abs. 1 StGB abhebt, dass sie einen Vermögensschaden („Nachteil“) entweder beim Genötigten selbst, oder aber bei einem anderen voraussetzt. Man könnte sich im Hinblick auf den ebenfalls bei Dritten möglichen Schaden nun auf den Standpunkt stellen, dass ein relevanter Vermögensschaden seitens der Arbeitsagentur eingetreten ist. Diese leistet Subventionsgelder für Kurzarbeit, obwohl die Voraussetzungen für Kurzarbeit im konkreten Betrieb überhaupt nicht (mehr) vorliegen.<sup>25</sup> Es werden also zweckgebundene Mittel vergeben, ohne dass der mit ihnen verfolgte Zweck eintritt. Die hier einschlägige Fallgruppe aus der Betrugsdogmatik zur Begründung eines Schadens ist folglich die einer Zweckverfehlung.<sup>26</sup> Darüber hinaus liegt ein Dreiecksverhältnis dergestalt vor, dass Nötigungsoffer die Arbeitnehmer in den einzelnen Betrieben sind, der Nachteil hingegen im Hinblick auf das Vermögen der Arbeitsagentur eintritt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob zwischen beiden Seiten eine besondere Beziehung bestehen muss. Die Rechtsprechung vertritt hier den klaren Standpunkt, dass ein Näheverhältnis zwischen dem Genötigten und dem geschädigten Vermögen erforderlich ist, da die Erpressung eine „erzwungene Preisgabe von eigenem oder fremden Vermögen, dessen Schutz der Genötigte wahrnehmen kann und will“, bezweckt.<sup>27</sup> An diesem Punkt angelangt wird jedoch offensichtlich, dass sich für die angedachte Konstellation einer Dreieckerpressung unter keinen ersichtlichen Umständen eine irgendwie geartete Nähebeziehung zwischen den genötigten Arbeitnehmern und dem Vermögen der Arbeitsagentur begründen lässt. In dieser Konstellation ist eine Strafbarkeit nach § 253 Abs. 1 StGB also fernliegend.

### b) Schädigung des Vermögens der Arbeitnehmer

Überhaupt nicht fernliegend wäre jedoch die Annahme, dass ein Vermögensschaden im Hinblick auf das Vermögen der Arbeitnehmer selbst eingetreten sein könnte, wenn man unterstellt, dass ein Unterlassen der Gel-

<sup>25</sup> Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542, 3543 sehen hierin zu Recht eine Vermögensverfügung im Rahmen des § 263 Abs. 1 StGB.

<sup>26</sup> Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542, 3544. Aktuell hierzu auch Satzger JURA 2009, 518, 523 f.

<sup>27</sup> BGHSt 41, 123, 125. Vgl. zudem SSW-StGB/Kudlich (Fn. 4) § 253 Rn. 21.

tendmachung des vollen Entgeltanspruchs für die erbrachte volle Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jedenfalls eine Vermögensverfügung und damit auch eine nach allen vertretenen Ansichten ausreichende Opferreaktion für § 253 Abs. 1 StGB ist. Ein eventueller Vermögensschaden könnte sich dann nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung wie folgt berechnen: Man arbeitet zu 100 %, bekommt vom Arbeitgeber allerdings nur 50 % des Gehalts für seine Arbeitsleistung.

Wer auf diese Art und Weise einen Schaden zu begründen versucht, muss sich jedoch zwei Anschlussfragen stellen. Erstens: Kann das Kurzarbeitsgeld nicht als Kompensation für die Mehrarbeit angesehen werden, so dass man am Ende der Gesamtsaldierung wieder bei null angelangt? Und zweitens: Hat der mehrarbeitende Arbeitnehmer denn überhaupt (noch) einen vollen Entgeltanspruch?

Beginnen wir mit der ersten Frage. Gegen die Einbeziehung des Kurzarbeitsgeldes als mögliche Kompensation in die Gesamtsaldierung könnte man geltend machen, dass es sich hierbei um eine hochgradig unsichere Vermögensposition des Arbeitnehmers handelt, da aufgrund der missbräuchlichen Inanspruchnahme des Kurzarbeitsgeldes jederzeit damit gerechnet werden muss, dass die Arbeitsagentur die Gewährung des Kurzarbeitsgeldes widerruft und den ihr für solche Fälle zustehenden Rückforderungsanspruch im Hinblick auf bereits geflossene Gelder geltend macht.<sup>28</sup> Für die Beurteilung der materiell-rechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzung eines Schadens kommt es hierauf aber nicht an.<sup>29</sup> Denn entscheidend ist letztlich, dass das Kurzarbeitsgeld niemals die Höhe des früheren vertraglichen Arbeitsentgeltes erreichen wird, da es den Verdienstaufschlag aufgrund von Kurzarbeit nur anteilig kompensieren würde. Das Kurzarbeitsgeld könnte den Verdienstaufschlag also in keinem Fall zu 100 % kompensieren, so dass der Faktor Kurzarbeitsgeld einer Schadensberechnung nach obigem Muster nicht im Wege stehen würde.

Diese Betrachtungen würden jedoch allesamt in sich zusammenfallen, wenn der Arbeitnehmer überhaupt keinen vollen Entgeltanspruch – also zu 100% – gegen seinen Arbeitgeber hat. Dies ist das zentrale Problem bei der Frage nach einem Vermögensschaden. Im Grundsatz ist hier zunächst davon auszugehen, dass die Kurzarbeit zu einer Vertragsänderung des individuellen Arbeitsverhältnisses führt.<sup>30</sup> Oder anders ausgedrückt: Es erfolgt eine Suspendierung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis<sup>31</sup>, so dass der Arbeitsvertrag aufgrund von wirksam angeordneter Kurzarbeit – die wirksame

Anordnung<sup>32</sup> wird hier unterstellt, da es ansonsten ohnehin bei einem vollen Entgeltanspruch bleiben würde – nur noch einen Anspruch auf den abgesenkten Lohn gegen den Arbeitgeber vermittelt. Genau an dieser Stelle wird es nun aber interessant, da sich die Frage stellt, ob die eingeforderte und tatsächlich geleistete Mehrarbeit die quantitativ abgesenkte individualvertragliche Grundlage wiederum aufzustocken vermag, so dass der Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber wieder seinen alten „vollen“ Entgeltanspruch für seine faktisch auch „volle“ Arbeitstätigkeit erlangt.

Natürlich wird es hier ganz wesentlich davon abhängen, ob die Parteien konkret etwas vereinbart haben. Geht man jedoch von dem praktisch wahrscheinlichen Fall aus, dass eine Vergütungsabrede bzgl. der Mehrarbeit nicht besteht, könnte man argumentieren, dass in der individuellen Vereinbarung der Mehrarbeit eine konkludente Vertragsänderung gesehen werden sollte. Diese Annahme ließe sich mit der Erwägung stützen, dass die anerkannte Möglichkeit einer konkludenten Vereinbarung von Kurzarbeit<sup>33</sup> auch in die andere Richtung möglich sein muss. An dieser Stelle sind dann natürlich die Umstände des Einzelfalles gefragt, die einer genauen juristischen Prüfung im Hinblick auf eine Konkludenz unterzogen werden müssen. Wer eine konkludente Vertragsänderung ablehnt, könnte zudem noch an § 612 BGB denken, der eine Vergütung immer dann als stillschweigend vereinbart betrachtet, wenn dies nach den Umständen zu erwarten ist. Wichtigster Anwendungsfall von § 612 BGB sind immerhin vertraglich nicht vorgesehene Mehrarbeitsstunden.<sup>34</sup> Dabei ist die maßgebliche Perspektive für die im Tatbestand vorausgesetzte Erwartung die desjenigen, für den die Arbeit geleistet wird, also die des Arbeitgebers.<sup>35</sup> Gegen die tatbestandliche Annahme von § 612 BGB würde zunächst einmal sprechen, dass (nach der Verkehrsanschauung) nicht unbedingt den Umständen nach von einer „vollen“ Vergütung wie in den Zeiten vor der Kurzarbeit ausgegangen werden kann, da ja immerhin Kurzarbeitsgeld fließt und gerade dieses Geld quasi verfremdet als Arbeitslohn für die Mehrarbeit betrachtet werden könnte. Hiergegen würde aber wiederum die eher großzügige Handhabung von § 612 BGB in der Praxis sprechen. Das BAG geht davon aus, dass Dienste, die im Rahmen einer hauptberuflichen Tätigkeit geleistet werden, grundsätzlich immer entgeltlich erfolgen.<sup>36</sup> Somit spricht also eine erste Vermutung für eine Entgeltlichkeit. Auch der Umstand, dass es sich um eine formal rechtswidrige Anordnung von Mehrarbeit handelt, steht nach der Rechtsprechung des BAG der Rechtsfolge des § 612 BGB nicht entgegen, da die Vorschrift auch in den Fällen, in denen ein Arbeitgeber eine Mehrarbeit trotz eines gesetzlichen Verbots überhaupt nicht anordnen durfte, anwendbar sein soll.<sup>37</sup> Und letztlich könnte man noch mit der fehlenden Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers argumentieren, der einerseits rechtswidrige Zustän-

<sup>28</sup> Darstellung und Diskussion der allgemeinen Grundsätze zu möglichen Kompensationen im Rahmen eines Vermögensnachteils bei SSW-StGB/Saliger (Fn. 4) § 266 Rn. 57 ff. Vgl. insb. Rn. 75 zu Verrechnungsproblemen bei Beteiligung einer Vermögensgefahr.

<sup>29</sup> Diese Frage und mit ihr die genaue Höhe eines eingetretenen Vermögensverlustes wäre hingegen für eine möglicherweise vorzunehmende Strafzumessungsentscheidung relevant.

<sup>30</sup> Palandt/Weidenkaff, 68. Aufl. (2009), § 611 Rn. 29.

<sup>31</sup> Bauer/Günther BB 2009, 662.

<sup>32</sup> Detailliert hierzu Bauer/Günther BB 2009, 662 ff. Vgl. auch Seel JA 2009, 805 ff.

<sup>33</sup> Vgl. Bauer/Günther BB 2009, 662, 664.

<sup>34</sup> MünchKomm/Müller-Glöße, 5. Aufl. (2009), § 612 BGB Rn. 21.

<sup>35</sup> Palandt/Weidenkaff (Fn. 30) § 612 Rn. 4.

<sup>36</sup> Vgl. BAG NJW 1998, 1581, 1582.

<sup>37</sup> BAG NJW 1996, 795, 796. Vgl. überdies auch die Grundsätze bei Palandt/Weidenkaff (Fn. 30) § 612 Rn. 2.

de von seinen Mitarbeitern einfordert und andererseits den Kurzarbeitsgeldbezug unter das Risiko einer Rückforderung durch die Arbeitsagentur bei Aufdeckung der Umstände stellt. Diese Überlegungen zeigen, dass je nach dem konkreten Einzelfall ein zivilrechtliches Argumentationsspektrum für die Annahme besteht, dass bei eingeforderter Mehrarbeit auch wieder ein voller Entgeltanspruch der Arbeitnehmer entsteht, was zu einem Schaden nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung führen kann.

### c) Subjektive Tatvoraussetzungen

Hat man auf dem soeben beschriebenen Wege die Voraussetzungen eines Schadens festgestellt, bedürfen dann insbesondere die subjektiven Voraussetzungen des § 253 Abs. 1 StGB noch einer eingehenden Beurteilung. Man wird hier insbesondere die Voraussetzungen der sog. Bereicherungsabsicht sorgfältig am Einzelfall überprüfen müssen. Dabei wird sich die Frage nach der angestrebten Bereicherung allerdings weniger kompliziert als die des Schadens gestalten, da sich das Problem einer möglichen Kompensation<sup>38</sup> durch das Kurzarbeitsgeld auf Seiten des Arbeitgebers nicht stellt. Von Bedeutung wird aber regelmäßig die Feststellung am konkreten Fall sein, ob der Arbeitgeber die Bereicherung durch die Mehrarbeit seiner Arbeitnehmer als Vermögensvorteil erstrebt, oder aber ob die Bereicherung als notwendige Folge eines anderen Zweckes lediglich in Kauf genommen wird, was nach allgemeiner Ansicht nicht für die erforderliche Absicht ausreichend wäre.<sup>39</sup> Wer jedoch eine Bereicherung explizit erstrebt, was in der Realität wohl auch oftmals der Fall sein wird, erfüllt die subjektiven Voraussetzungen der Bereicherungsabsicht.

<sup>38</sup> Zur Berücksichtigung etwaiger Kompensationen im Rahmen einer angestrebten Bereicherung bei § 253 StGB etwa SSW-StGB/Kudlich (Fn. 4) § 253 Rn. 28; Schöneke/Schröder/Eser (Fn. 22) § 253 Rn. 18.

<sup>39</sup> BGH NJW 1988, 2623; Fischer (Fn. 18) § 253 Rn. 18.

Als kurzes Ergebnis kann nach alledem festgehalten werden, dass für Arbeitgeber, die ihre Mitarbeiter zu „verlängerter“ Kurzarbeit drängen, ein nicht nur unerhebliches Strafbarkeitsrisiko auch nach § 253 Abs. 1 StGB besteht.

## V. Schlussbemerkung

Die hier erörterten Konstellationen können die Rechtsfragen um eventuelle Strafbarkeitsrisiken freilich nur in begrenztem Ausmaß erfassen. Das liegt zum einen daran, dass der zugrunde gelegte Sachverhalt in der Praxis nicht unbedingt in dieser Form anzutreffen sein wird. Denkbar sind vielfältige Sachverhaltsvariationen. Man müsste die Frage nach eventuellen Strafbarkeiten im Hinblick auf § 253 I StGB beispielsweise ganz anders stellen (und beantworten!), wenn der Arbeitgeber für eine verlängerte Kurzarbeit ein Entgelt gewährt. Darüber hinaus werden mit der Zeit auch immer wieder neue Aspekte in die Diskussion eingebracht, die ebenfalls juristisch zu würdigen sind. So wurde etwa vor kurzem erst darauf hingewiesen, dass sich Kurzarbeit nachteilig auf die Betriebsrenten der einzelnen Arbeitnehmer auswirken kann.<sup>40</sup> Der vorliegende Beitrag versteht sich deshalb lediglich als Anstoß einer Diskussion, ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Eine Diskussion freilich, bei der es als sicher gelten darf, dass sie aufgrund der rasanten Zunahme der aufgedeckten Fälle<sup>41</sup> sowie der kürzlich beschlossenen Verlängerung der Sonderregelungen für Kurzarbeit<sup>42</sup> intensiv und anhand von unterschiedlichsten Sachverhaltsvarianten geführt werden wird.

<sup>40</sup> Vgl. Wittrock, in: Die ZEIT Nr. 43 vom 15. Oktober 2009, S. 33.

<sup>41</sup> Die Zahl der Verdachtsfälle hat sich zwischen September und November 2009 verfünffacht. Vgl. FAZ v. 13. November 2009, S. 14.

<sup>42</sup> Vgl. SZ vom 23. November 2009, S. 17. Das Bundesarbeitsministerium will die Sonderregelungen für Kurzarbeit auch im gesamten Jahr 2010 aufrechterhalten. Allerdings soll die Bezugsdauer von Kurzarbeitergeld von 24 auf 18 Monate abgesenkt werden.

## Garantennot durch „Notinsel“?

### Übernahme „sozialadäquater“ Schutzfunktionen und strafrechtliche Garantenstellung

Von Dipl.-Jurist (Univ.) Florian Hertel, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Aberdeen

## I. Einleitung

Die Stiftung „Hänsel+Gretel“ startete vor einigen Jahren

in Karlsruhe das Projekt „Notinsel“: Durch eine einheitliche Kennzeichnung sollen Kindern im öffentlichen Raum Fluchtpunkte für Gefahrensituationen geboten

werden, an denen sie Hilfe erwarten können.<sup>1</sup> Das dabei verwandte Symbol zeigt die stilisierten Figuren dreier Kinder, darunter den Schriftzug „notinsel“ und die Aussage „Wo wir sind, bist Du sicher.“ Es wird am Eingang von Geschäften oder anderen öffentlich zugänglichen Orten, wie bspw. Behörden, angebracht. Inzwischen gibt es „Notinseln“ in 136 Kommunen im ganzen Bundesgebiet.<sup>2</sup>

Teilnehmer dieses Projekts werden mit dem Anbringen des Logos einen Beitrag für eine kinderfreundliche Umgebung setzen wollen. Das ist sicher ein lobenswertes Anliegen. Was ihnen jedoch kaum bewusst sein dürfte, sind eventuell sich daraus ergebende rechtliche Pflichten. So könnte die Kennzeichnung eines öffentlichen Raums als „Notinsel“ zugleich die Übernahme einer Garantstellung darstellen, mit weit reichenden Konsequenzen nicht nur strafrechtlicher, sondern auch schadensersatzrechtlicher Art.

Das gewählte Beispiel soll aufzeigen, wie schnell man nach der derzeit herrschenden Auffassung in der strafrechtlichen Unterlassenschaft sein kann. Es gibt Anlass, über den hier konkret geschilderten Fall hinaus allgemein über die Dogmatik der Begründung strafrechtlicher Beschützungsverpflichtungen nachzudenken.

## II. Reichweite und Begründung von Garantstellungen

### 1. Arten der Garantstellung

Das StGB fordert in § 13 Abs. 1 für eine Strafbarkeit durch Unterlassen, dass der Täter „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“. Diese Einstandspflicht wird kurz als Garantstellung bezeichnet.<sup>3</sup>

Üblicherweise werden diese Garantstellungen in zwei Kategorien eingeteilt: Überwachungs- und Beschützergaranten.<sup>4</sup> Ersteren obliegt die Sicherstellung, dass von Gefahrenquellen keine Schäden ausgehen; mithin müssen sie eine unbegrenzte Anzahl von Menschen vor möglichen Schäden durch eine begrenzte Anzahl von Gefahrenquellen schützen.<sup>5</sup> Bei den Beschützergaranten liegt es genau umgekehrt: sie trifft die Pflicht, eine begrenzte Anzahl von Menschen vor einer nicht festgelegten Zahl von Gefahren zu bewahren.<sup>6</sup> Auf letztere Gruppe beschränkt sich die folgende Betrachtung.

<sup>1</sup> Nähere Informationen zum Projekt unter [www.notinsel.de](http://www.notinsel.de).  
<sup>2</sup> Eine detaillierte Aufstellung ist unter [http://www.notinsel.de/notinsel\\_de/standorte/standorte.php](http://www.notinsel.de/notinsel_de/standorte/standorte.php) abrufbar.

<sup>3</sup> Vgl. *Stree*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), § 13 Rn. 1.

<sup>4</sup> *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 9; *Heuchemer*, in: BeckOK-StGB, § 13 Rn. 35 ff.; vgl. BGH NJW 2003, 522, 525.

<sup>5</sup> Vgl. *Heuchemer*, in: BeckOK-StGB, § 13 Rn. 37; *Freund*, in: MüKo-StGB, 1. Aufl. (2003), § 13 Rn. 101.

<sup>6</sup> Vgl. *Heuchemer*, in: BeckOK-StGB, § 13 Rn. 36; *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 9.

## 2. Entstehensvoraussetzungen von Beschützergarantenpflichten

Grob lassen sich zwei Möglichkeiten zur Begründung einer Beschützergarantenpflicht unterscheiden: Die erste existiert unabhängig von einer konkludenten oder ausdrücklichen Übernahme und wird allgemein als Garantpflicht aus „natürlicher Verbundenheit“ bezeichnet. Beispiele sind die Schutzpflicht von Eltern für ihre Kinder oder von Ehegatten gegenüber einander.<sup>7</sup> Für die zweite Kategorie ist die *Übernahme* einer Schutzpflicht jedoch konstitutiv: Der Garant muss es tatsächlich auf sich nehmen, für das Wohlergehen eines anderen einzustehen – auf die Wirksamkeit einer eventuellen zivilrechtlichen Vereinbarung kommt es nicht an.<sup>8</sup>

Beispiele für solche Beschützergarantenpflichten kraft Übernahme sind der Leibwächter, der Bademeister, der Arzt,<sup>9</sup> der Lehrer, der Bergführer,<sup>10</sup> aber auch Mitarbeiter kommunaler Jugendämter und Sozialdienste<sup>11</sup>. Ihre Pflicht besteht jeweils gegenüber den in der konkreten Situation befindlichen Schutzbedürftigen, beispielsweise beim Lehrer gegenüber den gerade beaufsichtigten Schülern.<sup>12</sup>

Die Übernahme einer solchen Garantpflicht setzt, wie schon erwähnt, nicht etwa das Bestehen einer wirksamen zivilrechtlichen Verpflichtung oder ähnlichem voraus.<sup>13</sup> Entscheidend ist vielmehr allein die tatsächliche Übernahme des Schutzes für die bedrohten Rechtsgüter.<sup>14</sup> Wie aber ist eine solche „tatsächliche Übernahme“ näher zu bestimmen? Eine bloße sittliche Pflicht genügt nicht.<sup>15</sup> Ebenso wenig ausreichend ist die bloße Tatsache, dass von Seiten des Bedrohten in das Eingreifen des potenziellen Garanten vertraut wird.<sup>16</sup> Es muss sich vielmehr um ein „berechtigtes“ Vertrauen handeln, der Schutzbedürftige muss in das Eingreifen des Garanten vertrauen *dürfen*.<sup>17</sup> Hinweise darauf können sein, wenn auf andere Schutzmöglichkeiten verzichtet oder auf rechtlich anerkannte, sozial verfestigte Gewährleistungen vertraut wird.<sup>18</sup>

<sup>7</sup> *Weigend*, in: LK, 12. Aufl. (2006), § 13 Rn. 26; *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 10; *Freund*, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 92.

<sup>8</sup> *Freund*, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 161; *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 26 ff.; vgl. BGH 2009, 3173, 3174, Rn. 23 ff. = HRRS 2009 Nr. 718.

<sup>9</sup> *Freund*, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 161.

<sup>10</sup> *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 10.

<sup>11</sup> OLG Stuttgart NStZ 1998, 582.

<sup>12</sup> *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 30a.

<sup>13</sup> *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 28 m. Verw. a. RGSt 16 269.

<sup>14</sup> BGH NJW 2002, 1887, 1888; *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 28; *Tag*, in: Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 1. Aufl. (2008), § 13 StGB Rn. 20.

<sup>15</sup> BGHSt 19, 167; *Tag*, in: Handkommentar Gesamtes Strafrecht (Fn. 14), § 13 StGB Rn. 14.

<sup>16</sup> *Wohlers*, in: NomosKommentar-StGB, 2. Aufl. (2005), § 13 Rn. 34.

<sup>17</sup> *Wohlers*, in: NomosKommentar-StGB (Fn. 16), § 13 Rn. 34.

<sup>18</sup> *Weigend*, in: LK (Fn. 7), § 13 Rn. 34; *Wohlers*, in: NomosKommentar-StGB (Fn. 16), § 13 Rn. 34; *Otto* NJW 1974, 528, 534.

### III. „Notinseln“ im Lichte der überkommenen Beschützergarantendogmatik

Fallen nun die Betreiber von „Notinseln“ unter die soeben aufgeführten Voraussetzungen? Wenn ja, so finden sie sich in einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für das Unterlassen von Schutzmaßnahmen wieder, die weit über die für jeden geltende Norm der unterlassenen Hilfeleistung, § 323c StGB, hinaus geht. Des Weiteren könnten sich auch durchaus empfindliche zivilrechtliche Folgen ergeben.

#### 1. „Notinsel“-Betreiber als Beschützergaranten

Wer sich das Symbol der „Notinsel“ ins Schaufenster oder an die Eingangstür hängt, gibt damit eine scheinbar eindeutige Botschaft kund: „Wo wir sind, bist Du sicher“. Zusammen mit der Abbildung von Kinderfiguren wird damit der Öffentlichkeit bekannt gegeben, dass die im Geschäft oder einer ähnlichen Stätte anwesende erwachsene Person für das Wohlergehen Schutz suchender Minderjähriger sorgen werde. Eine Beschränkung auf beruhigendes Zureden oder ein Verständigen der Eltern ist dem nicht zu entnehmen. Vielmehr ist Zweck der Idee eben der Schutz vor allen möglichen Gefahren, seien es „Mitschüler, Diebe, Pädokriminelle“.<sup>19</sup> Mit dieser Aussage soll gerade ein Vertrauen der Kinder auf den Erhalt von Schutz aufgebaut werden, die sich in einem derart sicheren Umfeld dann keine Gedanken mehr über andere Schutzmöglichkeiten machen müssen. Durch die inzwischen bundesweite Verbreitung der „Notinsel“ kann auch von einer sozialen Verfestigung dieser Institution gesprochen werden, mit der eine Kenntnis der zu erwartenden Hilfe durch „Notinsel“-Betreiber in der Öffentlichkeit einhergeht.

All dies ergibt damit nach den aufgeführten Kriterien einen geradezu klassischen Fall einer Beschützergarantenstellung. Wer eine „Notinsel“ unterhält, ist nach der überkommenen Auffassung also rechtlich verpflichtet i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB, zu unterbinden, dass sich strafatbestandliche Erfolge zu Lasten Schutz suchender Kinder verwirklichen. Unter Umständen könnte dies sogar für den im Laden eines „Notinsel“-Betreibers arbeitenden Angestellten gelten. Dies würde zumindest nicht dadurch verhindert, dass eine solche Pflicht wohl kaum Eingang in den Arbeitsvertrag mit dem Ladeninhaber gefunden haben wird; eine vertragliche Verpflichtung ist ja gerade nicht Voraussetzung einer Überwachungsgarantenstellung.<sup>20</sup> Jedenfalls aber trafe die Garantspflicht denjenigen, der sich zum Betrieb der „Notinsel“ entschieden hat und diese unterhält.

#### 2. Konsequenzen einer Stellung als Garant

Aus der Einstufung als Beschützergarant ergeben sich

<sup>19</sup>

[http://www.notinsel.de/notinsel\\_de/projekt/hintergrund.php?navid=3](http://www.notinsel.de/notinsel_de/projekt/hintergrund.php?navid=3).

<sup>20</sup> Vgl. Fn. 8.

vielfältige Konsequenzen. Wie schon angedeutet können diese nicht nur strafrechtlicher, sondern letztlich auch zivilrechtlicher Art sein.

Was das konkret bedeutet, soll das folgende Beispiel verdeutlichen:

*Das minderjährige K wird schon seit längerem vom 14-jährigen Mitschüler M „gemobbt“. Eines Tages geht K mit seinem neuen MP3-Spieler durch die Stadt und trifft dabei auf den aus ärmlichen Verhältnissen stammenden M. Dieser fordert K auf, ihm das Gerät „auszuleihen“. K weigert sich und flieht nach einer kurzen Auseinandersetzung in ein mit dem Symbol „Notinsel“ gekennzeichnetes Geschäft, in dem nur der Ladeninhaber I zugegen ist. M verfolgt das K und stellt es im Ladenraum. M reißt nach einem längeren Wortgefecht und diesbezüglichen Drohungen schließlich den MP3-Spieler an sich und wirft ihn genüsslich auf den Boden, wodurch das Gerät irreparabel beschädigt wird. I hat die Szene die ganze Zeit beobachtet und war sich bewusst, dass das Streitobjekt durch die Rangelei wohl letztlich entzwei gehen würde. Er hatte aber „keine Lust“, sich in diesen „Dumme-Jungen-Streich“ einzumischen.*

#### a) Strafrechtliche Konsequenzen

Im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB ist der Beschützergarant tauglicher Täter so genannter unechter Unterlassungsdelikte. Wendet er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs nicht ab, so ist er in gleichem Maße strafbar, wie wenn er den Erfolg durch positives Tun selbst herbeigeführt hätte.<sup>21</sup> Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB ist ein solches denkbare unechte Unterlassungsdelikt. Der I könnte daher strafbar wegen Sachbeschädigung durch Unterlassen zu Lasten des K sein.

Für eine solche Strafbarkeit sind letztlich die folgenden Elemente erforderlich: der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs, die Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung erforderlichen Handlung, die Möglichkeit, diese Handlung vorzunehmen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgte Vermeidung des Erfolgs im Falle des Eingreifens (sog. Quasi-Kausalität<sup>22</sup>) und die Garantstellung.<sup>23</sup> Hinzu kommen natürlich Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld. Bezogen auf den Beispielfall ergibt sich, dass der MP3-Spieler des K zerstört ist, I nichts dagegen unternahm, obwohl er die Möglichkeit gehabt hätte, und ein Eingreifen des körperlich überlegenen I mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch zur Abwendung des Erfolgs geführt hätte. Wie dargelegt, ist I nach der überkommenen Auffassung auch Garant. Er war sich auch des möglichen Erfolgs bewusst und nahm diesen in Kauf, hatte somit zumindest bedingten Vorsatz. Auch wenn I nicht weiß, dass er rechtlich als Garant zu betrachten ist, hilft ihm das nicht weiter: es ist ausreichend, dass er sich der Umstände bewusst ist, die die Garantspflicht für ihn begründen — hier also seines

<sup>21</sup> Die fakultative Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB gemäß § 13 Abs. 1 StGB einmal außen vor gelassen.

<sup>22</sup> Vgl. Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 201.

<sup>23</sup> Eine Prüfung der sog. Entsprechungsklausel entfällt nach h.M. bei reinen Erfolgsdelikten, vgl. Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 4; a.A. wohl Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 190 ff.

Betreibens einer „Notinsel“.<sup>24</sup> An Rechtswidrigkeit und Schuld bestehen keine Zweifel.

Gegen eine Strafbarkeit könnte man einwenden, dass es mit M ja bereits einen Täter gibt – schließlich hat dieser den MP3-Spieler des K eigenhändig zerstört. Das kann aber I nicht entlasten. Zwar ist höchst umstritten, nach welchen Kriterien der Unterlassende neben einem aktiv Handelnden entweder als sog. Nebentäter<sup>25</sup> oder als Teilnehmer zu behandeln ist – dies bedarf hier aber keiner näheren Ausführung.<sup>26</sup> Ausreichend ist die unbestrittene Feststellung, dass eine Strafbarkeit des Unterlassenden nicht deswegen ausscheidet, weil daneben noch eine dritte Person den Tatbestand durch positives Tun verwirklicht.<sup>27</sup>

Somit bestünde im Beispielsfall eine Strafbarkeit des I wegen Sachbeschädigung oder zumindest Teilnahme daran. Das hinterlässt beim „juristischen Laien“ durchaus zu Recht ein ungutes Gefühl. Diese potenzielle Strafbarkeit ist dabei natürlich nicht auf Eigentumsdelikte beschränkt. Auch andere, unter Umständen schwerwieendere Straftaten könnten so durch Unterlassen verübt werden, sei es Körperverletzung z. B. durch Fremde oder auch Eltern<sup>28</sup> und Schlimmeres.

### b) Zivilrechtliche Konsequenzen

Dabei ist es mit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit noch nicht getan. Damit einhergehen können auch zivilrechtliche Ansprüche. Um beim Beispielsfall zu bleiben: Was, wenn die Eltern des K den MP3-Spieler ersetzt haben möchten? Natürlich könnten sie sich auch an M wenden, jedoch dürfte dies mit einem nicht unerheblichen Durchsetzungsrisiko verbunden sein. Sicherer ist es da doch, Ersatz beim solventeren I zu suchen. Dieser haftet nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303 Abs. 1 StGB, denn § 303 Abs. 1 StGB hat den Charakter eines dafür notwendigen Schutzgesetzes.<sup>29</sup>

Auch hier hilft I nicht weiter, dass neben ihm der Täter M existiert: Gemäß § 840 Abs. 1 BGB haftet er als Gesamtschuldner. Das gilt auch dann, wenn man sein Verhalten

<sup>24</sup> Vgl. Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 225; Heuchemer, in: BeckOK-StGB, § 13 Rn. 71.

<sup>25</sup> Vgl. zum Begriff der Nebentäterschaft Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), 25 Rn. 100. Der Terminus als solcher wird vielfach für überflüssig gehalten, vgl. Freund, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 258 Fn. 359 m.w.N., ohne dass die Strafbarkeit des „Nebentäters“ in solchen Konstellationen in Zweifel gezogen wird.

<sup>26</sup> Vgl. dazu ausführlich Becker HRRS 2009, 242, 244 ff. sowie Joecks, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 25 Rn. 233 ff.

<sup>27</sup> Vgl. Hardtung, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 224 Rn. 32 mit dem Beispiel des Gewährlassens eines Elternteils, der das Kind verprügelt, durch den anderen; Eschelbach, in: BeckOK-StGB, § 340 Rn. 17 mit dem Beispiel des Nichteingreifens eines Polizisten bei Beobachtung einer Prügelei.

<sup>28</sup> Auch das Vorhandensein eines anderen Garanten hindert nicht die Strafbarkeit der weiteren Garanten, vgl. Hardtung, in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 32.

<sup>29</sup> AG Schöneberg NJW-RR 1987, 1316, 1317.

„nur“ als Teilnahme, nicht als Täterschaft einstufen würde.<sup>30</sup> I müsste also für den entzwei gegangenen MP3-Spieler zahlen.

### 3. Fazit

Bei unreflektierter Betrachtungsweise der überkommenen Grundsätze sieht sich zumindest der Betreiber einer „Notinsel“ damit erheblichen Risiken ausgesetzt, die im – zugegebenermaßen sehr unwahrscheinlichen – Extremfall sogar bis hin zur Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts durch Unterlassen führen könnten, wenn nicht eingegriffen wird.

Es ist zweifelhaft, ob sich die wohlmeinenden Betreiber der „Notinseln“ dieser Gefahren bewusst sind. Noch zweifelhafter ist, ob sie ihr gesellschaftlich begrüßenswertes Engagement weiter fortführten, wenn sie es wären. Dennoch sind die geschilderten Risiken auf Basis der überkommenen Meinung unausweichlich. Dass diese aber nicht zwingend ist, zeigt der nächste Teil.

## IV. Ausweg: Teleologische Reduktion von Beschützergarantenstellungen bei „sozialadäquatem Verhalten“

Mit dem Schild „Notinsel“ gekennzeichnete Geschäfte und Behörden sind keine besonders geschützten oder ausgewählten Sicherheitsräume. Vielmehr handelt es sich um gewöhnliche Geschäfte, die sich von anderen nur durch den entsprechenden Aufkleber an der Tür unterscheiden. In der Tat werden sich, sobald die „Notinsel“ von einer Kommune eingeführt wurde, meist so gut wie alle Geschäfte dieser Initiative anschließen.<sup>31</sup> Im Grunde genommen wollen die „Notinsel“-Betreiber mit dem Anbringen des Signets nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringen: Dass in Not geratenen Kindern geholfen wird, so wie dies jeder davon Kenntnis erlangende Bürger tun sollte.<sup>32</sup> An dieser Erkenntnis liegt auch der Ansatzpunkt für einen sachgerechten Umgang mit der geschilderten Problematik.

Der Betreiber einer „Notinsel“ verhält sich mit dem Anbringen des Schildes und der damit verbundenen Schutz-zusage so, wie die Umgebung es von jedem Gesellschaftsmitglied erwarten würde. In der Tat fiele negativ auf, wer sich in einer Kommune, in der das System etabliert ist, dem Anschluss daran verweigert. Die Teilnahme

<sup>30</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 2087; Spindler, in: BeckOK-BGB, § 840 Rn. 3.

<sup>31</sup> Die Webseite der Stiftung gibt einen guten Überblick über die jeweils an den einzelnen Standorten vorhandenen Partner:

[http://www.notinsel.de/notinsel\\_de/standorte/standorte.php?navid=20](http://www.notinsel.de/notinsel_de/standorte/standorte.php?navid=20). So sind bspw. in der baden-württembergischen Stadt Sinsheim bei 35.000 Einwohnern 78 „Notinseln“ registriert, was praktisch dem gesamten Einzelhandel entspricht.

<sup>32</sup> Konsequenterweise spricht die Kinder-Seite der „Notinsel“ dann auch davon, dass man sich seine eigenen „Notinseln“ mit hilfsbereiten Menschen schaffen könne: [http://www.notinsel.de/notinsel\\_de/kinder/notinsel.php?navid=17](http://www.notinsel.de/notinsel_de/kinder/notinsel.php?navid=17).

an der „Notinsel“ wird daher sozial erwartet, sie ist „sozialadäquat“. Auch wenn es bei einer ersten Analyse den Anschein haben mag, so ist mit dieser Teilnahme gerade nicht die Übernahme einer herausragenden, gegenüber anderen Gesellschaftsmitgliedern qualifizierten Schutzpflicht verbunden. Man mag argumentieren, dass mit der Eröffnung eines öffentlichen Raumes durch einen Geschäftsmann eben doch erhöhte Schutzpflichten verknüpft sind. Solche „Verkehrssicherungspflichten“<sup>33</sup> bestehen aber gerade nur für Gefahren, die aus dem Geschäft o. Ä. heraus anderen drohen, nicht für Gefahren, die von außen herein getragen werden. Es gehört nicht zum typischen Berufsbild eines Kaufmanns oder Angestellten, für die Sicherheit minderjähriger Kunden zu sorgen. Das unterscheidet ihn gerade vom Lehrer oder Bademeister, den „Prototypen“ der Beschützergaranten kraft Übernahme.<sup>34</sup> Diese sind sich schon bei Wahl des Berufs bewusst, dass sie eine höhere Schutzverantwortung treffen wird als „normale“ Gesellschaftsmitglieder.

Wenn aber letztlich durch die mittels des Anbringens eines „Notinsel“-Schildes nach außen erkennbare Übernahme einer Schutzpflicht nicht mehr kundgetan wird, als die „Pflicht eines jeden Bürgers“ erfüllen zu wollen, so entspricht dies nicht dem Bild des § 13 StGB. Dieser sieht eine Strafbarkeit vor, wenn die Pflichten des Normadressaten zur Abwendung von Erfolgen gegenüber anderen *gesteigert* sind.<sup>35</sup> Wenn letztlich aber doch nur „Jedermannspflichten“ übernommen werden, die nur aufgrund einer sozialen Erwartung gesondert gekennzeichnet werden, so ist für die massive Strafbarkeitsausdehnung des § 13 StGB kein Raum.

Die Ausscheidung solchen „sozialadäquaten“ oder „berufstypischen“ Verhaltens aus dem Katalog strafbarkeits-

<sup>33</sup> Vgl. zum Begriff *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 13 Rn. 43 sowie zur zivilrechtlichen Seite *Wagner*, in: MüKo-BGB, 5. Auflage (2009), § 823 Rn. 243.

<sup>34</sup> Vgl. Fn. 9 und 10.

<sup>35</sup> Vgl. *Freund*, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 74 ff. und 84.

begründender Vorgehensweisen ist dabei kein Neuland. Im Rahmen der Beihilfe, bspw. des Verkaufs eines Messers an den späteren Mörder, wurden diese ausführlich diskutiert.<sup>36</sup> Die dazu entwickelten Ansätze können auch hier fruchtbar gemacht werden: Wer eine Handlung vornimmt, die nach außen hin zwar wie die Übernahme einer gesteigerten Schutzverpflichtung wirkt, in Wirklichkeit aber nur die Manifestation eines von jedermann zu erwartenden und erwarteten Verhaltens darstellt, begründet damit für sich keine ausreichende Pflichtensteigerung, um in den Geltungsbereich des § 13 StGB einzudringen. Plakativ gesagt: Die Übernahme „sozialadäquater Verantwortung“ mit dem Strafbarkeitsrisiko des § 13 StGB zu sanktionieren, ist schlicht sozial inadäquat und daher nicht geboten.

## V. Zusammenfassung

Betreiber von Geschäften oder ähnlichen Institutionen und deren Angestellte, die das Zeichen der „Notinsel“ anbringen, kommen dadurch nicht in die Gefahr weitreichender Strafbarkeitsrisiken nach § 13 StGB. Für die Übernahme einer Beschützergarantenstellung fehlt es dabei an dem Merkmal einer über das übliche Sozialverhalten hinausgehenden Schutzpflicht.

Dieses Ergebnis ergibt sich daraus, dass bloße „sozialadäquate“ Einstandsbeskündungen aus dem Bereich der Übernahme einer Beschützergarantenpflicht auszuschneiden sind. Dies findet in den von der herrschenden Meinung derzeit vertretenen Voraussetzungen für eine Beschützergarantenstellung nicht ausreichend Rechnung. Es ist des Weiteren nicht auf den geschilderten Fall der „Notinsel“ beschränkt, sondern sollte als allgemeine Erwägung in die diesbezügliche Dogmatik einbezogen werden.

<sup>36</sup> Vgl. nur *Joecks*, in: MüKo-StGB (Fn. 5), § 27 Rn. 41 ff.; *Rackow*, in: BeckOK-StGB, Lexikonbeitrag „Neutrale Handlungen“.

# Wo beginnt die Strafbarkeit desjenigen, der irrtümlich eine „irrtümliche“ Selbstgefährdung ermöglicht?

Anmerkung zu BGH 1 StR 518/08 v. 29. April 2009 (HRRS 2009 Nr. 482); zugleich zur Reichweite von BGHSt 32, 262 und zur Einschränkung bei der Überlassung von Drogen.

Von Prof. Dr. Susanne Walther LL.M., Köln

## I. Sachverhalt

Der 1. Strafsenat des BGH hat in der vorliegenden Entscheidung, die zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen ist, die Revision des Angeklagten, der vom LG Ellwangen u.a. wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) durch Überlassen von Drogen verurteilt worden war, verworfen. Interessanterweise hatte nicht nur die Verteidigung, sondern auch der Generalbundesanwalt beantragt, insoweit die Strafbarkeit entfallen zu lassen.

Der Entscheidung liegt nach den Feststellungen ein einfacher Sachverhalt zugrunde: Der später Verstorbene wollte mit einem Bekannten gemeinsam Kokain konsumieren. Er wandte sich deshalb an den Angeklagten, von dem er wußte, dass man von ihm Kokain erhalten konnte. Der Angeklagte holte aus seinem Vorrat Rauschgift und händigte es den beiden Kunden aus. Ihm war jedoch in diesem Moment nicht bekannt, dass es sich nicht – wie er annahm – um Kokain (oder eine Kokainmischung) handelte, sondern um sehr viel gefährlicheres<sup>1</sup> reines Heroin. Die Ursache für die Fehlannahme des Angeklagten konnte beim Lieferanten des Rauschgifts gelegen haben, oder auf einer Verwechslung bei Herausnahme aus seinem Vorrat beruhen.

## II. Die Entscheidung des 1. Strafsenats

Die Entscheidung des Senats trägt den amtlichen Leitsatz: „Zu der die Art und Zusammensetzung eines Betäubungsmittels betreffenden Sorgfaltspflicht desjenigen, der diese einem anderen unerlaubt zum unmittelbaren Verbrauch überlässt“. Ein Leitsatz zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche bei Ermöglichung einer Selbstgefährdung fehlt indessen, obwohl der Senat Grund dafür gehabt hätte; dies schon deshalb, weil der Generalbun-

desanwalt ins Feld geführt hatte, der Angeklagte habe lediglich an einer vorsätzlichen Selbstgefährdung des Opfers teilgenommen und sich daher nicht nach § 222 StGB strafbar gemacht. Dass die Entscheidung das sogenannte „Prinzip der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung“ betreffen konnte, ergab sich – wie der Generalbundesanwalt vorbrachte – daraus, dass derjenige, der Rauschgift konsumiert, *regelmäßig* ein Risiko eingeht – nämlich dasjenige einer „zu hohen Dosierung“ sowie des Zusichnehmens zusätzlicher unbekannter gesundheitsgefährdender Stoffe.

Dementsprechend geht der 1. Strafsenat auch – allerdings nur cursorisch – auf seine im Jahre 1984 in BGHSt 32, 262 begründete Rechtsprechung ein (jener Fall ist als „Heroin spritzen-Fall“ in die Annalen eingegangen). Daraus wurde unter Verweis auf die „gesetzgeberische Wertentscheidung“ postuliert, dass weder die Selbsttötung noch die Selbstverletzung „tatbestandsmäßig“ sind; weshalb weder Anstiftung noch Beihilfe möglich seien („Teilnahmeargument“). Die Argumentation ging dann weiter dahin, dass aufgrund der „Tatbestandslosigkeit“ auch der Selbstgefährdung – aus Gründen der „Widerspruchsfreiheit des Rechts“ und aufgrund der Wahrung des in §§ 15, 18 StGB zum Ausdruck kommenden „Stufenverhältnisses der Schuldformen“ – deren fahrlässige Mitverursachung in Gestalt von „Veranlassung, Ermöglichung oder Förderung“ nicht strafbar sein könne, sofern die Selbstgefährdung „eigenverantwortlich“ erfolgt („Wertungsargument“).<sup>2</sup> Während das erstgenannte Argument auch der herrschenden Lehre entspricht,<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Zu den spezifischen, extremen Gefahren des Heroinkonsums im Allgemeinen sowie zur gesteigerten Gefährlichkeit von „reinem“ Heroin *Körner*, BtMG (6. Aufl. 2007), Anh. C 1 Teil 11, Rdn. 66f, Rdn. 57.

<sup>2</sup> BGHSt 32, 262, 264; wobei dort ungeklärt geblieben ist, wie die „Eigenverantwortlichkeit“ näher zu definieren sein soll; vgl. zum Streitstand *Lenckner/Eisele*, in *Schönke/Schröder*, StGB (27. Auflage 2006), § 15 Rdn. 167; *Eser aaO*, vor § 211 Rdn. 36 m.w. Nachw., der indessen darauf verweist, dass eher von „Frei“-Verantwortlichkeit gesprochen werden müßte.

<sup>3</sup> S. nur *Eser*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 2), vor § 211 Rdn. 35 m.w.Nachw. Es ist indessen nicht ohne Zweifel; vgl. z.B. die Nachweise bei *Kühl*, in *Lackner/Kühl* (26. Aufl. 2007), vor § 211 Rdn. 10. Zu den Zweifeln auch *Walther*, Eigen-

kann man dies für das „Wertungsargument“ nur noch eingeschränkt behaupten; es wird zunehmend in Frage gestellt.<sup>4</sup> Dem ist hier aber nicht weiter nachzugehen. Festzuhalten ist vielmehr, dass aus BGHSt 32, 262 und den Nachfolgeentscheidungen<sup>5</sup> drei bedeutsame Konsequenzen folgten: Zum ersten wurde die Figur einer „Nichtanwendbarkeit“ von § 222 StGB kreiert, weil in Fällen der „eigenverantwortlichen Selbstgefährdung“ schon gar keine Tat vorliege.<sup>6</sup> Daraus ergab sich – zwanglos – die zweite Konsequenz, dass die „Anwendbarkeit“ des „Prinzips der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung“ von den Gerichten abweichend vom üblichen Prüfungsschema bei Fahrlässigkeitsdelikten vorgängig zu prüfen und auf Sorgfaltspflichtverletzungen gar nicht einzugehen war. Zum dritten folgte schließlich, dass die Strafbarkeit des Mitwirkenden erst dort beginnen konnte, wo er „kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Gefährdende.“<sup>7</sup>

### III. Analyse

Inwieweit der 1. Strafsenat hier noch an diesen Konsequenzen festhält, muß in Frage gestellt werden. Nicht nur, dass schon die Abfassung des Leitsatzes Zweifel erweckt: Die Grundsätze aus BGHSt 32, 262 werden dort in keiner Weise aufgegriffen. Wer anhand von amtlichen Leitsätzen nach einer BGH-Entscheidung zur Eigenverantwortlichkeit sucht, wird die Vorliegende nicht finden. Hinzukommt, dass in den Entscheidungsgründen jene Passage aus BGHSt 32, 262, 265, in der es um den Maß-

verantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung (1991), S. 124 ff.

<sup>4</sup> Zur – noch – h. L. z.B. *Kühl*, Strafrecht AT (6. Aufl. 2008), 4/86 ff.; *Kühl*, in *Lackner/Kühl* (Fn. 3), vor § 211 Rdn. 12, jew. m.w.Nachw.; *Eser* (Fn. 2), vor § 211 Rdn. 35. Für die neuere Lehre z.B. *Lenckner/Eisele* (Fn. 3), im Anschluß an frühere einzelne Stimmen (u.a. *Frisch*, NStZ 1992, 1, 5; *Walther*, [Fn. 3], S. 73 ff., 123 ff.); *Hardtung*, in *MüKo* (1. Aufl. 2003), § 221, Rdn. 21 („nur gefühliges Argument und noch kein „präzises Argument“). Instrukтив auch *Puppe*, in *NK StGB* (2. Aufl. 2005), vor § 13 Rdn. 184; sie meint, dass der Rückgriff speziell auf die Straflosigkeit der vorsätzlichen Suizidbeteiligung (schon im Ansatz) verfehlt sei, weil der Suizid einen „atypischen Fall“ einer Disposition über das eigene Rechtsgut darstelle, „über deren Anerkennung die Rechtsordnung unsicher“ ist; überzeugend erscheint weiter, dass die Selbstgefährdung gegenüber der Selbstverletzung kein Minus, sondern ein Majus sei, „weil die Selbstgefährdung per se noch keine Aufgabe des Interesses am Erhalt des Rechtsguts darstellt“.

<sup>5</sup> Zu denen (was in BGHSt 32, 262 nicht zu entscheiden war) auch Fälle der Überlassung bzw. Abgabe von Drogen zählen; z.B. BGH NStZ 1985, 25 (Stechapfeltee); BGH NStZ 1985, 319 (Heroin); aus neuerer Zeit z.B. BGH NStZ 2001, 205 (Heroin) m. Anm. *Hardtung*.

<sup>6</sup> Für die „Reduktion des Anwendungsbereichs“ von § 222 StGB auch *Jähnke*, in *LK- StGB* (12. Aufl. 2007), § 222 Rdn. 21.

<sup>7</sup> BGHSt 32, 262, 265; so auch die vom 1. Strafsenat vorliegende die in Bezug genommene Entscheidung des 3. Strafsenats in NStZ 1986, 266. Zu der Frage, ob es sich hierbei wirklich um einen Maßstab der Tatherrschaft handelt, s. *Walther* (Fn. 3), S. 171; aaO S. 177 habe ich, im Sinne eines Tatherrschaftsmaßstabs, gefordert dass zu dem überlegenen Risikowissen eine „determinierende Risikoförderung“ hinzukommen müsse.

stab des „Beginnens“ der Strafbarkeit des Beteiligten geht – „überlegenes Sachwissen“ – nicht bekräftigt, sondern schlicht ausgelassen wird. Vielmehr wird nun ein Sorgfaltsmaßstab angelegt. Der Weg dorthin ist freilich alles andere als transparent. Offenbar wollte der 1. Strafsenat die Frage nach der Zukunft von BGHSt 32, 262 irgendwie umschiffen.

Der Senat beginnt mit der Aussage, die Straflosigkeit eines Beteiligten setze voraus, dass der andere sich „frei und eigenverantwortlich gewollt“ gefährdet;<sup>8</sup> und die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses begrenze die Strafbarkeit.<sup>9</sup> Dass es an einem solchen Selbstgefährdungsentschluss fehlt in Fällen einer Intoxikationspsychose oder einem die „Selbstverantwortlichkeit betreffenden Irrtum“<sup>10</sup>, ist sicherlich richtig. Diesbezüglich hätte der 1. Strafsenat indessen eine Gelegenheit gehabt klarzustellen, dass auf solche Sachverhalte die Grundsätze aus BGHSt 32, 262 gar nicht anwendbar sind. Denn jener Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Rechtsgutsträger eine eigenverantwortliche (richtig wohl: freiverantwortliche) Selbstgefährdung „gewollt und bewirkt“ hat<sup>11</sup>; er hat „nur“ das tatsächliche Ausmaß des Risikos verkannt. Von hier aus wäre zu fragen gewesen, ob der vorliegende Sachverhalt der einen oder der anderen Kategorie zuzuordnen war. Im Falle einer fehlenden Freiverantwortlichkeit des *Entschlusses* konnte BGHSt 32, 262 unberührt bleiben. Ist der Fall hingegen als „bloße“ Verkenntung eines (frei verantwortlich eingegangenen) Risikos zu deuten, so wäre vorliegend eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung im Schwange; denn auf der Grundlage „überlegenen Sachwissens“ hätte der Angeklagte ja nicht verurteilt werden können. Für die Einordnung als „Verkenntung des Risikos“ könnte sprechen, dass der Drogenkonsument regelmäßig um ein Grundrisiko weiß. Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, dass der Senat den vorliegenden Sachverhalt – unter dem Begriff des „rechtserheblichen Irrtums“<sup>12</sup> – der Kategorie der Unfreiheit des Selbstgefährdungsentschlusses zugeschlagen hat. Das erscheint richtig. Der tiefere Grund liegt darin, dass die Art des Risikos (reines Heroin) in seiner Gefährlichkeit eine völlig andere war als diejenige, auf die sich der Selbstgefährdungsentschluss des Opfers nur beziehen konnte (Kokain).

Ob die vorliegende Entscheidung folglich nur eine Ausklammerung, keine Abkehr von BGHSt 32, 262 bedeutet erscheint gleichwohl fraglich. Denn der Senat folgt in der

<sup>8</sup> Bezugnahme auf BGH NStZ 1985, 25, 26; BGH NStZ 1985, 319.

<sup>9</sup> Bezugnahme auf *LK-Jähnke* (Fn. 6), § 222, Rdn. 21.

<sup>10</sup> Der 1. Strafsenat verweist hier auf BGH NStZ 1983, 72 und BGH NStZ 1986, 266, 267.

<sup>11</sup> Dass die Grundlegung in BGHSt 32, 262 in Fällen, in denen es bereits an einem *Entschluß zur Selbstgefährdung* fehlt, in sich zusammenfallen muss, ergibt sich daraus, dass es nur dort, wo jemand eine – straflose – („vorsätzliche“) Tat gegen sich selbst“ begeht, Sinn macht (oder machen kann), anhand von Akzessorietätsgrundsätzen einen „straflosen Teilnehmer“ zu kreieren.

<sup>12</sup> *LK-Jähnke* (Fn. 6), § 221 Rdn. 21, auf den der Senat Bezug nimmt, nimmt einen „rechtserheblichen Irrtum“ allerdings nicht nur bei andersartigen Risiken an, sondern generell bei Verkenntung des Risikos.

weiteren Argumentation jenen Literaturstimmen, die mehr oder weniger deutlich eine *Abstandnahme* von BGHSt 32, 262 befürworten. Namentlich wird auf *Jähnke*<sup>13</sup> und *Hardtung* Bezug genommen:<sup>14</sup> *Jähnke* hält zwar im Ausgangspunkt am „überlegenen Sachwissen“ fest, lässt aber dafür schon (was unschlüssig erscheint) das „Erkennen-Können“ (der „Mangelhaftigkeit“ des Entschlusses) ausreichen;<sup>15</sup> und *Hardtung* vertritt, dass die Formel des „überlegenen Sachwissens“ von vornherein nur für die Vorsatzstrafbarkeit stimme, für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aber, „eben weil es nur um einen Fahrlässigkeitsvorwurf geht“, genügen müsse, dass der Mitwirkende „das Risiko bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt besser erfassen kann.“<sup>16</sup> Übrigens ist auch bei *Horn* zu lesen, ob der Standpunkt der Rechtsprechung „nicht der Erweiterung in dem Sinne bedürfe, dass der an dem todbringenden Geschehen Beteiligte, der das Risiko *tatsächlich nicht besser* als der andere erkannt hat, gleichwohl wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen ist, wenn (und weil) er das Risiko *besser* als der andere hätte erfassen müssen und können.“<sup>17</sup> Es bleibt also möglich, dass der 1. Strafsenat hier – durch den Leitsatz verdeckt – doch etwas gesät hat, was möglicherweise später aufgehen soll. Eines steht jedenfalls fest: Dem 1. Strafsenat ist es ersichtlich nicht um dogmatische Stringenz und feinsäuberliche Abgrenzungen gegangen (leider), sondern darum, in einem illegalen, besonders gefährlichen Verkehrskreis wie beim Umgang mit Betäubungsmitteln<sup>18</sup> (und speziell mit Heroin) Sorgfaltspflichten zu begründen, was das „handling“ solcher Mittel angeht. Das ist natürlich bemerkenswert.

#### IV. Lösungsweg auf der Basis des Verantwortungsprinzips – kann BGHSt 32, 262 stehen bleiben?

War dies nun in der Sache richtig? Das ist zu bejahen; doch hätte ein so bedeutsamer Schritt eben doch einer tiefergreifenden Fundierung bedurft. In diesem Rahmen hätten dann auch die soeben genannten Zweifel, ob und inwieweit der 1. Strafsenat BGHSt 32, 262 künftig stehen

lassen will oder nicht, ausgeräumt werden können. Eine solche tiefergreifende Fundierung – und bereichsorientierte Lösung – wäre, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, auf der Grundlage des Verantwortungsprinzips zu finden gewesen.

Dabei geht es um eine vernünftige Abgrenzung von Zuständigkeitsbereichen.<sup>19</sup> Diese vollzieht sich letztlich durch normative Zuweisung. Beim Eingehen von Risiken gilt, dass der Rechtsträger grundsätzlich die Verantwortlichkeit für die Folgen eigenen Handelns trägt. Mag man auch die Herleitungen, die der 1. Strafsenat seinerzeit in BGHSt 32, 262 zugrunde gelegt hat, mit den oben genannten Stimmen kritisieren: Richtig erscheint doch, dass es beim Prinzip der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung<sup>20</sup> – als einer Emanation des Verantwortungsprinzips – um den Aspekt der „Übernahme“ des Risikos der Realisierung der Gefahr durch den sich selbst Gefährdenden geht. Dieses Risiko übernimmt er, soweit er das gefährliche Verhalten in seiner „möglichen Tragweite überblickt“ (BGHSt 32, 262, 265). Diesem Gedanken der „Übernahme“ ist indessen – weil es nicht um etwas vom Rechtsgutsträger tatsächlich (explizit oder konkludent) Erklärtes, sondern um ein normatives Konstrukt geht – immanent, dass er auf der *begründeten Erwartung* einer Übernahme beruht. Wer sich bewußt und gewollt einem in seiner „möglichen Tragweite überblickten“ Risiko aussetzt, von dem kann mit Fug und Recht *erwartet* werden, dass er das Risiko der Realisierung der Gefahr selbst trägt. Insofern werden dann dem Rechtsgutsträger regelmäßig auch Selbstschutzaufgaben zugeschrieben. Eine solche wird man zunächst in dem Sinne annehmen dürfen, dass er möglichen (gesundheitsschädigenden oder tödlich verlaufenden) Weiterungen der eingegangenen Gefahr vorzu beugen hat. Zur „möglichen Tragweite“ des Selbstgefährdungsentschlusses wird man aber auch rechnen müssen, dass der Rechtsgutsinhaber einer Fehleinschätzung des tatsächlichen Risikos unterliegt. Auch hiergegen muss er sich schützen. Freilich kann die dem Rechtsgutsträger zuzuschreibende Verantwortung immer nur soweit reichen, wie er *nach den konkreten Umständen* mit solchen Möglichkeiten zu rechnen hat. Letzteres wird man insoweit annehmen können, als es um die jeweils *typischen* Gefahren geht. Doch worin bestehen diese beim Drogenkonsum? Gewiss erstrecken sie sich darauf, dass – wie auch der Senat festhält – eine Droge „im Rahmen des Üblichen“ einen höheren Wirkstoffgehalt aufweisen oder mit unbekanntem beigemeng-

<sup>13</sup> Oben. Fn. 12.

<sup>14</sup> MüKo-Hardtung (Fn. 4), § 222 Rdn. 22.

<sup>15</sup> LK-Jähnke (Fn. 6) StGB, § 222 Rdn. 21.

<sup>16</sup> MüKo-Hardtung (Fn. 4), § 221 Rdn. 22 (Hervorhebung Original), ders., NSTz 2001, 205 ff., 207; s. auch Herzberg JA 1985, 265, 270; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges (1988), S. 155. Dass man bei Mitwirkung an der Selbstgefährdung entweder auf Fahrlässigkeitsmaßstäbe oder auf ein – über das „überlegene Sachwissen“ hinausgehendes – Kriterium der Tatherrschaft abstellen kann (unter Befürwortung des letzteren) habe ich ausgeführt in Walther (Fn. 3), S. 172 ff.

<sup>17</sup> Horn, in SK-StGB (4. Aufl. 2009), § 212 Rdn. 21a (Hervorhebung Original).

<sup>18</sup> Teilweise wird gefordert, auch bei § 222 StGB das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit von vornherein auszuschalten, und zwar aufgrund übergeordneter Schutzzwecke („Volks-gesundheit“), wie bei § 29 Abs. 3 Nr. 2, § 30 Abs. 1 Ziff. 3 BtMG (BGHSt 37, 179, 181 f.); NK-Puppe (Fn. 4), vor § 13 Rdn. 189 f.; LK-Jähnke (Fn. 6), § 222 Rdn. 21, 11; Hardtung NSTz 2001, 206 ff., 208; zu der weiteren Kontroverse über das Für und Wider insbesondere einer einheitlichen Beurteilung Kühl (Fn. 4), 4/87 m.w.Nachw.

<sup>19</sup> Dazu, dass die Abgrenzung nach diesem Prinzip noch „in den Anfängen“ steckt, s. Kühl (Fn. 4), 4/83 m.w.Nachw.

<sup>20</sup> Nach Jescheck/Weigend, Strafrecht AT (5. Aufl. 1996), ist bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung schon eine Sorgfaltspflichtverletzung ausgeschlossen; auch nach MüKo-Hardtung (Fn. 4), § 222 Rdn. 21 m.w. Nachw., ist die Mitwirkung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung grds. nicht pflichtwidrig ist; nach Lenckner/Eisele, in Schönke/Schröder (Fn. 2), vor § 13 Rdn. 92a liegt keine verbotene Gefahrschaffung vor. Andere ordnen das Prinzip der Kategorie der objektiven Zurechnung zu, vgl. Kühl (Fn. 4), 4/83 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT (37. Aufl. 2007), Rdn. 185 ff.; Zum Prinzip der Eigenverantwortung als „fundamentale rechtliche Ordnungsmaxime“ Cramer/Heine, in Schönke/Schröder (Fn. 2), vor § 25 Rdn. 6 m.w.Nachw.

ten Stoffen versehen sein kann<sup>21</sup> und der Konsument insofern ein Risiko unterschätzt.

Nun ist es allerdings, wie der vorliegende Fall zeigt, auch „möglich“, dass dem Überlassenden bei der Herausnahme aus seinem Vorrat eine Verwechslung unterläuft oder dass der Lieferant diesem statt Kokain reines Heroin geschickt hat. Muss der Konsument illegaler Drogen, weil er sich bewusst einem gefährlichen Milieu aussetzt, auch noch mit solchen extremen Risiken rechnen? Das hätte nach dem oben Gesagten die Konsequenz, dass man ihm zumutete, sich auch gegen solche Gefahren selbst zu schützen. Einmal abgesehen von der Frage, ob sich jedenfalls eine *so weit* gehende Verantwortungszuweisung zu den Wertungen des Betäubungsmittelgesetzes in unauflösliehen Widerspruch setzte:<sup>22</sup> Man kann vom Rechtsgutsinhaber nicht mehr erwarten, als er üblicherweise zu leisten im Stande ist (*nemo ultra posse tenetur*). Wie sollte ein Selbstschutz gegen Verwechslung praktisch aussehen? Der Konsument müsste die ausgehändigte Substanz eingehend prüfen, oder zunächst sehr vorsichtig ausprobieren. Das kann ihm aber – gerade bei den harten Drogen – schon aufgrund der typischen situativen und konstitutionellen Handlungsbedingungen nicht zugemutet werden. Die Schwierigkeiten ergeben sich schon daraus, dass es sich bei Kokain wie bei reinem Heroin um weisses Pulver handelt.<sup>23</sup> Der Erstkonsument wird diese Stoffe nicht unterscheiden können, weil er völlig unerfahren ist. Der Kokainsüchtige nicht, weil er nach dem Stoff verlangt und ihn sich ohne längeres Hinschauen zuführen wird. Diesbezüglich ist auch ein der Eigeninitiative überlassenes vorsichtiges Ausprobieren unrealistisch. Daraus folgt: Der Konsument darf sich zwar nicht darauf verlassen, dass in der ihm überlassenen Droge keinerlei gesundheitsgefährliche Beimischungen enthalten sind oder dass diese keinerlei erhöhten Wirkungsgrad aufweist als erwartet; er darf sich aber darauf verlassen, dass *seiner Art nach* Verlangte und vom Überlassenden – ausdrücklich oder konkludent – auch Zugesagte zu erhalten. Insoweit gilt hier, mag es sich auch um einen illegalen Verkehrskreis handeln, ein Vertrauensgrundsatz. Eben darauf laufen die Gründe des Senats hinaus.<sup>24</sup> Entsprechendes wird man indessen – womit sich der Senat nicht zu befassen brauchte – auch dort sagen müssen, wo es – durch einen atypisch erhöhten Wirkungsgehalt oder durch besonders gefährliche Beimischungen – um ein *ungewöhnlich erhöhtes* Gesundheits- oder Lebensrisiko eines von den Parteien artgerecht eingestuften Betäubungsmittels geht (im Folgenden: fehlerhaftes Produkt). Auch hier erscheint es nicht adäquat, die aus solchen Stoffen resultierenden Gefahren in den Zuständigkeitsbereich des Konsumenten zu verweisen.

Eine Verwechslungsgefahr, wie auch die Gefahr, dass dem Konsumenten ein im hier definierten Sinne fehlerhaftes

<sup>21</sup> HRRS Nr. 482 Rdn. 10.

<sup>22</sup> Zu der Auffassung, dass die (vollständige) Ablehnung des Eigenverantwortlichkeitsprinzips in BGHSt 37, 179 für den Bereich der §§ 29, 30 I Nr. 3 BtMG auch auf § 222 StGB durchschlagen müsse, z.B. NK-Puppe (Fn. 4), vor § 13 Rdn. 189 f.; *Hardtung* NStZ 2001, 208; weitere Nachweise zur Kontroverse bei Kühl (Fn. 4), 4/87 Fn. 230c.

<sup>23</sup> Weiß oder cremefarben; *Körner* (Fn. 1), Anh. C 1 Teil 34, Rdn. 170.

<sup>24</sup> HRRS 2009 Nr. 482, Rdn. 12.

Drogenprodukt ausgehändigt wird, kann nach alledem nur in den Verantwortungsbereich desjenigen fallen, der die Droge überlässt. Aus dieser Zuständigkeitszuweisung folgen dann – mag es auch um einen illegalen Verkehrskreis gehen – ohne weiteres Verkehrspflichten, d.h. Sorgfaltspflichten beim „*handling*“. Es ist daher richtig wenn der Senat dekretiert, dass eine Abwendung des Risikos, im Falle eines tödlichen Verlaufs nach § 222 StGB belangt zu werden, nur unter der Voraussetzung möglich ist, dass der Überlassende Prüfungspflichten wahrgenommen hat. In diesem Punkt bleibt noch anzusprechen, dass der Revisionsführer sich auch nicht hätte hinter das Argument zurückziehen können, er habe seinerseits darauf vertrauen dürfen, dass er die vom Lieferanten bezogene artrichtige Droge erhalten habe (entsprechendes würde für die „fehlerfreie“ Droge gelten). Einen entsprechenden Vertrauensgrundsatz desjenigen, der Drogen bei einem Lieferanten geordert hat, korrekte Produkte zu erhalten<sup>25</sup>, kann es (wozu sich der Senat nicht ausgelassen hat) im Unterschied zum legalen Verkehr hier nicht geben. Denn natürlich existieren im Bereich des illegalen Verkehrs mit Betäubungsmitteln, anders als in legalen Industrien, keine rechtlich normierten Herstellungs-, Vertriebs- und Handelsabläufe, die ein solches Vertrauen des Belieferten rechtfertigen könnten.<sup>26</sup> Deshalb war es im vorliegenden Fall auch irrelevant, ob der Fehler beim Angeklagten oder beim Lieferanten lag.

Ein wesentlicher Punkt – den der Senat bedauerlicherweise gar nicht angesprochen hat – bleibt dann freilich noch ungeklärt: Wie soll die Prüfungspflicht bei der Überlassung von Betäubungsmitteln im Milieu *praktisch* umgesetzt werden? Das Problem des „Könnens“ war ja schon auf der Konsumentenseite angesprochen worden. War das „Können“ dort zu verneinen, so stellen sich die Dinge beim Überlassenden doch in einem etwas anderen Licht dar. Von ihm kann erwartet werden, dass er sich in Stande setzt, Kokain von reinem Heroin zu unterscheiden. Insofern könnte man sagen, dass er sich (soweit das Milieu es zulässt) eine Art Professionalität zulegen muss. Was dabei herauskommt, vermag ich nicht zu beurteilen. Problematisch werden die Dinge gewiss dann, wenn sichere Unterscheidungen nur anhand von Wirkungstests am eigenen Körper möglich sind. Besondere praktische Schwierigkeiten ergeben sich gewiss, wenn man – wie hier – akzeptiert, dass sich eine Prüfungspflicht auch auf die eventuelle Fehlerhaftigkeit eines artgerecht eingestuften Drogenprodukts erstreckt. Denn solche Fehler dürften im Milieu tatsächlich nur durch Ausprobieren aufzudecken sein. Kann aber die damit einhergehende Selbstgefährdung dem Überlassenden von Rechts wegen zugemutet werden? Erwägenswert wäre, die hier auftauchenden Untiefen dadurch zu mildern, dass man nicht praktikable Prüfungspflichten durch Warnpflichten abfängt.<sup>27</sup> Solche Warnpflichten dürften dann allerdings nicht, wie es im legalen Handelsverkehr der Fall ist, erst dann eingreifen, wenn sich eine Verwechslungsgefahr oder eine

<sup>25</sup> Für den legalen Verkehrskreis *Cramer/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 2) § 15 Rdn. 223a,

<sup>26</sup> Zur strafrechtlichen Produkthaftung *Cramer/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 15 Rdn. 223.

<sup>27</sup> Ob man zwar keine Prüfungspflicht, aber eine Warnpflicht bereits im Bereich des üblichen Gefahrenbereichs befürworten sollte sei hier dahingestellt.

Fehlerhaftigkeit des Produkts aufdrängt<sup>28</sup>; sie müssten vielmehr – angesichts der besonderen Gefahren gerade des Heroinkonsums – schon dann einsetzen, wenn derartige Umstände möglich sind. Gleichwohl bleibt die Frage der Adäquität: Sollte derjenige, der harte Drogen übergibt, auch extreme Gefahren über das Medium der Warnung auf den Konsumenten abwälzen dürfen?<sup>29</sup>

Die genannten Praktikabilitätsprobleme zeigen, dass die vom Senat insinuierte Analogie zur Prüfungspflicht von Apothekern und Ärzten zwar im Ansatz, in den Konsequenzen aber doch nur bedingt tragfähig ist. Zwar ist den zu vergleichenden Personengruppen gemeinsam, dass sie von einem Hersteller oder Vertreiber mit Drogen bzw. Medikamenten beliefert werden (und in aller Regel diese Mittel nicht selbst herstellen). Die Prüfungspflicht, die Apotheker und Ärzte bei der Aushändigung gelieferter Medikamente trifft ist indessen vergleichsweise leicht zu erfüllen. Apotheker prüfen, indem sie die Aufschrift des Medikaments nach Art und Stärke mit den Angaben auf dem eingereichten Rezept abgleichen; eventuell auch noch in der Weise, dass die Verpackung geöffnet und der Inhalt inspiziert wird. Ähnlich prüfen Ärzte (in einer Praxis oder Klinik), die ein Medikament an einen Patienten aushändigen, dieses applizieren oder injizieren.

Mit den wie hier beschriebenen Gefahren einer Verkenntung des tatsächlichen Risikos (bzw. mit einem „rechts- erheblichen Irrtum“) hatte es der 1. Strafsenat in BGHSt 32, 262 nicht zu tun; denn damals wusste das spätere Opfer, dass es – wie erwartet – Heroin konsumierte. Dass sich in dem aufgekochten Stoff neben Heroin auch Koffein befand, änderte nichts an der Einschätzung, dass das Opfer die „mögliche“ – nämlich nach Erfahrungsmaßstäben regelmäßig zu erwartende – Tragweite seines Verhaltens überblickte. Folglich bestand damals auch kein Anlass, den Maßstab des „überlegenen Sachwissens“ unter dem Aspekt extremer Gefahren einzuschränken. Eine solche Einschränkung könnte jetzt bzw. künftig – aus dem Verantwortungsprinzip resultierend – (auch in einem Leitsatz) speziell auf den Betäubungsmittelbereich bezogen wie folgt formuliert werden:

<sup>28</sup> Zur Händlerhaftung *Cramer/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 15 Rdn. 224.

<sup>29</sup> Dass die bisherige Rechtsprechung eine solche Abwälzung (hinsichtlich hier sogenannter fehlerhafter Produkte) zulässt zeigt z.B. BGH NSTz 2001, 205 (Heroin).

„[Die Strafbarkeit kann erst dort beginnen, wo der sich Beteiligende kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Gefährdende.] Etwas anderes gilt, wenn jemand einem anderen ein Betäubungsmittel zum Konsum überlässt, das seiner Beschaffenheit nach mit einem anderen, viel gefährlicheren verwechselt werden, oder das durch Beimischung anderer Stoffe oder durch einen gesteigerten Wirkstoffgehalt ungewöhnlich gesundheits- oder lebensgefährlich sein kann. In solchen Fällen beginnt die Strafbarkeit des Beteiligten schon dann, wenn er bei Beachtung seiner Prüfungspflicht das tatsächliche Risiko besser hätte erfassen können. Dass der andere mit dem Konsum von Betäubungsmitteln, wie er weiß, regelmäßig ein Risiko eingeht, kann ihn nicht entlasten (Einschränkung des Prinzips der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung). Kann die Prüfungspflicht nicht oder nicht ausreichend erfüllt werden, so muss der das Mittel Überlassende den Konsumenten entsprechend warnen“.

## V. Resümee

Als Resümee darf festgehalten werden, dass die Entscheidung des 1. Strafsenats in dogmatischer wie in praktischer Hinsicht etliche Fragen aufwirft. Die Herleitung bleibt undeutlich und wenig fundiert; die Konsequenzen erscheinen wenig durchdacht. Was die Herleitung betrifft, so ist es nicht fernliegend, die Frage zu stellen, inwieweit die Rechtsprechung seit BGHSt 32, 262 künftig noch Bestand haben wird. Vermeidbar wäre eine Erschütterung, auf der Grundlage einer Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, durch eine abgezielte Einschränkung des Eigenverantwortlichkeitsprinzips beim Umgang mit Betäubungsmitteln. Hinsichtlich der Konsequenzen ist ersichtlich, dass es dem 1. Strafsenat darum ging, in diesem illegalen Verkehrskreis, der eine ganze Gesellschaftsschicht bedroht, mit der Etablierung von Sorgfaltspflichten beim „handling“ Neuland zu betreten. Solche Pflichten sollten sich indessen – über Verwechslungsgefahren hinaus – auch dort eingreifen, wo Fehleinschätzungen bezüglich atypischer Wirkstoffgehalte oder Beimischungen entstehen können. Hier wie dort streitet für den Konsumenten ein Vertrauensgrundsatz; für denjenigen, der Drogen überlässt, nicht. Der abschließende Befund lautet: Auch in einem illegalen Verkehrskreis kann es (sogar dringende) Reglementierungsbedürfnisse geben.

# Neues zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens

Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 17. Juli 2009 – 5 StR 394/08 = HRRS 2009 Nr. 718

Von Rechtsanwalt Dr. Marcus Mosiek, Düsseldorf\*

## 1. Einführung

Der 5. Strafsenat des BGH hat sich in seinem Urteil vom 17. Juli 2009 („Berliner Stadtreinigungsbetriebe“) erstmals zur strafrechtlichen Haftung des *Compliance Officers* geäußert und hierzu – in einem *obiter dictum* – festgestellt, dass diesen als Kehrseite seiner gegenüber dem Unternehmen übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden, die (Garanten-)Pflicht treffe, im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Angesichts ihrer großen Relevanz für die Rechtsstellung des *Compliance Officers* ist diese Komponente der Entscheidung innerhalb kürzester Zeit zum Gegenstand gleich mehrerer Besprechungen geworden.<sup>1</sup> Weitere Abhandlungen hierzu werden folgen.<sup>2</sup>

Die Entscheidung ist aber auch unter einem weiteren Gesichtspunkt, der bislang unberücksichtigt geblieben ist, von grundlegender Bedeutung: So ist durch den BGH ausdrücklich festgestellt worden, dass der Vermögensnachteil bei der Untreue „unmittelbar“ sein, also ohne weitere Zwischenschritte aus der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch den Täter folgen muss. Der Senat ist hiervon ausgehend zu dem Ergebnis gekommen, dass das Risiko der Inanspruchnahme auf Schadensersatz und Prozesskosten nach Begehung einer Straftat (*in casu*: eines Betruges) einen (Gefährdungs-)Schaden nicht begründen kann, weil eine solche Inanspruchnahme „mit der Aufdeckung der Tat einen Zwischenschritt voraus(setzt)“, der zudem nicht Teil des „vom Täter verwirklichten Tatplans“ sei. Nicht unmittelbare Schäden seien von § 266 StGB nicht erfasst.<sup>3</sup>

\* Der Autor ist Partner der Kanzlei *Thomas Deckers Wehnert Elsner (tdwe)* in Düsseldorf. Er widmet den Beitrag Herrn Dipl.-Volkswirt Prof. *Wolfgang Schulhoff*, Präsident der Handwerkskammer Düsseldorf und MdB a.D., zum 70. Geburtstag. Für die kritische Durchsicht des Manuskriptes dankt der Autor Herrn Rechtsanwalt Dr. *Jan Schlösser*, Berlin.

<sup>1</sup> Vgl. *Grau/Blechsmidt* DB 2009, 2145 f.; *Wybitul* BB 2009, 2263 f.; *Grützner* NJW-Editorial, Heft 43/2009; *Stoffers* NJW 2009, 3176 f.; *Korts* BankPraktiker 2009, 448.

<sup>2</sup> Vgl. *Thomas* CCZ 2009, 239 f. (im Erscheinen).

<sup>3</sup> Vgl. auch die vom Senat in Bezug genommene Kommentierung von *Fischer* (Mitglied des 2. Strafsenats des BGH),

## 2. BGH versus OLG Hamm

Der 5. Strafsenat hat mit der Anerkennung des Unmittelbarkeitserfordernisses für die höchstrichterliche Rechtsprechung Neuland betreten. Dass der Vermögensnachteil bei der Untreue – parallel zum Betrug – unmittelbar aus der Pflichtverletzung resultieren muss, ist bislang durch den BGH noch nicht entschieden worden.<sup>4</sup> Soweit ersichtlich, hat die Thematik in der Rechtsprechung eine Befassung allein durch das OLG Hamm erfahren, das in einem – in der hier zu besprechenden Entscheidung unerwähnt gebliebenen – Beschluss aus dem Jahr 1981 die abweichende Auffassung vertrat, der Begriff der Unmittelbarkeit sei „dem Recht der Untreue fremd“. Bei der Unmittelbarkeit handele es sich vielmehr um ein – so das OLG wörtlich – „außerhalb des Begriffes des Vermögensschadens liegendes spezifisches Erfordernis des Betrugstatbestandes, das den Zusammenhang zwischen der Vermögensverfügung und dem Vermögensschaden herstellt“.<sup>5</sup> Da nach Auffassung des OLG Hamm letztlich jede durch eine pflichtwidrige Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße einen Untreueschaden begründen können soll, hat es in seiner Entscheidung auch die durch pflichtwidriges Verhalten ausgelöste verwaltungsgerichtliche Festsetzung von Ordnungsgeldern zu Lasten des Geschäftsherrn als tatbestandsrelevante Vermögensminderung angesehen.

Dass die Ansicht des OLG Hamm kaum überzeugend ist, hat bereits *Seier* unter Hinweis auf die systematische Nähe des Untreuetatbestandes zum Betrugstatbestand, die neuerdings auch durch die gemeinsamen Regelbeispiele zum Ausdruck gebracht werde, zutreffend herausgearbeitet. Es komme hinzu, so *Seier* weiter, dass Vermögenszuflüsse als Kompensationsgrößen bei der Schadensbestimmung anerkanntermaßen nur dann Berück-

Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. (2009), § 266 Rn. 55: „Nur mittelbar verursachte Vermögensnachteile sind von § 266 StGB nicht erfasst“.

<sup>4</sup> Ebenso *Seier* in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. (2008), V 2 Rn. 203; *Saliger* in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch* (2009), § 266 Rn. 62; *Gerkau*, *Untreue und objektive Zurechnung* (2008), S. 229.

<sup>5</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1982, 192.

sichtigung finden, wenn sie unmittelbar auf das Täterhandeln zurückgehen. Was hierfür gilt, müsse folgerichtig Geltung auch für die Verlustseite beanspruchen.<sup>6</sup> Auch dieses Argument vermag zu überzeugen. Denn es ist in der Tat nicht zu begründen, warum nur unmittelbare Vorteile kompensationsstauiglich sein sollen, während mittelbare Wertminderungen zu Lasten des Beschuldigten berücksichtigt werden dürfen.<sup>7</sup> Hiervon scheint nunmehr auch der BGH auszugehen, wenn er zur Begründung des Erfordernisses der Unmittelbarkeit die Entscheidung BGH NStZ 1986, 455, 456 zitiert, die sich zur Kompensationsstauigkeit nur (unmittelbar) aus der pflichtwidrigen Handlung selbst ergebender Vermögensvorteile verhält.

### 3. Betroffene Bedeutungsebenen der Unmittelbarkeit

Hervorzuheben ist, dass die Ausführungen des BGH zum Nichtvorliegen eines unmittelbaren Schadens trotz Inanspruchnahmerisikos nach Begehung und Entdeckung einer Straftat der Sache nach verschiedene Bedeutungsebenen<sup>8</sup> der Unmittelbarkeit betreffen. Erfasst ist zum einen die Relevanz der Unmittelbarkeit für die Nachteilsseite der Saldierung. Da vorliegend im Rahmen der Saldierung zu bewerten war, ob und inwieweit der Gefahr einer Inanspruchnahme nach Entdeckung der Straftat Schadenspotential beizumessen ist, betrifft das Urteil darüber hinaus aber auch die Unmittelbarkeit als Konkretisierungskriterium für die schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung.

### 4. Folgen der Entscheidung

Folgt man der Auffassung des 5. Strafsenats, dürfte jedenfalls bei Sachverhalten, in denen es – wie in der hier zu besprechenden Entscheidung – um die Auslösung von Schadensersatzansprüchen geht, ebenso aber auch bei vergleichbaren Sachverhalten, die die erlangte Bereicherung übersteigende Sanktionen wie etwa Verfall (§§ 73 ff. StGB) oder Unternehmensgeldbußen nach § 30 OWiG betreffen, ein (Gefährdungs-)Schaden mangels Unmittelbarkeit nicht (mehr) angenommen werden können.<sup>9</sup> Als nicht vom Tatplan erfasster „Zwischenschritt“ soll vielmehr bereits die Aufdeckung<sup>10</sup> der Anknüpfungstat, die

<sup>6</sup> Vgl. Seier a.a.O. (Fn. 4), V 2 Rn. 203 f.

<sup>7</sup> So Saliger a.a.O. (Fn. 4), § 266, unter Hinweis auf die „Strafgerechtigkeit“ (Rn. 62) und das „Gebot der Symmetrie auf Vorteils- und Nachteilsseite“ (Rn. 75).

<sup>8</sup> Vgl. hierzu ausführlich und grundlegend Saliger a.a.O. (Fn. 4), § 266 Rn. 84.

<sup>9</sup> Zum Stand der bisherigen Diskussion vgl. Saliger a.a.O. (Fn. 4), § 266 Rn. 75; Jäger in: Festschrift für Otto (2007), S. 593 ff.; Weber in: Festschrift für Seebode (2008), S. 437 ff.

<sup>10</sup> Pointiert auch Ransiek NJW 2008, 1727, 1729 zur Kanther-Entscheidung des BGH (HRRS 2007 Nr. 2): „Sämtliche Ansprüche auf Rückzahlung der Parteifinanzierung setzten voraus, dass alles ‚aufflog‘, dass das geheime Parteivermögen aufgespürt und die Sache öffentlich wurde. Darüber, ob das in der Zukunft geschehen würde, ließ sich zum Tatzeitpunkt nur spekulieren, das war so ungewiss, dass vor Aufdeckung der ‚schwarzen Kasse‘ die danach eventuell (in nicht bekannter Höhe) drohenden Rückforderungen noch

einer Entscheidung über die Inanspruchnahme oder Sanktionierung und deren Umsetzung denknotwendig vorauszugehen hat, einen unmittelbaren Schaden ausschließen.

### 5. Praktikabilität des BGH-Ansatzes

Die Lösung des BGH – Nichtvorliegen eines für den Untretuetatbestand erforderlichen unmittelbaren Schadens im Hinblick auf den notwendigen „Zwischenschritt“ der Tataufdeckung – ist bestechend einfach und praktikabel. Schließt man sich ihr an, kann es insbesondere nicht (mehr) darauf ankommen, ob – worauf insbesondere Saliger<sup>11</sup> und wohl auch Dierlamm<sup>12</sup> im Rahmen der Diskussion um die Konkretisierung des Gefährdungsschadens abstellen – der Anspruchsteller oder die Sanktionsinstanz über die Geltendmachung von Ansprüchen oder die Verhängung von Sanktionen frei entscheiden kann (dann kein unmittelbarer Schaden) oder diesbezüglich in einer Weise gebunden ist, dass die Geltendmachung eines Anspruchs oder die Verhängung einer Sanktion gleichsam vorgezeichnet („materiell self-executing“<sup>13</sup>) ist (dann unmittelbarer Schaden). Oder anders gewendet: Der in der Praxis zumeist weiter aufklärungsbedürftige Entscheidungsprozess über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen oder die Verhängung von Sanktionen wird, da er dem für sich genommen bereits unmittelbarkeitsausschließenden „Zwischenschritt“ der Tataufdeckung erst nachfolgt, als möglicher Maßstab für die Bestimmung der Unmittelbarkeit des Untretuschadens entwertet.

### 6. Offene Fragen

Offen bleibt, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang der Senat die Unmittelbarkeit jenseits der entschiedenen Sachverhaltskonstellation als Konkretisierungskriterium für die schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung installieren und deren Relevanz für die Nachteilsseite der Saldierung anerkennen wollte. Die ebenso kurz wie allgemein gehaltenen Ausführungen des Gerichts lassen insoweit interpretatorischen Spielraum. Dass im Hinblick auf die Straflosigkeit des Versuchs bei der Untreue sowie die gesetzliche Ausgestaltung des § 266 StGB als Verletzungsdelikt (nicht als Gefährdungsdelikt) eine Begrenzung des Instituts der schadensgleichen Vermögensgefährdung unter Bestimmtheitsgesichtspunkten (Art. 103 Abs. 2 GG) zwingend erforderlich ist<sup>14</sup> und sich insoweit der Rückgriff auf das – im objektiven Tatbestand angesiedelte – Unmittelbarkeitsprinzip anbietet, ist in der Wissenschaft bereits ausführlich und überzeugend begründet

nicht als bereits eingetretene Vermögensminderung angesehen werden können – es gab nur ein Risiko, aber noch keine Vermögenseinbuße.“

<sup>11</sup> Vgl. Saliger a.a.O. (Fn. 4), § 266 Rn. 71, 75.

<sup>12</sup> Vgl. Dierlamm in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4 (2006), § 266 Rn. 198, 218.

<sup>13</sup> Begriffswahl nach Saliger a.a.O. (Fn. 4), § 266 Rn. 71, 75.

<sup>14</sup> Vgl. auch BVerfG NStZ 2009, 560 ff., 561 f. = wistra 2009, 385 ff., 388 = HRRS 2009 Nr. 558.

worden.<sup>15</sup> Die theoretischen Grundlagen für eine weitergehende Anerkennung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch den BGH sind also gelegt.

## 7. Fazit

Zusammenfassend: Die nicht nur für die Wissenschaft, sondern insbesondere auch für die Praxis bedeutsamen Ausführungen des 5. Strafsenats zur Unmittelbarkeit des Untretreschadens leisten einen wichtigen Beitrag zur

<sup>15</sup> Vgl. *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht (2005), S. 128 ff.; *derselbe* a.a.O. (Fn. 4), § 266 Rn. 66 ff. und 70 f.; *Seier* a.a.O. (Fn. 4), V 2 Rn. 203 ff.; *Gerkau* a.a.O. (Fn. 4), S. 213 ff.; *Dierlamm* a.a.O. (Fn. 12), § 266 Rn. 195 ff.; *Matt* NJW 2005, 389, 391; *Haft* NJW 1996, 238; siehe auch *Thomas* in: *Volk* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (2006), § 17 Rn. 126; *Schlösser/Dörfler* wistra 2007, 326 ff., 333; zum sogenannten „funktionalen Zusammenhang“, der von dem vorliegend interessierenden „Unmittelbarkeitszusammenhang“ streng abzugrenzen ist, den Untretretatbestand aber ebenfalls einschränkt, vgl. *Lenckner/Perron* in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. (2006), § 266 Rn. 23; *Mosiek* wistra 2003, 370 ff., 373 f.

dringend erforderlichen Restriktion der Untretreue auf der Ebene des objektiven Tatbestandes.<sup>16</sup> Die Entscheidung wird die Diskussion nachhaltig beeinflussen, zumal sie in bemerkenswerter Weise von der ansonsten eher extensiven Rechtsprechung des BGH zum Untretreschaden durch Auslösen von Ersatzansprüchen und Sanktionen<sup>17</sup> abweicht. Hält der Senat an seiner Rechtsauffassung fest, könnte in Zukunft sogar ein Vorlageverfahren nach § 132 GVG unausweichlich werden. Mit großer Spannung bleibt abzuwarten, ob sich – bezogen auf das Unmittelbarkeitserfordernis – die Äußerung *Fischers* auf der Strafrechtslehrertagung 2007 bewahrheitet, dass sich beim BGH wohl die Ansicht durchsetze, dass der Untretretatbestand restriktiv auszulegen und es Aufgabe der Rechtsprechung sei, die ausgefertigten Grenzen fallgruppenorientiert behutsam wieder enger zu bestimmen.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Zu Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung vgl. *Saliger* HRRS 2006, 11 ff.

<sup>17</sup> Vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei *Saliger* a.a.O. (Fn. 4), § 266 StGB Rn. 75.

<sup>18</sup> So die Wiedergabe der Äußerung des BGH-Richters *Fischer* durch *Beckemper* ZStW 119 (2007), 959 ff., 984.

Aufsätze und Anmerkungen

# Die neue Unübersichtlichkeit – Die Rechtsprechung des BGH zum nachträglichen Rechtsschutz gegen verdeckte Ermittlungsmaßnahmen

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Boris Burghardt, Berlin\*

Zum 1.1.2008 ist das „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ in Kraft getreten. Erklärtes Ziel des Gesetzes war eine Harmonisierung der „verfahrensrechtlichen Voraussetzungen und grundrechtssichernden Ausgestaltungen der verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen“.<sup>1</sup> Der genannte Regelungsbereich sollte dadurch „insgesamt übersichtlicher und rechtsstaatlichen Geboten entsprechend“ gestaltet werden.<sup>2</sup> Zu diesem Vorhaben gehörte auch die Einführung eines neuen Rechtsbehelfs zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit aller heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in § 101 Abs. 7 StPO. Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens

wurden Zweifel laut, ob der vorgelegte Gesetzesentwurf die eigenen Zielvorgaben würde erfüllen können.<sup>3</sup> Inzwischen sind drei Entscheidungen des BGH zum neu gestalteten Rechtsschutz gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen ergangen. Sie belegen eindrucksvoll, wie berechtigt die Bedenken waren. Die Rechtslage präsentiert sich dem Rechtsschutzsuchenden inzwischen unübersichtlicher denn je. Der Beitrag analysiert die Entscheidungen des BGH und versucht, Antworten auf die wichtigsten Fragen zu finden.

## I. Einleitung

Der Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren ist in der StPO seit jeher lediglich lückenhaft geregelt. Zudem setzte die strafgerichtliche Praxis

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ulf Buermeyer und Julia Geneuss dankt er für wertvolle Hinweise zu einer früheren Fassung des Beitrags.

<sup>1</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/5846, 2.

<sup>2</sup> A.a.O. (Fn. 1), 2.

<sup>3</sup> Vgl. *Glaser/Gedeon* GA 2007, 415 ff.

vor eine Überprüfung lange Zeit hohe Hürden.<sup>4</sup> Erst langsam entwickelte sich normatives Problembewusstsein, das schließlich zum Umdenken beim Bundesverfassungsgericht führte.<sup>5</sup> Im Zentrum stand dabei die Aussage, dass es sich bei den Ermittlungsmaßnahmen im Rahmen des Vorverfahrens um eigenständige Eingriffe in die Rechtspositionen der Betroffenen handele, nicht allein um Mittel der innerprozessualen Beweisgewinnung. Die Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen müsse daher im Lichte von Art. 19 Abs. 4 GG – auch nachträglich – richterlich überprüfbar sein, wenn die Zwangsmittel eine gewisse Grundrechtsrelevanz aufweisen.<sup>6</sup>

Wie ernst diese Justizgewährungspflicht zu nehmen ist, darüber herrscht seither allerdings ein Streit zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Normativität und Praxis.<sup>7</sup> Nach einigen Jahren, in denen die Fachgerichte eingedenk der verfassungsgerichtlichen Leitsätze an der Etablierung eines Kontrollsystems mitwirkten,<sup>8</sup> ließ sich zuletzt ein gewisser „Roll-back“ feststellen. Die Prüfungsintensität sank erneut, dem Betroffenen wurde die Überprüfung unter Berufung auf die Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten versagt.<sup>9</sup> Wie tief darunter der Abgrund der Ermittlungsrealität klappte, vermochten auch Kriminologen nur ausschnittsweise zu berichten.<sup>10</sup>

In dieser Situation entschloss sich der Gesetzgeber zu einer Neuregelung und führte als einheitlichen Rechtsbehelf für heimliche Ermittlungsmaßnahmen den Antrag auf Überprüfung gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO ein. Regelungstechnisch orientierte er sich dabei an der nun gestrichenen Spezialregelung in § 100d Abs. 10 Satz 4 StPO a.F.<sup>11</sup> § 101 Abs. 7 StPO sieht vor, dass der von einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme Betroffene die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und der Art und Weise des Vollzugs der Maßnahme durch den *iudex a quo* bzw. durch das Gericht am Sitz der die Maßnahme ausnahmsweise anordnenden Staatsanwaltschaft (im Folgenden:

<sup>4</sup> Zu dieser restriktiven Praxis der Fachgerichte vgl. BGHSt 28, 57, 58; BGHSt 37, 79, 84. Zusammenfassend Amelung, in *Roxin/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft (2000), S. 911 ff.

<sup>5</sup> Die Leitentscheidung findet sich in BVerfGE 96, 27. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Linie konkretisiert in BVerfGE 96, 44; BVerfG NJW 1998, 2131; BVerfG NJW 1999, 273; BVerfG NJW 2000, 1401; BVerfGE 104, 220, 233; BVerfG NStZ-RR 2004, 252, 253 (= HRRS 2004 Nr. 350); BVerfG NJW 2005, 1855 (= HRRS 2005 Nr. 214); BVerfGE 109, 279, 371 ff. (= HRRS 2004, Nr. 170); BVerfG StraFo 2006, 20; BVerfG NJW 2007, 1345 (= HRRS 2007 Nr. 200).

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 96, 27, 42.

<sup>7</sup> Einen guten Überblick über die Rolle der Fachgerichte gibt LR-Schäfer, StPO, 25. Aufl. (Stand: 1.10.2003), § 105 Rn. 79 ff. Zur sozialpsychologischen Dimension dieser Fragen vgl. Zöllner StraFo 2008, 15, 16 f.

<sup>8</sup> Vgl. insbesondere BGHSt 44, 171; BGHSt 44, 265; BGHSt 45, 183; BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 2 = BGH StV 2000, 537; BGHR StPO § 98 Abs. 2 Bestätigung 1 = BGH NStZ 2000, 154.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2007, 349. Zu diesen Restriktionstendenzen *Meyer/Rettenmaier* NJW 2009, 1239 f.

<sup>10</sup> Vgl. z.B. *Singelstein* MschrKrim 2003, 1 ff.

<sup>11</sup> Zu § 100d Abs. 10 StPO vgl. OLG Frankfurt, NStZ-RR 2006, 44 ff.; *Löffelmann* 118 ZStW (2006), 358, 368 f.; *Meyer-Gößner*, StPO, 50. Aufl. (2007), § 100d Rn. 13.

Maßnahmegericht) beantragen kann. Dieser Antrag ist ausdrücklich auch nach Beendigung der Maßnahme statthaft. Es bedarf in diesem Fall auch nicht des Nachweises eines besonderen, fortdauernden Rechtsschutzbedürfnisses. Allerdings sieht § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO eine Ausschlussfrist von zwei Wochen ab Benachrichtigung des Betroffenen von der heimlichen Maßnahme vor. Gemäß § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO kann gegen die Entscheidung über den Antrag sofortige Beschwerde erhoben werden. Eine Zuständigkeit und Verfahren modifizierende Regelung findet sich zudem in § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO. Danach ist nach Anklageerhebung und Benachrichtigung des Angeklagten das in der Hauptsache befassende Gericht zur Entscheidung über den Antrag des Betroffenen zuständig. Diese Entscheidung soll dann „in der das Verfahren abschließenden Entscheidung“ erfolgen.

## II. Die Rechtsprechung des BGH

Innerhalb kurzer Zeit wurde die Neuregelung Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Inzwischen hat der BGH bereits in drei Beschlüssen Stellung zu dem Rechtsbehelf gemäß § 101 Abs. 7 StPO beziehen müssen. Entscheidende und – wie zu zeigen sein wird – wenig überzeugende Weichenstellungen hat der BGH dabei in seiner ersten einschlägigen Entscheidung vom 8. Oktober 2008 vorgenommen. Die nachfolgenden Beschlüsse vom 22. Januar 2009 und vom 23. Juni 2009 lesen sich in Teilen bereits als Versuch der Korrektur jener ersten Entscheidung.

### 1. Der Beschluss vom 8. Oktober 2008 (BGH StB 12-15/08)

Der BGH stellte zunächst fest, dass es sich bei § 101 StPO um eine abschließende Sonderregelung handele. Der Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO verdränge daher „jedenfalls für bereits beendete Maßnahmen“ den Rechtsbehelf der Beschwerde ebenso wie den Rechtsschutz gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO analog.<sup>12</sup> Der BGH begründete dies mit systematischen Erwägungen: Stünden dem Betroffenen zugleich auch die üblichen, unbefristeten Rechtsbehelfe zur Verfügung, so liefe die Fristenregelung gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO leer. Ein unbefristeter Rechtsbehelf lasse sich auch mit der Lösungsregelung gemäß § 101 Abs. 8 StPO nicht vereinbaren. Schließlich widerspreche ein Nebeneinander verschiedener Rechtsbehelfe mit den entsprechenden Abgrenzungsproblemen dem gesetzgeberischen Ziel, ein „harmonisches Gesamtsystem“<sup>13</sup> der strafprozessualen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen zu schaffen.<sup>14</sup> Überdies finden sich Ausführungen zum Zuständigkeitswechsel nach Anklageerhebung gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO. Die Entscheidungszuständigkeit gehe auch dann vom die Ermittlungsmaßnahme anordnenden Gericht auf das Gericht der Hauptsache über, wenn die nachträgliche Überprüfung der Maßnahme nicht von einem Beschuldigten oder Angeklagten, sondern von

<sup>12</sup> BGH StR 12-15/08, Beschluss v. 8. Oktober 2008, Rn. 6 ff.

<sup>13</sup> Siehe BT-Drucks. (Fn. 1), 91.

<sup>14</sup> BGH (Fn. 12), Rn. 8.

Drittbetroffenen begehrt werde.<sup>15</sup> Ebenso wenig spreche gegen einen Wechsel der Zuständigkeit der Umstand, dass lediglich gegen einige der Beschuldigten Anklage erhoben worden sei, während das Ermittlungsverfahren gegen andere Beschuldigte noch fort dauere.<sup>16</sup> Schließlich werde der Übergang der Entscheidungsbefugnis auch nicht dadurch gehindert, dass sowohl der Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO als auch die sofortige Beschwerde gemäß § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO bereits vor Anklageerhebung eingelegt werden. Zur Begründung berief sich der BGH zum einen auf § 162 StPO. Der Vorschrift sei zu entnehmen, dass jedwede Kompetenz des Ermittlungsrichters mit der Anklageerhebung ende und auf das in der Hauptsache erkennende Gericht übergehe.<sup>17</sup> Zum anderen greife der § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO zugrunde liegende Rechtsgedanke, divergierende Entscheidungen verschiedener Gerichte über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu vermeiden, auch in diesen Verfahrenskonstellationen.<sup>18</sup>

## 2. Der Beschluss vom 22. Januar 2009 (BGH StB 24/08)

In seinem Beschluss vom 22. Januar 2009 hatte der BGH sich erneut mit der Frage des Zuständigkeitswechsels nach Anklageerhebung gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO auseinanderzusetzen. Der BGH vertrat die Ansicht, dass die Entscheidungszuständigkeit vom Ermittlungsrichter auf das Gericht der Hauptsache dann nicht übergehe, wenn die Gefahr divergierender Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit der beanstandeten Maßnahmen bei fort dauernder Zuständigkeit des Ermittlungsrichters ausgeschlossen sei.<sup>19</sup> Dies sei der Fall, wenn die im Rahmen dieser Maßnahmen gewonnen Erkenntnisse im Hauptsacheverfahren keine Bedeutung erlangen könnten. Anzunehmen sei dies beispielsweise, wenn das Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden sei und die beanstandeten Ermittlungsmaßnahmen ausschließlich den Betroffenen berührt hätten.<sup>20</sup>

## 3. Der Beschluss vom 24. Juni 2009 (4 StR 188/09)

In seinem dritten einschlägigen Beschluss befasste sich der BGH schließlich mit der Frage, in welcher Weise weiterer Rechtsschutz gegen die Entscheidung über den Antrag der Feststellung der Rechtswidrigkeit erlangt werden könne. Statthaft sei in diesem Fall stets die sofortige Beschwerde gem. § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO. Dies gelte auch dann, wenn das Hauptsachegericht über die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahmen gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO „in der das Verfahren abschließenden Entscheidung“, also insbesondere im Wege des

Urteils, befunden habe.<sup>21</sup> § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO sei nämlich allein die Regelung der erstinstanzlichen Zuständigkeit für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit heimlicher Ermittlungsmaßnahmen zu entnehmen. Aus der Vorschrift ergebe sich dagegen nicht, dass der Betroffene mit dem Zuständigkeitswechsel die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde gegen diese Entscheidung verlieren solle. Die Möglichkeit, sofortige Beschwerde einzulegen, sei auch aus Gleichbehandlungsgründen geboten.<sup>22</sup>

Eine Revision komme dagegen nur im Hinblick auf die Hauptsacheentscheidung in Betracht. Selbst wenn die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme im Rahmen des Urteils erfolge, könne diese im Wege der Revision nur insofern angegriffen werden, als das Urteil in der Hauptsache auf der (Nicht-)Verwertung der mittels der beanstandeten Ermittlungsmaßnahme erlangten Beweismittel beruhe. Eine weitergehende Überprüfung der Rechtmäßigkeit heimlicher Ermittlungsmaßnahmen im Wege der Revision sei mit der Systematik des Revisionsrechts nicht vereinbar.<sup>23</sup>

Zuständig für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde seien nicht die Revisionsgerichte, sondern die Beschwerdegerichte. Richte sich die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung einer Strafkammer, sei daher nicht der BGH, sondern gem. §§ 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG i.V.m. § 135 Abs. 2 GVG das Oberlandesgericht zur Entscheidung berufen.<sup>24</sup>

## III. Anmerkungen und Kritik

Drei in den Entscheidungen des BGH behandelte Probleme sollen im Folgenden näher betrachtet werden: Das Verhältnis des neu geschaffenen § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO zu den bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten gemäß §§ 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (analog), 304 ff. StPO (dazu 1.), der Zuständigkeitswechsel gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO (dazu 2.) und die Frage des statthaften Rechtsbehelfs gegen die gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO ergangene Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme durch das Gericht der Hauptsache (dazu 3.).

### 1. § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO als exklusiver Rechtsbehelf?

Zu der Frage, ob § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO als exklusiver Rechtsbehelf Beschwerde und Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO verdrängt, lassen sich drei Argumente formulieren: ein systematisches, ein historisches und ein teleologisches.

<sup>21</sup> BGH 4 StR 188/09, Beschluss v. 24. Juni 2009 (= HRRS 2009 Nr. 863), Rn. 13 ff.

<sup>22</sup> BGH (Fn. 21), Rn. 15.

<sup>23</sup> BGH (Fn. 21), Rn. 16 f.

<sup>24</sup> BGH (Fn. 21), Rn. 19.

<sup>15</sup> BGH (Fn. 12), Rn. 12.

<sup>16</sup> BGH (Fn. 12), Rn. 13.

<sup>17</sup> BGH (Fn. 12), Rn. 11.

<sup>18</sup> BGH (Fn. 12), Rn. 14.

<sup>19</sup> BGH StB 24/08, Beschluss v. 22. Januar 2009 (= HRRS 2009 Nr. 413), Rn. 4.

<sup>20</sup> BGH (Fn. 19), Rn. 5.

### a) Das systematische Argument: Friktionen in der Ausgestaltung der Rechtsbehelfe

Ausgangspunkt der Argumentation des BGH ist die Feststellung, dass sich die Ausgestaltung des Rechtsbehelfs gemäß § 101 Abs. 7 StPO nicht ohne weiteres mit den Rechtsbehelfen gemäß §§ 98 Abs. 2 Satz 2, 304 ff. StPO vereinbaren lässt. Dieser Feststellung ist zuzustimmen.<sup>25</sup> Der BGH nennt selbst die augenfälligsten Divergenzen: Anders als Beschwerde und Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO ist der Rechtsbehelf gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO befristet. Und: Das Gebot der unverzüglichen Löschung, wenn die durch die Ermittlungsmaßnahme erlangten personenbezogenen Daten nicht mehr zur Strafverfolgung und für die gerichtliche Überprüfung der Maßnahme erforderlich sind, passt schlecht zum Bestehen unbefristeter Rechtsbehelfe. Darüber hinaus drohen bei einem Nebeneinander von Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO und Beschwerde parallele Rechtsbehelfsverfahren, die zu unterschiedlichen Entscheidungen über denselben Entscheidungsgegenstand führen, nämlich einerseits durch das für die Anordnung der Maßnahme zuständige Gericht und andererseits durch das Beschwerdegericht.

Erstaunlich ist nun, dass der BGH offenbar der Ansicht ist, aus diesem Befund ergebe sich bereits die Lösung. Das ist ein Fehlschluss. Mit der Feststellung, dass Friktionen in der Ausgestaltung der unterschiedlichen, *prima facie* einschlägigen Rechtsbehelfe bestehen, ist die Frage, wie mit diesen Friktionen umzugehen ist, selbstverständlich noch nicht beantwortet. Exklusivität des Rechtsbehelfs gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO stellt nur eine Möglichkeit zur Auflösung des Spannungsverhältnisses dar. Denkbar ist darüber hinaus, dass sich Unstimmigkeiten im Wege einer harmonisierenden Auslegung auflösen lassen. Schließlich könnte dem Rechtsschutzsuchenden ein ausschließendes Wahlrecht zwischen den konkurrierenden Rechtsbehelfen zustehen. Der BGH zieht diese Alternativen gar nicht erst in Betracht.

Als Zwischenergebnis lässt sich feststellen: Eine systematische Betrachtung spricht gegen ein einfaches Nebeneinander der verschiedenen Rechtsbehelfe. Erforderlich ist zumindest eine harmonisierende Auslegung der das Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit heimlicher Ermittlungsmaßnahmen ausgestaltenden Vorschriften. Eine Einordnung von § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO als *lex specialis* ist aber auch in systematischer Hinsicht nicht geboten.

### b) Das historische Argument: Die Gesetzesbegründung

Nach Ansicht des BGH lässt sich die Gesetzesbegründung als Argument für die Exklusivität von § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO heranziehen. Dabei beruft sich der BGH auf die gesetzgeberische Zielvorstellung der „Schaffung eines harmonischen Gesamtsystems“ durch die Neuregelung.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Vgl. auch Singelstein NStZ 2009, 481, 482 f.

<sup>26</sup> Vgl. BT-Drucks. (Fn. 1), 91. Bereits die Neuregelung der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbin-

Der Umgang des BGH mit der Gesetzesbegründung ist fragwürdig. Tatsächlich streitet die historische Auslegung erkennbar gegen die Lösung des BGH. In der Begründung heißt es nämlich zu der Regelung des nachdrücklichen Rechtsschutzes gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen: „Die ausdrückliche Regelung über den nachträglichen Rechtsschutz (...) hat im Wesentlichen die Funktion, den Betroffenen den Nachweis eines Rechtsschutzbedürfnisses zu ersparen, führt aber nicht dazu, dass die bislang schon anerkannten Rechtsbehelfe verdrängt werden. So kann der von einer noch andauernden verdeckten Ermittlungsmaßnahme Betroffene – so er von der Maßnahme Kenntnis erlangt – stets Rechtsschutz entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO erlangen. Entsprechendes gilt unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch dann, wenn sich die Maßnahme erledigt hat, aber ein Rechtsschutzinteresse an der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme besteht.“<sup>27</sup>

Diese Sätze sind so eindeutig, wie es Worte eben zu sein vermögen. Sie finden sich zudem in spezifischer Bezugnahme auf das Verhältnis zwischen § 101 Abs. 7 StPO und § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO, anders übrigens als die Formulierung vom „harmonischen Gesamtsystem“, die lediglich das allgemeine Ziel der Neuregelung verdeckter Ermittlungsmaßnahmen bezeichnet. Der BGH hat das allem Anschein nach anders gesehen. Er konstatiert insofern lediglich: „Aufgrund des klaren Wortlauts und Zwecks der gesetzlichen Neuregelung können die teilweise missverständlichen Formulierungen in der Gesetzesbegründung, die auf einen nicht fristgebundenen parallelen Rechtsschutz entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO hindeuten, für die Gesetzesauslegung keine maßgebliche Bedeutung gewinnen.“<sup>28</sup>

Die Einseitigkeit ist geradezu frappierend. Der „klare Wortlaut“ der Neuregelung sagt zum Verhältnis zwischen § 101 Abs. 7 StPO und § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO nichts. Auch wenn der „Zweck der gesetzlichen Neuregelung“ berücksichtigt werden soll, lässt sich daraus noch nicht ableiten, wie die widerstreitenden Vorschriften zu harmonisieren sind. Und schließlich bleibt der BGH eine Erklärung schuldig, worin die Missverständlichkeit der „Formulierungen in der Gesetzesbegründung“ liegen soll. Der Wille des Gesetzgebers lässt sich in diesem Fall der Gesetzesbegründung mit seltener Klarheit entnehmen. Nicht ohne Grund ist die Literatur bis zur Entscheidung des BGH umstandslos von einem parallelen Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO bzw. §§ 304 ff. StPO ausgegangen.<sup>29</sup>

dungsdaten gemäß §§ 100g, 100h StPO a.F. im Jahr 2001 verfolgte dieses Ziel, vgl. BT-Drucks. 14/7008, 6; BR-Drucks. 702/01.

<sup>27</sup> Vgl. BT-Drucks. (Fn. 1), 62.

<sup>28</sup> BGH (Fn. 12), Rn. 8.

<sup>29</sup> Vgl. Gercke, in: Julius u.a. (Hrsg.), Strafprozessordnung, 4. Aufl. (2009), § 101 Rn. 16; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 51. Aufl. (2008), § 101 Rn. 26; Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. (2008), § 101 Rn. 34; Zöllner StraFo 2008, 15, 23. Zum Verhältnis der §§ 98 Abs. 2 Satz 2 (analog), 304 StPO zum § 100d Abs. 10 a.F. ebenso Löffelmann 118 ZStW (2006), 358, 368 f. Anderer Ansicht aber

Das Ergebnis der historischen Auslegung lautet also: Der insofern ausdrückliche Wille des Gesetzgebers spricht für das Nebeneinander der Rechtsbehelfe.

### c) Das teleologische Argument: Verbesserung der Situation des Rechtsschutzsuchenden durch die Neuregelung

Schließlich ergibt sich ein weiteres Argument aus der Heranziehung teleologischer Aspekte. Die Leitfrage lautet in diesem Zusammenhang: Soll § 101 Abs. 7 StPO die Situation des Rechtsschutzsuchenden verbessern oder die Rechtsschutzmöglichkeiten, etwa im Interesse einer Schonung justizieller Ressourcen oder der Verbesserung von Effizienz, beschränken? Die Antwort der Gesetzesbegründung lautet: Die gesetzliche Neuregelung bezweckt eine Vereinheitlichung und Harmonisierung nicht aus Gründen der Gesetzeskosmetik, sondern verfolgt das Anliegen, den Rechtsschutz zu vereinfachen, also die Situation des Rechtsschutzsuchenden zu verbessern.<sup>30</sup>

Im Lichte dieses Gesetzeszwecks kann eine Einstufung von § 101 Abs. 7 Satz 2 als die Rechtsbehelfe gemäß §§ 98 Abs. 2 Satz 2 (analog), 304 ff. StPO verdrängende *lex specialis* nur dann überzeugen, wenn dies tatsächlich zu einer Verbesserung der Situation des Rechtsschutzsuchenden führt. Das lässt sich indes eindeutig verneinen. § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO stellt dem Rechtsschutzsuchenden einen Rechtsbehelf zur Verfügung, der gegenüber der Beschwerde und dem Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit einige Vor-, aber auch Nachteile bietet:

Ein offensichtlicher Nachteil des Rechtsbehelfs gem. § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO ist, dass der Antrag, anders als Beschwerde und Antrag nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO,<sup>31</sup> fristgebunden ist.<sup>32</sup> Die Frist ist mit zwei Wochen zudem recht knapp bemessen.<sup>33</sup>

Darüber hinaus kann ein Nachteil darin gesehen werden, dass der Antrag nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO in aller Regel lediglich zu einer Überprüfung der Rechtmäßigkeit durch den Richter führt, der die Ermittlungsmaßnahme bereits angeordnet oder doch zumindest bestätigt hat.

Böse, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Amelung (2009), S. 565, 575 f., Fn. 54.

<sup>30</sup> Vgl. BT-Drucks. (Fn. 1), 22, 62. Ebenso Löffelmann StV 2009, 379, 382; ders. ZIS 2009, 495 f.; Singelstein NSTZ 2009, 481, 483.

<sup>31</sup> Allerdings haben die Fachgerichte den Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO zunehmend unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung beschränkt, vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 175, 176; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2007, 349. Siehe zu dieser Praxis kritisch Meyer/Rettenmaier NJW 2009, 1238, 1239 f.

<sup>32</sup> Zur verfassungsrechtlichen Herleitung dieser Benachrichtigungspflicht, siehe BVerfGE 109, 279, 364 ff. Erlangt der Betroffene anderweitig Kenntnis von der Ermittlungsmaßnahme, dürfte eine Präklusion nach der gängigen Rechtsprechung zu § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO nur im Wege der Verwirkung zu begründen sein.

<sup>33</sup> Kritisch zu der Fristbemessung z.B. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. (2008), Rn. 2500; Klaws StRR 2008, 10; Nöding StraFo 2007, 456, 463; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117; Zöller StraFo 2008, 15, 23 („rechtsstaatlich bedenklich“).

Denn die in § 101 Abs. 1 StPO aufgezählten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen stehen unter Richtervorbehalt bzw. müssen zumindest innerhalb von drei Tagen gerichtlich bestätigt werden.<sup>34</sup> Die Effektivität des Rechtsschutzes nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO ist, da somit dasselbe Gericht ein zweites Mal über den Antrag entscheidet, geringer als bei der Beschwerde oder auch bei dem Antrag gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (analog). Um die Rechtmäßigkeitskontrolle eines zweiten Gerichts zu erreichen, ist der Betroffene auf die sofortige Beschwerde gemäß § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO angewiesen, die ihrerseits nur binnen Wochenfrist zulässig ist.<sup>35</sup>

Schließlich wird die Qualität des Rechtsschutzes durch die verfahrensrechtlichen Unklarheiten beeinträchtigt, die sich im Falle eines Zuständigkeitswechsels gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO daraus ergeben, dass das Gericht der Hauptsache über die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme „in der das Verfahren abschließenden Entscheidung“ zu befinden hat. Indem Hauptsacheverfahren und Rechtsschutzverfahren hinsichtlich der Ermittlungsmaßnahme auch in ihrer Durchführung und in ihrem Verfahrensabschluss miteinander verbunden werden, lässt § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO zusammenwachsen, was nicht zusammengehört. Die Entscheidung über den Antrag auf richterliche Überprüfung der Ermittlungsmaßnahme hat danach im Urteil bzw. im Einstellungs- oder Nichteröffnungsbeschluss zu erfolgen.<sup>36</sup> Wie eine solche *uno actu*-Entscheidung in der Praxis aussehen wird, bleibt unklar. Man tut den Fachgerichten aber wohl kein Unrecht, wittert man hier die Gefahr einer prozesualen Überholung durch die Hintertür. Ist der Antragsteller der Angeklagte, so ist zu vermuten, dass die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme nur noch mittelbar erörtert wird, im Rahmen der Beweiswürdigung und der Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer rechtswidrigen Ermittlungsmaßnahme besteht. Da die Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahme aber bekanntlich weder notwendige noch hinreichende Bedingung eines Beweisverwertungsverbots ist,<sup>37</sup> liefe eine solche implizite Prüfung auf eine Verkürzung des Prüfungsmaßstabs hinaus. Das spezifische Rechtsschutzinteresse des Angeklagten an der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme fände keine Berücksichtigung mehr. Im Ergebnis entfielen so die verfassungsrechtlich gebotene Möglichkeit eigenständigen Rechtsschutzes gegen die grundrechtsrelevanten Ermittlungsmaßnahmen.

Unter Berücksichtigung dieser Nachteile widerspricht es dem gesetzgeberischen Telos der Neuregelung, dem

<sup>34</sup> Eine Ausnahme bilden lediglich die Maßnahmen nach § 100d StPO und der Einsatz eines verdeckten Ermittlers gemäß § 110a StPO, sofern diesem nicht auch Einsätze gemäß § 110b Abs. 2 StPO gestattet werden sollen.

<sup>35</sup> Eine Rechtsschutzverkürzung erblicken darin auch Löffelmann ZIS 2009, 495, 496; Meyer JR 2009, 318, 321.

<sup>36</sup> Vgl. BGH (Fn. 21); OLG Frankfurt NStZ-RR 2006, 44, 46; Löffelmann ZIS 2009, 495, 496. Zu einem anderen Ergebnis kommt Singelstein NSTZ 2009, 481, 484 f.

<sup>37</sup> Ganz herrschende Ansicht, vgl. BVerfG NStZ 2006, 46; BGHSt 19, 325, 331; 38, 372, 373; OLG Frankfurt NStZ-RR 2006, 44, 45; Nack (Fn. 29), § 101 Rn. 35. Abweichend Kühne Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 907 ff.

Rechtsschutzsuchenden die nach alter Rechtslage bestehenden Rechtsbehelfe zu nehmen.

#### d) Ergebnis

Nach alledem kann die Lösung des BGH nicht überzeugen. Indem sie § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO zur verdrängenden Spezialregelung erklärt, wählt sie eine Extremposition, die den Willen des Gesetzgebers außer Acht lässt, teleologischen Gesichtspunkten widerspricht und selbst aus systematischen Gründen nicht geboten ist.<sup>38</sup> Eine Lösung, die alle genannten Auslegungsgesichtspunkte zu berücksichtigen versucht, muss hingegen ein Nebeneinander der verschiedenen Rechtsbehelfe annehmen, soweit systematische Gründe nicht zwingend dagegen sprechen und sofern andernfalls die Situation des Rechtsschutzsuchenden erschwert würde.

Für das Verhältnis zwischen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (analog) und jener gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO bedeutet dies Folgendes: Beide Rechtsbehelfe führen zur Überprüfung des gleichen Gerichts.<sup>39</sup> Die Neuregelung stellt den Betroffenen insofern besser, als sie ihm die Begründung eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses für die Überprüfung einer beendeten Ermittlungsmaßnahme erspart. Eine Verdrängung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (analog) ist daher auch unter Berücksichtigung der Interessen des Rechtsschutzsuchenden unschädlich.<sup>40</sup> Nach Ablauf der Zweiwochenfrist gemäß § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO lebt die Möglichkeit einer Überprüfung gem. § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (analog) wieder auf.<sup>41</sup> Diese Lösung widerspricht auch keineswegs – wie in der Literatur vereinzelt behauptet worden ist<sup>42</sup> – der *ratio* der Befristung. Denn ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Zweiwochenfrist nicht etwa den Rechtsschutz aus Effizienzerwägungen präkludieren, sondern gerade den Interessen des von der Ermittlungsmaßnahme Betroffenen dienen, nämlich eine zeitnahe Löschung der ermittelten Daten gemäß § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO ermöglichen.<sup>43</sup> Indes lässt sich § 101 Abs. 8 Satz 3 StPO eine alternative Möglichkeit entnehmen, um das der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>44</sup> entnommene Lösungsgebot mit einem unbefristeten Rechtsbehelf zu vereinbaren. Danach ist die Verwendung der erlangten Daten, wenn ihre Löschung nur deswegen

unterbleibt, weil noch eine gerichtliche Überprüfung der Maßnahme möglich ist, nur mehr zu diesem Zweck zulässig. Für jede andere Verwendung sind die Daten hingegen zu sperren.<sup>45</sup>

Anderes ergibt sich für das Verhältnis von Beschwerde und Antrag auf Überprüfung gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO. Hier unterscheidet sich die Ausgestaltung der Zuständigkeit, so dass bei einem Nebeneinander der Rechtsbehelfe die Gefahr divergierender Entscheidungen verschiedener Gerichte über denselben Entscheidungsgegenstand besteht. Diese Gefahr kann durch harmonisierende Auslegung nicht beseitigt werden. Unter Berücksichtigung der Interessen des Rechtsschutzsuchenden ist dennoch nicht einfach von verdrängender Spezialität der Neuregelung auszugehen. Dem Betroffenen ist vielmehr ein ausschließendes Wahlrecht einzuräumen. Die Entscheidung, ob er zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme das spezielle Abhilfeverfahren beim die Maßnahme anordnenden oder bestätigenden Gericht gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO durchführt oder Beschwerde zum Beschwerdegericht einlegt, liegt also beim Rechtsschutzsuchenden selbst. Diese Lösung entspricht im Übrigen auch eher als die vom BGH angenommene Exklusivität dem aus der StPO bekannten Nebeneinander von Rechtsbehelfen, beispielsweise dem Verhältnis von Haftprüfung und Haftbeschwerde.

## 2. Der Zuständigkeitswechsel gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO

Hinsichtlich des Wechsels der Entscheidungszuständigkeit vom Maßnahmegesicht auf das Gericht der Hauptsache gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO fällt auf, dass der BGH in zwei einander ähnlichen Konstellationen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt ist. Im Falle des Antrags eines von der Ermittlungsmaßnahme betroffenen Dritten wird der Zuständigkeitswechsel bejaht, im Falle des Antrags eines ehemaligen Mitbeschuldigten, gegen den das Ermittlungsverfahren inzwischen eingestellt worden ist, hingegen verneint. Es lohnt sich daher, kurz die Argumente zusammenzutragen, die für bzw. gegen den Übergang der Entscheidungszuständigkeit sprechen.

### a) Grammatikalische, historische und systematische Überlegungen

Der Wortlaut von § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO sieht den Zuständigkeitswechsel für den Fall vor, dass Anklage erhoben und der Angeklagte benachrichtigt worden ist. Ausnahmen kennt die Regelung nicht. Dies entspricht auch der Gesetzesbegründung, in der eine Differenzierung nach den rechtsschutzsuchenden Personen ausdrücklich abgelehnt wird.<sup>46</sup>

Systematische Erwägungen weisen ebenfalls in diese Richtung. Zwar ist zweifelhaft, ob sich der StPO, wie der

<sup>38</sup> Es ist daher auch nicht überzeugend, wenn Meyer meint, der BGH sei zu seinen Ausführungen vom Gesetzgeber „gegradezu gezwungen“ worden, vgl. Meyer JR 2009, 318, 322.

<sup>39</sup> Ähnlich Meyer JR 2009, 318, 320.

<sup>40</sup> Das gilt freilich nur unter dem *Caveat*, dass die angesprochenen verfahrensrechtlichen Unklarheiten, die aus der Regelung des § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO erwachsen, derart aufgelöst werden, dass das spezifische Rechtsschutzinteresse berücksichtigt wird. Zu den deshalb gebotenen Korrekturen sogleich unter 2. und 3.

<sup>41</sup> Im Ergebnis ähnlich Singelstein NStZ 2009, 481, 483 f., der allerdings von einer vollständigen Verdrängung des Rechtsbehelfs gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (analog) ausgeht und dafür die Fristenregelung gemäß § 101 Abs. 7 S. 3 StPO teleologisch reduziert.

<sup>42</sup> Vgl. Böse (Fn. 29), S. 565, 575 f., Fn. 54.

<sup>43</sup> Vgl. BT-Drucks. (Fn. 1), 62 f.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313, 364 f., 400; 109, 279, 380 (= HRRS 2004 Nr. 170).

<sup>45</sup> Ähnlich Löffelmann StV 2009, 379, 382; Meyer JR 2009, 318, 321 f.; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 116.

<sup>46</sup> Vgl. BT-Drucks. (Fn. 1), 63.

BGH im Beschluss vom 8. Oktober 2008 meint, ein allgemeiner Rechtsgedanke entnehmen lässt, nach dem mit Anklageerhebung jedwede Kompetenz des Ermittlungsrichters beendet ist und auf das in der Hauptsache erkennende Gericht übergeht. Aus § 162 StPO folgt ein solcher Grundsatz jedenfalls nicht.<sup>47</sup> Warum sich der BGH<sup>48</sup> – ebenso wie zuvor eine vom BGH zitierte Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.<sup>49</sup> – auf diese Vorschrift beruft, ist nicht nachvollziehbar. Immerhin findet sich ein der Regelung des § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO entsprechender Zuständigkeitswechsel aber auch in § 98 Abs. 2 Satz 4 StPO und in dem nun aufgehobenen § 100d Abs. 10 Satz 4 StPO a.F. Auch diese Vorschriften kennen keine Ausnahmen für den Fall, dass ein anderer als der angeklagte Beschuldigte Rechtsschutz sucht. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch der für die Entscheidung über Haftfragen geregelte Zuständigkeitswechsel gemäß § 126 Abs. 2 Satz 1 StPO. Schließlich entspricht der Übergang der Entscheidungszuständigkeit nach Anklageerhebung auf das Gericht der Hauptsache auch der gängigen Rechtsprechung.<sup>50</sup> Einschränkend ist allerdings festzustellen, dass die Aussagekraft der bislang ergangenen Rechtsprechung dadurch geschmälert wird, dass sie sich ausschließlich auf Fälle bezieht, in denen der angeklagte Beschuldigte Rechtsschutz beantragte.

### b) Das Gebot einer effizienten Verfahrensgestaltung als Argument für oder gegen den Zuständigkeitswechsel

Gegen den Wechsel der Entscheidungszuständigkeit spricht in dem Fall, dass ein anderer als der angeklagte Dritte Rechtsschutz gegen die Ermittlungsmaßnahme sucht, eine teleologische Betrachtung, die den Gesichtspunkt der effizienten Verfahrensgestaltung berücksichtigt. Das mag zunächst überraschen, weil Gesetzesbegründung und der BGH in seinem Beschluss vom 8. Oktober 2008 eben diesen Gesichtspunkt geltend gemacht haben, um den Zuständigkeitswechsel zu begründen. Die entsprechenden Ausführungen können bei näherem Hinsehen allerdings nicht überzeugen.

Entscheidend ist dabei, dass § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO nicht nur den Übergang der Entscheidungszuständigkeit auf das Gericht der Hauptsache anordnet, sondern dieses zudem verpflichtet, über den Antrag zur Überprüfung der Ermittlungsmaßnahme „in der das Verfahren abschließenden Entscheidung“ zu beschließen. Das Hauptsachegericht ist also gezwungen, im Urteil bzw. im Einstellungs- oder Nichteröffnungsbeschluss über den Antrag eines am Hauptsacheverfahren unter Umständen überhaupt nicht beteiligten Dritten zu entscheiden, ein – vorsichtig formuliert – erstaunliches und unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie wenig überzeugendes Vorgehen. Immerhin müsste dann der am Verfahren in der Hauptsache eigentlich nicht beteiligte Dritte doch

<sup>47</sup> Ähnlich *Löffelmann* ZIS 2009, 495, 498.

<sup>48</sup> Vgl. BGH (Fn. 12), Rn. 11.

<sup>49</sup> OLG Frankfurt, NStZ-RR 2006, 44 ff.

<sup>50</sup> Vgl. BGH NJW 1973, 477, 478; BGHSt 27, 253 = NJW 1977, 2175; BGHSt 29, 200 = NJW 1980, 1401; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2006, 44 (45). Anderer Ansicht *Löffelmann* ZIS 2009, 495 (498), der die Entscheidungen für „dünn und nicht verallgemeinerungsfähig“ hält.

Rechte zur Beteiligung an diesem Verfahren erhalten, weil in der das Hauptsacheverfahren abschließenden Entscheidung auch über seine Rechtsbelange entschieden wird.<sup>51</sup> In Betracht käme etwa eine Zulassung als „Nebenbetroffener“ analog einem Nebenkläger (§§ 395 ff. StPO). Wie auch immer die verfahrenstechnische Umsetzung aussehen mag: Eine ineffizientere Verfahrensgestaltung sowohl im Hinblick auf das Hauptverfahren als auch im Hinblick auf das Überprüfungsverfahren lässt sich kaum vorstellen. Der Wechsel der Entscheidungszuständigkeit widerspricht in diesem Fall evident den Interessen des Rechtsschutzsuchenden, des Angeklagten und des Hauptsachegerichts.<sup>52</sup>

### c) Die Vermeidung divergierender Entscheidungen als Argument für oder gegen den Zuständigkeitswechsel

Sowohl die Gesetzesbegründung als auch der BGH argumentieren, dass die Frage des Zuständigkeitswechsels davon abhängt, ob andernfalls die Gefahr divergierender Entscheidungen zwischen Anordnungs- oder Beschwerdegericht einerseits und Hauptsachegericht andererseits drohe. In dem Beschluss vom 8. Oktober 2008 war der BGH der Ansicht, dieser Gesichtspunkt spreche entscheidend für den Zuständigkeitswechsel, in dem Beschluss vom 22. Januar 2009 stützte der BGH seine gegensätzliche Entscheidung auf die nämliche Erwägung. In keinem der beiden Fälle überzeugt das Argument. Tatsächlich läuft die Überlegung leer. Ein Interesse, divergierende Entscheidungen zu vermeiden, lässt sich rechtlich nämlich nur insofern anerkennen, als den Entscheidungen derselbe Entscheidungsgegenstand zugrunde liegt und gegenüber dem gleichen Entscheidungsadressaten ergeht.<sup>53</sup> Davon kann in dem hier behandelten Zusammenhang nicht die Rede sein:

§ 101 Abs. 7 Satz 2 StPO verlangt eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme, während vom Gericht der Hauptsache originär nur zu untersuchen ist, ob ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich eines für die Tatsachenfeststellung erheblichen Beweismittels vorliegt. Aus der Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahme – das wurde bereits betont – folgt aber gerade nicht ohne weiteres das Bestehen eines Verwertungsverbots.<sup>54</sup> Hinzu kommt noch, dass die Entscheidung des Ermittlungsrichters auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Maßnahme keine Bindungswirkung für das Gericht der Hauptsache entfalten soll.<sup>55</sup> In einer solchen Konstel-

<sup>51</sup> Ähnlich *Meyer/Rettenmaier* NJW 2009, 1238, 1241; *Nack* (Fn. 29), § 101 Rn. 37.

<sup>52</sup> Vgl. auch *Meyer* JR 2009, 318, 323.

<sup>53</sup> Ebenso *Löffelmann* StV 2009, 379, 383; *ders.* ZIS 2009, 495, 499 f.

<sup>54</sup> Siehe bereits oben Fn. 37.

<sup>55</sup> Vgl. BT-Drucks. (Fn. 1), 62; *Gercke*, in: *Julius* u.a. (Hrsg.), (Fn. 29), § 101 Rn. 17; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 52. Aufl. (2009), § 101 Rn. 25a; *Nack* (Fn. 29), § 101 Rn. 35. Der BGH selbst führt im Beschluss vom 8.10.2008 aus, dass „eine Entscheidung des Anordnungs- oder Beschwerdegerichts über die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Maßnahme sowie der Art und Weise ihres Vollzuges keine Entscheidung über die Verwertbarkeit der hierdurch gewonnenen Beweismittel beinhaltet, vgl. BGH (Fn. 12), Rn. 10.“

lation ist es normativ unschädlich, wenn mehrere Entscheidungen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme unterschiedlich bewerten. Die Rechtsordnung mutet dem Betroffenen diese Divergenz zu. Das zeigt sich nicht zuletzt, wenn die Anklage erhoben wird, *nachdem* über den Rechtsbehelf gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO bereits abschließend entschieden worden ist. Denn auch in diesem Fall kann es schließlich zu abweichenden Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme im Hauptverfahren kommen.<sup>56</sup>

Zudem unterscheiden sich in den diskutierten Fällen bereits die Entscheidungsadressaten. Nicht der Angeklagte beantragt die Überprüfung der Ermittlungsmaßnahme, sondern Dritte, seien sie nun ehemals Beschuldigte, gegen die das Ermittlungsverfahren zwischenzeitlich eingestellt worden ist, oder seit je unverdächtige Personen, die durch die Ermittlungsmaßnahme in ihren Rechten berührt wurden. In diesen Fallkonstellationen ist das in der Hauptsache erkennende Gericht selbstverständlich erst recht nicht an die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit durch den Ermittlungsrichter gegenüber den Drittbetroffenen gebunden. Bereits die divergierenden Maßstäbe der §§ 102, 103 StPO illustrieren, dass die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Eingriffen gegenüber unterschiedlichen Betroffenen durchaus unterschiedlich ausfallen kann.<sup>57</sup> Ein schützenswertes Interesse, divergierende Entscheidungen zu vermeiden, ist in den in Frage stehenden Fallkonstellationen nicht erkennbar.

#### d) Ergebnis

Die historische Auslegung und – zumindest *prima facie* – auch Wortlaut und systematische Erwägungen sprechen für einen Zuständigkeitswechsel in allen Fällen. Teleologische Gesichtspunkte streiten gegen den Übergang der Entscheidungszuständigkeit auf das Hauptsachegericht, wenn ein anderer als der angeklagte Beschuldigte die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme beantragt. Die teleologischen Überlegungen gewinnen allerdings das Gewicht eines *argumentum ad absurdum*: Der Zuständigkeitswechsel führte zu einer evident interessenwidrigen und kaum praktikablen Verfahrensgestaltung.

Zwei Möglichkeiten bestehen, mit diesem Befund umzugehen: Für den Fall, dass ein nicht am Hauptsacheverfahren beteiligter Dritter die Überprüfung der Rechtmäßigkeit begehrt, kann entweder im Wege einer teleologischen Reduktion von § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO ein Zuständigkeitswechsel überhaupt verneint werden, so dass über den Antrag auch nach Anklageerhebung das Maßnahmegericht entscheidet. Oder aber es wird der Zuständigkeitswechsel bejaht, die organisatorische Verschränkung aber aufgehoben. Die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme läge dann zwar beim Gericht der Hauptsache, die Entscheidung wäre aber entgegen § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO nicht „in der das Verfahren abschließenden Entscheidung“, sondern in gesondertem Beschluss zu treffen.<sup>58</sup>

Gegen die letztgenannte Alternative spricht allerdings der insoweit eindeutige Wortlaut.

### 3. Revision oder sofortige Beschwerde gegen die im Urteil getroffene Entscheidung des Hauptsachegerichts gem. § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO?

Schließlich ist die in dem Beschluss des BGH vom 24. Juni 2009 erörterte Frage zu behandeln, ob gegen die im Urteil getroffene Entscheidung des Hauptsachegerichts gem. § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO Revision oder sofortige Beschwerde statthaft sind. Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, dass die in § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO getroffene Zuständigkeitsregelung zu Modifikationen entweder des Beschwerderechts oder des Revisionsrechts zwingt, wenn die Regelung nicht zu einer erheblichen Rechtsschutzverkürzung führen soll. Andernfalls verlöre der Antragsteller nämlich regelmäßig die Möglichkeit, die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme durch ein zweites Gericht überprüfen zu lassen: Die ihm eigentlich offen stehende sofortige Beschwerde gem. § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO ist nicht statthaft, wenn die verfahrensabschließende Entscheidung durch Urteil ergeht, bzw. mangels Beschwerde unzulässig, wenn die verfahrensabschließende Entscheidung durch Einstellungs- oder Nichteröffnungsbeschluss erfolgt. Eine mögliche Revision gegen das Urteil ist jedenfalls kein funktionsäquivalenter Rechtsbehelf, weil das spezifische Rechtsschutzinteresse des Betroffenen im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt wird. Die Revision hat daher auch nur Aussicht auf Erfolg, wenn die Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahme auch ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, denn nur in diesem Fall lässt sich begründen, dass das Urteil auf dem Rechtsfehler beruht.<sup>59</sup>

Dass § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO eine solche rechtsschutzverkürzende Wirkung nicht haben sollte, ergibt sich zunächst aus dem allgemeinen Telos der Einführung von § 101 Abs. 7 StPO: Die Neuregelung sollte wie gesehen eine Vereinfachung und Erleichterung, also eine Verbesserung des Rechtsschutzes im Vergleich zur alten Rechtslage bewirken. Gegen die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (analog) ist aber die Beschwerde statthaft, und zwar auch nach dem Wechsel der Entscheidungszuständigkeit gemäß § 98 Abs. 2 Satz 4 StPO. Entfiele also die Möglichkeit, die Entscheidung gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO durch ein zweites Gericht überprüfen zu lassen, stünde der Rechtsschutzsuchende durch die Neuregelung in Verkehrung der gesetzgeberischen Zielvorstellung schlechter als zuvor.

Ein weiteres Argument folgt aus der Gesetzgebungsgeschichte: § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO orientiert sich an der nunmehr aufgehobenen Spezialregelung des § 100d Abs. 10 Satz 4 StPO alte Fassung. In der Gesetzesbegründung führte der Gesetzgeber aus, gegen die im Urteil getroffene

<sup>56</sup> Im Ergebnis ebenso *Löffelmann* ZIS 2009, 495, 499 f.

<sup>57</sup> Ähnlich *Löffelmann* ZIS 2009, 495, 500.

<sup>58</sup> So im Ergebnis *Singelstein* NSTz 2009, 481, 484 f.

<sup>59</sup> Vgl. *Meyer-Gößner* (Fn. 55), § 101 Rn. 25. Anderer Ansicht wohl *Nack* (Fn. 29), § 101 Rn. 38. Eingehend zur revisionsinstanzlichen Überprüfung von Fehlern im Ermittlungsverfahren *Landau/Sander* StraFo 1998, 397 ff.

ne Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Wohnraumüberwachung könne sich der Betroffene mittels Revision wenden.<sup>60</sup> M.a.W.: Für die Vorschrift, die Vorbild für § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO war, beabsichtigte der Gesetzgeber, dem Rechtsschutzsuchenden die Kontrolle eines zweiten Gerichts zu ermöglichen. Dass für § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO etwas anderes gelten sollte, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen.

Das schlagende Argument nennt aber der BGH selbst:<sup>61</sup> Ginge dem Rechtsschutzsuchenden in Folge des Zuständigkeitswechsels gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO die Möglichkeit einer zweiten gerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle der Ermittlungsmaßnahme verloren, läge darin eine schlechthin nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegenüber jenem Rechtsschutzsuchenden, über dessen Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO bereits vor Anklageerhebung und mithin vor dem Wechsel der Zuständigkeit entschieden wird. Während dieser die sofortige Beschwerde gemäß § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO einlegen kann, bliebe jener ohne ein seinem spezifischen Rechtsschutzinteresse entsprechendes Rechtsmittel.

Der BGH stand somit vor der Frage, ob er die Regeln der sofortigen Beschwerde oder der Revision der missglückten Gesetzesregelung anpassen sollte. Es ist zu begrüßen, dass er sich für eine Modifikation der Beschwerdeerfordernisse entschlossen und die sofortige Beschwerde – eigentlich systemwidrig – als statthaften Rechtsbehelf gegen das Urteil zugelassen hat, soweit damit die Entscheidung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme angegriffen wird. Zwar spricht die Gesetzesbegründung zur Vorgängerregelung § 100d Abs. 10 Satz 4 StPO wie gesagt dafür, dass der Gesetzgeber selbst die Überprüfung der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit im Rahmen des Revisionsverfahrens für angebracht hielt.<sup>62</sup> Dieser Ansatz überzeugt aber nicht. Er führt die in § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO angelegte Verquickung von Hauptsacheverfahren und Rechtsschutzverfahren gegen die Ermittlungsmaßnahme fort, die bereits im Ansatz verfehlt ist. Es wäre zudem auch nicht einleuchtend, warum dem Rechtsschutzsuchenden die sofortige Beschwerde offen steht, wenn bereits vor

Anklageerhebung über seinen Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme entschieden worden ist, er hingegen auf die Revision verwiesen ist, wenn die Entscheidung erst durch das Gericht der Hauptsache erfolgt. Diese Divergenz widerspricht auch dem – allerdings ohnehin grandios verfehlten – Ziel der Neuregelung, den Rechtsschutz zu vereinheitlichen.

Statthafter Rechtsbehelf gegen die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit heimlicher Ermittlungsmaßnahmen gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO ist daher stets die sofortige Beschwerde gemäß § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO, unabhängig davon, ob die Entscheidung durch das Maßnahmegesetz im Wege des Beschlusses ergeht oder aber nach Zuständigkeitswechsel gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO durch das Gericht der Hauptsache im Wege des Urteils, des Einstellungs- oder Nichteröffnungsbeschlusses.<sup>63</sup>

## IV. Schluss

Die Neuregelung des Rechtsschutzes gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen in § 101 Abs. 7 StPO kann mit Fug und Recht als auf ganzer Linie missglückt bezeichnet werden. Sie wird – für diese Prognose bedarf es keiner hellseherischen Fähigkeiten – der Rechtsprechung noch viel Mühe bereiten. Leider ist es auch dem BGH in seinen bisherigen Entscheidungen noch nicht gelungen, einen überzeugenden Orientierungsmaßstab zu finden, um die zahlreichen Widersprüche und Systembrüche aufzulösen. Insbesondere liefert das in den bisherigen Entscheidungen in den Vordergrund gerückte Gebot, divergierende Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme zu vermeiden, diesen Maßstab nicht. Viel eher sollte sich die Rechtsprechung zur Leitlinie setzen, das vor der Neuregelung erreichte Rechtsschutzniveau jedenfalls zu erhalten. Hier ist vorläufig ein gemischtes Fazit zu ziehen: Während die erste einschlägige Entscheidung des BGH noch befürchten ließ, die Einführung von § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO könnte genau die entgegen gesetzten Folgen zeitigen, geben die nachfolgenden Beschlüsse Anlass zur Hoffnung, dass auch die Rechtsprechung gewillt ist, den vom Gesetzgeber angeordneten Schaden so gering wie möglich zu halten.

<sup>60</sup> Vgl. BT-Drucks. 15/4533, 19.

<sup>61</sup> Vgl. BGH (Fn. 21), Rn. 15.

<sup>62</sup> Siehe Fn. 58. In diesem Sinne daher auch Böse (Fn. 29), S. 565, 576; Meyer-Gößner (Fn. 55), § 101 Rn. 25.

<sup>63</sup> Im Ergebnis ebenso Singelstein NStZ 2009, 481, 486.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

Mit dieser Ausgabe dokumentieren wir in Ergänzung des Beitrages von Prof. Heine zwei Verfahren, in denen die verfahrensrechtlichen Folgen des „Datenankaufs durch den BND“ anhand von Durchsuchungsbeschlüssen wohl erstmals zur Entscheidung gelangt sind.

Aufgenommen sind neben den beiden Beschwerdeentscheidungen des LG Bochum (LG Bochum HRRS 2009 Nr. 1111 und LG Bochum HRRS 2009 Nr. 1112) zwei anlassgebende Beschlüsse des AG Bochum (AG Bochum I und AG Bochum II).

## Schrifttum

**Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung; bearbeitet von Karl-Peter Julius u.a., 4., völlig neu bearb. Aufl., C.F. Müller, 2578 Seiten, 198,00 €, Heidelberg 2009.**

Nach der letzten Auflage des Heidelberger Kommentars aus dem Jahre 2001 liegt nunmehr die neueste Auflage vor. Die ersten drei Auflagen waren in relativ schneller Zeitabfolge erschienen (Erstauflage 1997). Somit war es höchste Zeit, die zwischenzeitlich erfolgten Gesetzesänderungen und Entwicklungen in der Rechtsprechung aufzuarbeiten. Es verwundert dann auch nicht, wenn sich der Umfang im Gegensatz zur Voraufgabe um mehr als 600 Seiten erweitert hat. Um es aber bereits hier vorwegzunehmen: Der Kommentar ist trotzdem sehr gut als handliche Arbeitshilfe – auch als so gen. Praktikerkommentar z.B. im Rahmen einer Hauptverhandlung – zu gebrauchen und steht vergleichbaren Werken in keinem Aspekt nach.

Das bisherige Autorenteam wurde deutlich erweitert. Neu in das Autorenteam eingetreten sind *Gercke*, der – durch entsprechende Fachveröffentlichungen ausgewiesen – nunmehr die Vorschriften über Beschlagnahme, Durchsuchung, Überwachung des Fernmeldeverkehrs und die technischen Ermittlungsmaßnahmen bearbeitet, sowie *Wojnar* und *Pollähne*, die – ebenfalls Rechtsanwälte – die oftmals vernachlässigten Vorschriften über die Strafvollstreckung kommentieren. Aus dem Bereich der Rechtswissenschaft konnte *Zöller* als Autor gewonnen werden, der den Gerichtsstand, die Vorbereitung der Anklage und das beschleunigte Verfahren erläutert. Zusammenfassend darf man sagen, dass es damit gelungen ist, ein Team von Praktikern aus unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern zu gewinnen, wodurch die Kommentierung – die sich bereits bislang durch einen starken Praxisbezug sowie eine strenge rechtsstaatliche Orientierung auszeichnet hat – gewonnen hat.

Der starke Praxisbezug wird auch in der sehr übersichtlichen Darstellung deutlich; einzelne Fragen lassen sich schnell in der Kommentierung verorten. Hervorzuheben ist, dass die Kommentierung äußerst umfassend gestaltet ist (ohne dass die Erläuterungen überladen wirken). So werden häufig praxisrelevante Fragen in der Kommentierung mit erörtert, was in anderen Werken so nicht der Fall ist. Beispielsweise wird die sehr umstrittene Frage der Vergütung des Zeugenbeistands bei der Erläuterung des § 68 a StPO mit erörtert, was die Zuhilfenahme eines weiteren Kommentars entbehrlich macht. In der Vorbe-

merkung zu §§ 94 ff. StPO werden die – gar nicht selten auftauchenden – Probleme bezüglich der Erhebung und Verwertung von Beweisen im Ausland für ein deutsches Strafverfahren angemessen kurz, aber äußerst tiefgehend mit beachtlicher Gedankenschärfe dargestellt. Dem Rezensenten ist kein Werk bekannt, in dem diese häufigen Probleme so mustergültig auf den Punkt gebracht werden.

Besonders hervorzuheben ist hier, dass die Normen der MRK nicht – wie dies in anderen Werken üblich ist – separat oder gar nicht kommentiert werden, sondern in die Erläuterung der einzelnen Vorschriften an der jeweiligen Stelle eingearbeitet sind. So wird z.B. die Garantie der „unentgeltlichen Unterstützung durch einen Dolmetscher“ (Art 6 Abs. 3 lit e) EMRK) bei der Kommentierung der Kostenvorschrift des § 464 a StPO (Rn. 4), bei der Erläuterung des (zu engen) § 259 StPO, bei der Erörterung der notwendigen Verteidigung (vor §§ 140 – 145, Rn. 1) und bei der Frage der Überwachung des Besuchs in der U-Haft eingehend dargestellt (§ 148 Rn. 20).

Insgesamt merkt man es der Kommentierung im Sinne sehr guter Lesbarkeit an, dass das Werk in weiten Teilen neu bearbeitet ist und nicht nur eine bisherige Kommentierung fortgeschrieben wurde. Ausführungen zu in der täglichen Arbeit auftauchenden Problemkomplexen lassen sich leicht auffinden und bringen den Leser schnell auf den Stand der von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht. Darüber hinaus ist die Kommentierung aber auch immer „problembewusst“ und bietet Argumentationshilfen für nicht im Fokus der Rechtsprechung stehende Komplexe, ohne ins rein wissenschaftliche zu verfallen.

Leider konnte offenbar der Beschluss des BGH vom 11. Dezember 2008 (veröffentlicht z.B. in NJW 2009, 1429, 4 StR 318/08) nicht mehr in der Kommentierung zu § 4 StPO (oder § 266 StPO) berücksichtigt werden, mit dem der 4. Strafsenat – entgegen dem 1. Strafsenat in StV 2008, 226 – ausgesprochen hat, dass die Vorschriften über die Nachtragsanklage nicht dadurch umgangen werden dürfen, dass separat zu einer laufenden Hauptverhandlung Anklage erhoben wird und nach Eröffnung des Hauptverfahrens eine Verbindung vorgenommen wird.

Die Problematik des „Deals“ wird ausführlich durch *Temming* in der Einleitung dargestellt. Angesichts der nunmehr erfolgten gesetzlichen Regelung, die entgegen dem Stand zum Zeitpunkt der Kommentierung durchaus etwas neues bringt (z.B. das Verbot eines Rechtsmittelverzichts), sollte der Verlag überlegen, diese Vorschriften

durch eine separate Nachlieferung kommentieren zu lassen. Angesichts des doch recht hohen Preises von 198,00 € könnte eine solche Nachlieferung den Käufern möglicherweise auch unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden.

Unabhängig davon kann das Werk allen Praktikern nur empfohlen werden. Die Kommentierung taugt in der Praxis uneingeschränkt als Ersatz für herkömmliche Werke – auch und gerade in schwierigen Situationen wie einer laufenden Hauptverhandlung.

Rechtsanwalt Dr. **Matthias Rahmlow**, Duisburg

\*\*\*

### ***Heghmans, Michael / Scheffler, Uwe. Handbuch zum Strafverfahren; 1. Auflage; C.H.Beck; 1.274 S.; 125 €, München 2008.***

Die bereits vorhandene Literatur zum Strafprozessrecht ist sehr umfangreich, angesichts der Vielzahl von Kommentaren, Lehrbüchern und berufsspezifischen Abhandlungen sogar schon fast unüberschaubar. Trotzdem haben sich *Heghmans/Scheffler* dazu entschlossen, mit dem „Handbuch zum Strafverfahren“ ein weiteres Werk zum Strafprozessrecht zu veröffentlichen. Angesichts dessen drängt sich natürlich die Frage auf, was *Heghmans/Scheffler* zu diesem Schritt bewogen hat bzw. welchen grundlegend anderen Ansatzpunkt die Herausgeber mit ihrem Werk verfolgen wollen, um berechtigten Grund für die Annahme zu haben, sich auf dem Markt strafprozessualer Literatur behaupten zu können. Die Antwort auf diese Frage findet sich bereits im Vorwort: Völlig zu Recht haben die beiden Herausgeber nämlich festgestellt, dass trotz der Fülle an strafprozessualer Literatur ein klassisches Handbuch in der Tradition der großen Strafprozesshandbücher wie etwa diejenigen von *Mittermaier*, v. *Planck*, *Zachariae*, v. *Holtzendorff* oder *Glaser* seit langem fehlt. Genau hier setzen die Herausgeber an und schließen diese Lücke mit ihrem „Handbuch zum Strafverfahren“.

Von der inhaltlichen Konzeption her wendet sich das Handbuch von *Heghmans/Scheffler* nicht an eine bestimmte Berufsgruppe – etwa nur Strafverteidiger –, sondern es richtet sich an alle Verfahrensbeteiligte gleichermaßen, unabhängig von deren konkreten Rolle im Strafprozess. Die Lektüre empfiehlt sich aber nicht nur für Richter, Staatsanwälte und Verteidiger, sondern dürfte für polizeiliche Ermittler gleichermaßen interessant sein, was auch Rezensionen in den einschlägigen Zeitschriften belegen.

Das „Handbuch zum Strafverfahren“ eignet sich zur systematischen Erarbeitung und Vertiefung aktueller Problemfelder im Bereich des Strafprozessrechts ebenso, wie als Nachschlagewerk zur Lösung spezifischer Fragestellungen aus der strafverfahrensrechtlichen Praxis und stellt deshalb für jeden Praktiker eine wertvolle Ergänzung der bestehenden strafrechtlichen Bibliothek dar.

Das Werk von *Heghmans/Scheffler* setzt seinen Schwerpunkt auf die Darstellung praxisbezogener prozessualer

Probleme und liefert zahlreiche Hilfestellungen, Argumentationsansätze sowie weiterführende Gedanken, die zu einer Durchdringung, möglichen Lösung und Vertiefung beitragen sollen. Das Handbuch verfolgt dabei den Anspruch, denjenigen unterstützend zur Seite zu stehen, die sich in ihrer Praxis einer strafprozessualen Fragestellung gegenübersehen und dafür eine wissenschaftlich fundierte und vielleicht sogar innovative Lösung suchen. Anders als Kommentare oder Lehrbücher orientiert sich das vorliegende „Handbuch zum Strafverfahren“ dabei nicht an der Reihenfolge der gesetzlichen Vorschriften oder theoretisch-systematischen Ordnungen, sondern am Verlauf des Strafverfahrens. Es beginnt also mit der Einleitung des Ermittlungsverfahrens und endet mit der Geltendmachung von Kosten und Entschädigung nach Prozessende.

Dass das „Handbuch zum Strafverfahren“ seinem hohen Anspruch vollumfänglich gerecht wird, verdankt es insbesondere den elf Autoren, die ausnahmslos als ebenso wissenschaftlich wie praktisch ausgewiesene Experten gelten dürfen. Die zahlreichen Querverweise, die zudem die gute Abstimmung zwischen den verschiedenen Autoren erkennen lassen und gleichzeitig unnötige textliche Überschneidungen vermeiden, vermitteln dem Leser sowohl den verfahrensrechtlichen Aufbau des Strafprozesses als auch die inneren Zusammenhänge der Materie. Dabei fällt besonders die stets anzutreffende wissenschaftliche Sorgfalt auf, mit der jedes einzelne Kapitel verfasst wurde – ebenso, dass deutlich gekennzeichnet wird, wie sich die h. M. bzw. Rechtsprechung zur jeweiligen Fragestellung und der eigenen Position des Autors stellt. Daneben kennzeichnen das Buch ein sehr ausführliches und gut strukturiertes Stichwortverzeichnis sowie der Umstand, dass jedem Kapitel ein eigenes, umfangreiches Literaturverzeichnis und eine detaillierte Gliederung beigelegt wurden. Schließlich verdient auch der Fußnotenapparat mit seinen vielen weiterführenden Hinweisen Anerkennung. Dieser entlastet den Text, gewährleistet eine gute Lesbarkeit und stellt dennoch sicher, dass die jederzeitige Möglichkeit besteht, einzelnen Fragestellungen vertiefend nachzugehen.

Das vorliegende Werk besteht aus 13 Kapiteln, beginnend mit der „Einleitung und Einstellung des Ermittlungsverfahrens“ (Kapitel I) sowie der „Durchführung des Ermittlungsverfahrens“ (Kapitel II). Es folgen Darstellungen zu den „Zwangsmitteln“ (Kapitel III), der „Untersuchungshaft“ sowie der „Anklageentscheidung“ (Kapitel IV bzw. V) bis hin zu den Ausführungen zum „Zwischenverfahren und der Vorbereitung der Hauptverhandlung“ (Kapitel VI). Der „Hauptverhandlung“ (Kapitel VII), der „Verständigung“ (Kapitel VIII), dem „Urteil und Anfechtung“ (Kapitel IX) sowie der „Revision“ (Kapitel X) werden weitere Kapitel gewidmet, bevor schließlich noch auf die Bereiche „Wiederaufnahme“ (Kapitel XI), die „Strafvollstreckung“ (Kapitel XII) sowie die „Kosten und Entschädigung“ (Kapitel XIII) näher eingegangen wird.

Da das „Handbuch zum Strafverfahren“ im Jahr März 2008 erschienen ist, konnten die weitreichenden Änderungen zu Beginn des Jahres 2008 sowie insbesondere diejenigen kurz vor Auslaufen der Legislaturperiode Mitte 2009 naturgemäß nicht mehr berücksichtigt wer-

den, zumal Rechtsprechung und Literatur des Handbuchs sogar überwiegend noch auf dem Stand von Anfang 2007 sind. Zu den relevanten Neuerungen gehören beispielsweise die weitreichenden Änderungen bei der Telekommunikationsüberwachung ebenso, wie die zwischenzeitlich erfolgte gesetzliche Regelung der Verständigung in Strafsachen oder der Bereich der Untersuchungshaft. Deshalb hat sich zwischenzeitlich das ein oder andere inhaltlich sicherlich überholt, jedoch ändert dies nichts an dem durchweg positiven Eindruck, den das „Handbuch zum Strafverfahren“ hinterlässt, zumal dieses Maniko angesichts der inflationären Tendenzen bei der gesetzgeberischen Arbeit und eines derart umfangreichen und komplexen Werks kaum vermeidbar erscheint.

**Marvin Schroth**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Karlsruhe

\*\*\*

### **Gerhard Janssen. Gewinnabschöpfung im Strafverfahren; C.F. Müller, 159 Seiten, 39,- €, Heidelberg 2008.**

I. „Die Begehung von Straftaten darf sich nicht lohnen. Kriminelle Gewinne müssen deshalb abgeschöpft werden und den Opfern zugute kommen. Die Staatsanwaltschaft ist dieser Vermögensabschöpfung in den vergangenen Jahren zunehmend nachgegangen – und hat damit auch die Organisierte Kriminalität, die insbesondere durch ihr Gewinnstreben gekennzeichnet ist, effektiv bekämpft. Mit dem jetzt verabschiedeten Gesetz sind die Instrumentarien weiter verbessert worden“, so Zypries in einer Pressemitteilung des BMJ ([http://www.bmj.bund.de/enid/Pressestelle/Pressemitteilungen\\_58.html?druck=1&pmc\\_id=2570](http://www.bmj.bund.de/enid/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html?druck=1&pmc_id=2570)).

Eines der Ziele der Vermögensabschöpfung ist, dem Täter, ursprünglich in Fällen der Organisierten Kriminalität der Organisation, durch die Entziehung des illegal erlangten Vermögens den Anreiz weiterer Straftaten zu nehmen.

Neben diesem Ziel ist gerade bei international agierenden Täterkreisen auch die Strafverfolgung und damit die Überführung von Straftätern ein beabsichtigter Zweck. Versuchen Straftäter ihr erworbenes Kapital unter der Legende einer legalen Herkunft in den Wirtschaftskreislauf einzuführen, verliert es – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt kurzfristig – seine Tarnung und gibt den Strafverfolgungsbehörden damit die Möglichkeit, Schlüsse auf die Herkunft der Mittel und die dahinter stehenden Täter zu ziehen.

Ein dritter Zweck, mit welchem die Gewinnabschöpfung im Rahmen der Einziehung und des Verfalls begründet wird, ist der Opferschutz. Da in einer Reihe von Fällen die Gewinne aus Straftaten als Kehrseite eine Vielzahl von Geschädigten hervorbringen, soll über die vorläufige Sicherstellung und den nachrangigen Anspruch des Staates ein Täter-Opfer-Ausgleich in Form eines Anspruchs der Geschädigten gegen das sichergestellte Vermögen – unter anderem auch im Wege einer Rückgewinnungshilfe – realisiert werden.

Spätestens mit dem „Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten“, welches seit 01.01.2007 in Kraft getreten ist, ist die Gewinnabschöpfung noch stärker in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden gerückt. Wurde die Abschöpfung illegalen Vermögens bereits 1974 in das Strafgesetzbuch aufgenommen und 1992 mit dem Übergang vom Nettozum Bruttoprinzip noch einmal verschärft, fand es in den Anfangsjahren kaum Beachtung in Rechtsprechung und Justiz. Nach und nach wurden jedoch die Eingriffsvoraussetzungen abgesenkt und das ursprünglich komplexe Regelungsgefüge vereinfacht, so dass nunmehr bereits bei einem *einfachen Tatverdacht* vorläufige Maßnahmen bis zu einem Jahr aufrechterhalten werden können. Dies alles führte dazu, dass sich Einziehung und Verfall als Grundpfeiler der Vermögensabschöpfung im Strafrecht auch bei den Ermittlungsbehörden durchgesetzt und in der Folge auch die Aufmerksamkeit der Justiz auf sich gezogen haben.

Während bei den lokalen Polizeidienststellen eigens eingerichtete Finanzermittler bereits zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens Beschuldigte auf deren Vermögen hin durchleuchten und entsprechende Maßnahmen ergreifen, findet landesüberschreitend ein regelrechter Wettlauf in Bezug auf eingezogenes Vermögen statt. Dass diese Vorgehensweise nicht nur rechtsstaatliche Probleme aufwirft, sondern vielmehr jeden Strafverteidiger zunehmend in die Pflicht nimmt und dessen Aufmerksamkeit fordert, ergibt sich schon aus der Tatsache, dass bereits die vorläufigen Maßnahmen geeignet sind, die wirtschaftliche Existenz des eigenen Mandanten nachhaltig zu bedrohen.

II. Gerhard Janssen richtet sich mit seinem Buch in erster Linie an Strafverteidiger und bietet einen Einstieg in die Materie – auch unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Aspekte. Im vierten Teil seines Werks werden daneben auch die für Nebenklage und Adhäsionsverfahren relevanten Themen angerissen.

1. Während in einem allgemein gehaltenen ersten Teil die Geschichte und Bedeutung der Gewinnabschöpfung und deren Konsequenzen für die Verteidigung und Mandatsübernahme skizziert wird, steigt Janssen bereits in Teil zwei tief in die Verfahrensregelungen nach §§ 111b ff StPO zur vorläufigen Sicherung von Vermögenswerten ein.

2. Auf gut 90 Seiten erfolgt eine Darstellung der Strafverfolgung möglichen Maßnahmen während des Ermittlungsverfahrens, geordnet nach den zu bildenden Fallgruppen der *Sicherung durch Beschlagnahme*, *Sicherung durch dinglichen Arrest* und der *Rückgewinnungshilfe im Wege der Beschlagnahme oder des dinglichen Arrestes*.

Aufgezeigt werden jeweils die Anordnungsvoraussetzungen der Maßnahmen samt möglicher Rechtsbehelfe sowie in einem weiteren Teil die Durchführung der Beschlagnahme bzw. Vollziehung des Arrestes. Geboten wird dem Leser hierbei eine breit angelegte Übersicht über das Instrumentarium der §§ 111b ff StPO einschließlich der Beschlagnahme von Schriften als Sonderform der Beschlagnahme und Checklisten für den Verteidiger zur

vereinfachten Prüfung bereits vorgenommener Sicherungsmaßnahmen. Letztere geben zusammenfassend einen wiederholenden guten Überblick über die behandelten Komplexe, sollten jedoch nicht dazu verleiten, alleine auf die verkürzten Checklisten zu vertrauen.

Trotz des breit angelegten Überblicks, welcher in diesem Teil vermittelt werden soll, gelingt es Janssen – wenigstens knapp – auch auf Besonderheiten der Umsetzung der Beschlüsse zur vorläufigen Sicherung in Bezug auf die jeweils zu sichernden Gegenstände einzugehen. Aufgrund der Vielzahl von unterschiedlichen Fallvarianten wirken diese Detaildarstellungen teilweise wie aneinander gereihte Bausteine, wobei dem Autor zu Gute zu halten ist, dass eine ausführlichere Behandlung nicht nur das Werk, sondern auch den mit ihm verbundenen Zweck, einen ersten und umfassenden Einstieg in die Materie zu erleichtern, sprengen würde.

In einem dritten Abschnitt wird die letzte Fallgruppe der vorläufigen Maßnahmen, die Zurückgewinnungshilfe, welche im Laufe der Gesetzgebung starke Veränderungen erfahren hat, behandelt. Um das Verständnis der hinter diesen Regelungen stehenden Ziele zu erleichtern, skizziert Janssen vorab die geschichtliche Entwicklung dieser Vorschriften. In einem weiteren Schritt stellt er die Voraussetzungen und die Umsetzung der Sicherung zum Zweck der Zurückgewinnungshilfe dar.

3. Im dritten Teil seines Buches verlässt Janssen den Bereich der vorläufigen Maßnahmen und wendet sich den materiell-rechtlichen Vorschriften des Verfalls als Folge einer vorläufigen Maßnahme zu. Unterteilt in die Maßnahmen nach dem Strafgesetzbuch und Sanktionen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht werden die Voraussetzungen des Verfalls, der Ausschluss des Verfalls, der Verfall bei Nutzungen und Surrogaten sowie die Anordnung des Verfalls bei Dritten beleuchtet.

Abschließend wird auf die in der Praxis häufig herangezogene Härtevorschrift des § 73c StGB und der erweiterte Verfall nach § 73d StGB eingegangen. Im Vergleich mit der Darstellung der vorläufigen Maßnahmen im zweiten Teil gerät die materiell-rechtliche Darstellung des Verfalls relativ kurz. Wer erwartet, weiterführende Informationen, insbesondere auch in Bezug auf revisions-, steuer- und insolvenzrechtliche Maßnahmen zu erhalten, wird enttäuscht. Nichts desto weniger bietet Janssen auch in diesem Kapitel einen guten Überblick über die Struktur und den Anwendungsbereich der §§ 73 ff StGB und offeriert dem Leser anhand ausreichender Quellen- und Literaturverweise die Möglichkeit, weiterführende Informationen zu den jeweils angerissenen Aspekten leicht aufzufinden.

Erwähnenswert ist ferner die Darstellung der Gewinnabschöpfung aus ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sicht. Dies deshalb, da eine Reihe vergleichbarer Literatur diesen Aspekt vollständig außen vor lässt, obgleich es sich um einen Bereich handelt, der gerade von Strafverteidigern, welche auch juristische Personen beraten bzw. „verteidigen“, nicht unberücksichtigt bleiben darf.

4. Wie bereits angesprochen, richtet sich das Werk in insbesondere an Verteidiger, welche einen Einstieg in die

auf den ersten Blick komplexe Regelung der Vermögensabschöpfung gewinnen möchten. Gleichwohl ist schon aus dem Regelungszweck des Täter-Opfer-Ausgleichs eine Auseinandersetzung mit diesem Thema auch für Vertreter der Nebenklage und Adhäsionskläger unabdingbar.

In seinem vierten Teil geht Janssen auf diese Tätigkeitsbereiche ein, verlässt allerdings den Kernbereich der Vermögensabschöpfung bzw. Rückgewinnungshilfe und beschränkt sich im Wesentlichen auf allgemeine Ausführungen zu den Voraussetzungen und Zwecken der Nebenklage bzw. des Adhäsionsklägers.

Lohnenswert ist dieses Vorgehen insofern, als dass diese beiden Bereiche seitens der meisten Strafrechtler kaum Beachtung erhalten; wünschenswert wäre jedoch, dem engagierten Vertreter der Nebenklage auch in Bezug auf Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der Rückgewinnungshilfe bzw. der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen weiterführende Informationen an die Hand zu geben.

5. Quasi als Annex geht Janssen auf knapp 15 Seiten auf die Anordnung des Verfalls durch das Gericht im Wege des Urteils, des Strafbefehls oder im selbständigen Verfahren bzw. durch nachträgliche Anordnung durch Beschluss ein.

Für den Verteidiger insofern interessant als die Anordnung des Verfalls im Rechtsmittelverfahren – auch isoliert – überprüfbar ist und ihm somit bereits während des Hauptverfahrens in erster Instanz ein „Druckmittel“ bzw. Verhandlungsmasse bei Absprachen mitgegeben wird.

Auf wenigen Seiten dargestellt verschafft Janssen dem Leser einen guten Überblick über die Möglichkeiten der Anordnung des Verfalls und deren Anfechtung. Diese sind, wie dem gesamten Buch zugrunde gelegt, mit einer Vielzahl von weiterführenden Nachweisen und Fundstellen belegt, um ein entsprechend vertieftes Studium – sofern im Detail notwendig – zu ermöglichen.

III. Als Fazit kann gezogen werden, dass die *Gewinnabschöpfung im Strafrecht* dem Titel der Reihe *Praxis der Strafverteidigung* gerecht wird und jedem Strafverteidiger einen guten Einstieg in die zunehmend in den Fokus der Strafverfolgung und Justiz rückende Gewinnabschöpfung bietet.

Da nicht nur in Wirtschafts- und Steuerstrafverfahren, sondern zunehmend auch in Betäubungsmittelsachen, Betrugs- und Hehlereiverfahren Vermögenswerte, sofern solche durch die Finanzermittler aufgefunden, eingezogen werden, wird man im Bereich der Strafverteidigung nicht umhin kommen, sich mit der Abschöpfung von Gewinnen aus Straftaten auseinander zu setzen. Durch die Absenkung der Eingriffsvoraussetzungen und den damit verbundenen massiven Eingriffsmöglichkeiten der Ermittlungsbehörden sowie den nur unzulänglichen Schadensersatz- und Härtefallregelungen ist eine Verteidigung bereits im Vorverfahren auch in diesem Hinblick unerlässlich. Hierfür bietet Janssen einen gelungenen Einstieg in das Zusammenspiel der entsprechenden Re-

gelingen in StPO und StGB und bietet durch seinen umfangreichen Fußnotenapparat darüber hinaus die Möglichkeit, weiterführende Fragen zu beantworten.

**Franz Heinz**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Erlangen, Akademischer Rat an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

\*\*\*

**Dirk Sauer: Konsensuale Verfahrensweisen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht; Praxis der Strafverteidigung, Bd. 37, Verlag C.F.Müller, 254 Seiten, 45 €, Heidelberg 2008.**

In dem Vorwort zu seiner Arbeit führt *Sauer* aus, bei einer gesetzlichen Regelung von Absprachen sei zu erwarten, dass schlicht diejenige Dogmatik der Urteilsabsprache, die der BGH entwickelt habe, in ganz wesentlichen Teilen in Gesetzesform gegossen werde. Deshalb seien Verteidiger gut beraten, sich mit den Regeln ganz unabhängig davon vertraut zu machen, ob sie bereits in die StPO aufgenommen worden seien oder nicht. Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 28. Mai 2009 hat die vom BGH entwickelten Regeln teilweise übernommen, teilweise abweichende Regelungen getroffen, etwa an die Stelle der gerichtlichen Zusage einer Strafobergrenze bei einem Geständnis die Vereinbarung des Gerichts mit der Zusage einer Unter- und Obergrenze der Strafe gesetzt (§ 257c III StPO), ohne zwingend ein Geständnis zu verlangen (§ 257c II 2 StPO), und ein gegenüber der Rechtsprechung des BGH erleichtertes Abgehen des Gerichts von der Vereinbarung eingeführt (§ 257c IV StPO). Dies alles berührt die Grundtendenz des Werkes nicht, das allenthalben zur Vorsicht in der Handhabung konsensueller Verfahrenserledigungen mahnt, ohne sie zu verteufeln. Wichtig ist vor allen Dingen, dass *Sauer* mehrfach hervorhebt, jede Absprache setze eine vollständige, alle Risiken und Vorteile abwägende Information des Mandanten voraus.

Im 1. Teil beschäftigt sich *Sauer* zunächst mit den hergebrachten Möglichkeiten konsensueller Verfahrenserledigungen, also mit dem Strafbefehlsverfahren und den Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO (S. 1-9). Dabei hebt er zu Recht hervor, dass die Einführung des § 153a StPO, die Erweiterungen der Einstellungsmöglichkeiten bis weit in den Bereich der mittleren Kriminalität und die Ausdehnung des Strafbefehlsverfahrens einen besonders schweren Eingriff in das Gefüge des deutschen Strafprozessrecht darstellten (S. 3). Die praktische Bedeutung im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht bleibe davon unberührt. Der Verteidiger stehe tagtäglich vor der Notwendigkeit, über konsensuale Erledigungen durch Strafbefehl oder durch ein Austauschgeschäft nach § 153a StPO nachzudenken und seinen Mandanten über Verständigungsmöglichkeiten aufzuklären (S. 7 ff). Dies habe auch zu einem veränderten Bild des Strafverteidigers geführt, der nicht nur die Rolle des „engagierten Streiters“, sondern auch die des Konsensorganisations beherrschen müsse (S. 9). *Sauer* wendet sich dann in dem 2. Abschnitt dieses Teils dem Streit um die Urteilsabsprache zu (S. 10-52). Den Schwerpunkt dieses Teils bildet die „Positions-

bestimmung“ (S. 20-52). Dabei hebt *Sauer* zu Recht hervor, dass sich bei einvernehmlichen Verfahrenserledigungen der Verteidiger in der schwierigsten Situation befindet, weil er den Interessen des Mandanten verpflichtet ist und folglich sich Angeboten seitens des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft nicht entziehen kann, sondern verpflichtet ist, zu prüfen, ob sein Mandant durch eine konsensuale Lösung Vorteile oder eher Nachteile zu besorgen hat (S. 20 ff). Dabei könne er die Rechtsprechung – und dies gilt heute ebenso für § 257c StPO – nicht ignorieren und sich nicht schlicht auf den Standpunkt zurückziehen, die Rechtsprechung sei auf Abwege geraten und er wirke an Absprachen nicht mit. Freilich müsse er sich stets eine eigene Position in dem Meinungsstreit bilden. *Sauer* sieht die Ursachen für die Ausbreitung konsensueller Verfahren nicht in einem Verfall der Rechtskultur, sondern in einer Anpassung der Praxis an gewandelte Wertvorstellungen und Anforderungen an das Rechtssystem, denen sich auch die Strafrechtler nicht entziehen könnten (S. 24 f.). Er sieht die mutmaßlichen Ursachen in dem Paradigmenwechsel von der Vergeltung zur Prävention (S. 25 f.), in der Stärkung der Rolle des mutmaßlichen Opfers (S. 26 f.) und in der Fehlentwicklung des materiellen Strafrechts mit der Folge der Unklarheit über den Ausgang eines langen, den Beschuldigten belastenden Verfahrens, oft medial aufbereitet „zu einem gesellschaftlichen Großereignis mit unübersehbaren Ursachen und Wirkungen“ (S. 27 ff.). *Sauer* ist darin zuzustimmen, dass gerade der letzte Punkt zu dem ständigen Bestreben führt, einen Verfahrensabschluss ohne Hauptverhandlung oder in einer kurzen, abgesprochenen Hauptverhandlung anzustreben. Die Auseinandersetzung *Sauers* mit der Rechtsprechung und ihren Kritikern (S. 32 ff.) ist auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren noch lesenswert, weil sie an der unbestritten stets möglichen offenen und transparenten Hauptverhandlung anknüpft und schrittweise erwägt, welche Schritte gesetzwidrig, welche ohne weiteres zulässig und welche problematisch sind.

Im 2. Teil beschäftigt sich *Sauer* mit dem normativen Rahmen für konsensuale Verfahrensweisen (S. 53-166). Vorwegzuschicken ist, dass *Sauers* Betrachtungen auch nach der gesetzlichen Regelung der Verständigung vollständige Beachtung verdienen. Prägnant führt er aus, der „klassische“ Verteidiger, der sich sorgfältig mit dem Sachverhalt unter allen rechtlichen Aspekten vertraut gemacht habe und alle für seinen Mandanten sprechenden Gesichtspunkte kunstgerecht in das Verfahren eingeführt habe, trage keine Verantwortung für eine Verurteilung und die persönlichen, wirtschaftlichen und beruflichen Folgen für den Mandanten. Die Möglichkeit eines konsensualen Verfahrensabschlusses stelle den „neuen Strafverteidiger“ vor die Entscheidung, ob und wann er die Verteidigung einstelle, nicht weil sie aussichtslos geworden sei, sondern weil es aus übergeordneten Gründen sinnvoll erscheine, dem Mandanten die Belastungen und die Risiken einer „klassischen Verteidigung“ zu ersparen, auch um den Preis einer Geldauflage oder einer (geringeren) Bestrafung. Damit übernehme der Verteidiger zugleich die Verantwortung (und die zivilrechtliche Haftung) für sämtliche Folgen, die bei Fortführung des streitigen Verfahrens vielleicht vermeidbar gewesen wären. Dies gelte umgekehrt auch für die Verweigerung

eines konsensualen Verfahrensabschlusses (S. 53 f.). Dies führe zu einer gänzlich neuen Verteidigerrolle, die *Sauer* wie folgt umschreibt (S. 56):

Der Verteidiger müsse erkennen, welche Nachteile bzw. Risiken auf der einen und welche Vorteile bzw. Chancen auf der anderen Seite mit der einvernehmlichen Verfahrensweise für den Mandanten verbunden sein könnten; er müsse wissen, wie sich durch sein Verhandeln der Nutzen mehren und der Schaden verringern ließe; er müsse beurteilen können, wie das Ganze ggf. sachgerecht umgesetzt werden könne; er müsse auf der umfassend erarbeiteten, aber trotzdem unsicheren Grundlage einschätzen, welcher der beiden Wege – Konsens oder Konflikt – im Ergebnis vorzuziehen sei (S. 56). Dabei seien die möglichen außerstrafrechtlichen Folgen, zum Beispiel berufsrechtliche, stets sorgfältig zu prüfen.

*Sauer* geht dann auf die verfahrensbeendenden Verständigungen im Einzelnen ein, zunächst auf die Einstellungen nach §§ 153 ff. StPO (S. 59 ff.), alsdann auf das Strafbefehlsverfahren (S. 72 ff.) und schließlich auf die Urteilsabsprache (S. 78 ff.). Die jeweiligen rechtlichen Voraussetzungen legt er knapp und klar dar, wobei er zu Recht prognostiziert, eine gesetzliche Regelung der Absprachen werde sich nicht allzu weit von der Rechtsprechung des BGH entfernen (S. 96 ff.). Auf die Ausführungen zu strafzumessungsrelevanten Gesichtspunkten bei Absprachen (S. 99 ff.) folgen detaillierte und gründliche Erläuterungen zu außerstrafrechtlichen Folgen (S. 111 ff.), insbesondere zu beruflichen Auswirkungen, die erfahrungsgemäß oft nicht berücksichtigt werden, genauso wie häufig nicht bedacht wird, dass Informationen über das Strafverfahren an Berufsorgane zwingend erfolgen. Auch die Darstellung dazu (S. 131 ff.) ist hervorragend. Gelungene Ausführungen zum Steuerstrafverfahren und zum Besteuerungsverfahren (S. 138 ff.) sowie zu konsensualen Verfahrensweisen im Ermittlungsverfahren unter Hervorhebung des jeweiligen „Verständigungspotentials“ (S. 151 ff.) schließen diesen Teil der Arbeit ab.

„Was man tun kann (oder lassen sollte): Praxishinweise“ lautet die Überschrift des letzten Teils (S. 167 ff.). Wer hier eine Checkliste erwartet, wird enttäuscht. Wer Antworten darauf sucht, wie man sich als Verteidiger strafprozessual korrekt und verantwortungsvoll gegenüber dem Mandanten (und den anderen Beteiligten) verhält, wird reich belohnt. Die Überschriften zu den einzelnen Abschnitten verdeutlichen, dass und warum es *Sauer* um die Grundlinien eines Verhaltenskodex geht: Kein grundsätzlicher Gegensatz zwischen Prozessrecht und Mandanteninteresse (S. 169 ff.), weder Wunderwaffe noch Bankrotterklärung der Verteidigung (S. 172 f.), kein durchgängiger Widerspruch zwischen Konflikt und Konsens (S. 173 f.), Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Mandanten (S. 174 ff.), keine Mitwirkung an Verurteilungen auf unzureichender oder unzutreffender Tatsachengrundlage (S. 176 ff.), keine Beliebigkeit hinsichtlich der Gegenstände von Verständigungen (S. 178 f.), kein „Strafverfahren light“ (S. 179 f.). Richtig verstanden, so führt *Sauer* zutreffend aus, kämen konsensuale Verfahrensweisen für die Verteidigung so weit, aber auch nur so weit als Handlungsalternativen in Betracht, wie die Spiel-

räume zum Wohle des Mandanten genutzt werden könnten, ohne mit dem geltenden Recht – jetzt also ohne mit § 257c StPO – in Konflikt zu kommen (S. 180). Überlegungen zur konsensualen Gestaltung des Verfahrensablaufs und einzelner Verfahrensschritte (S. 181 ff.) schließen die Arbeit ab.

*Sauers* Abhandlung ist in der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ erschienen. Sie geht aber weit über eine Praxisorientierung hinaus, weil sie den gelungenen Versuch darstellt, ein Verteidigerethos bei Absprachen zu entfalten, das zeitlos und unabhängig von der jetzt geltenden gesetzlichen Regelung Beachtung fordert und deshalb Pflichtlektüre für jeden Strafverteidiger sein sollte.

Prof. Dr. **Heinz Wagner**, Ahrensburg/Universität Kiel (em.)

\*\*\*

### **Till Soyka: Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften; Duncker & Humblot, Strafrechtliche Abhandlungen – Neue Folge, Bd. 200, 282 Seiten, 74,-€, Berlin 2008.**

I. Die Literatur zur Untreue (§ 266 StGB) zu Lasten von Kapitalgesellschaften bzw. von Juristischen Personen überhaupt hat mittlerweile ein nicht mehr zu überschauendes Ausmaß erreicht. Primär gilt das seit jeher für die GmbH-Untreue. Bedingt durch die Entscheidung des BGH im Fall „Mannesmann/ Vodafone“ (BGHSt 50, 331 ff.) ist in den letzten Jahren auch die Untreue durch die Organe einer Aktiengesellschaft verstärkt in den Blick genommen worden. Die wissenschaftliche und dogmatische Aufarbeitung ist des Weiteren auch nicht an den Juristischen Personen des BGB vorbeigegangen: der Stiftung (vgl. *Lassmann*, Stiftungsuntreue, Berlin 2008; *ders.*, NStZ 2009, 473 ff.) und dem eingetragenen Verein (vgl. *Eisele*, GA 2001, 37 ff.).

Vergleichsweise gering ist hingegen das Interesse, was die Untreue im Zusammenhang mit Personengesellschaften angeht. Diese Abstinenz verwundert aus mehreren Gründen. Zum einen ist die Anzahl der in Deutschland registrierten Handelsgesellschaften nur unwesentlich kleiner als die der Gesellschaften mbH. Anders als bei Verbänden mit Rechtspersönlichkeit (e.V., GmbH, AG, eG) herrscht zum anderen bei Personengesellschaften (OHG, KG, GbR, nichtrechtsfähiger Verein) nicht nur begrifflich, sondern auch inhaltlich erhebliche Unsicherheit in der Festlegung ihrer gesellschaftsrechtlichen Struktur: eine Unsicherheit, die sich naturgemäß auf die strafrechtlichen Wertungen niederschlagen muss (und sollte). Vermutlich liegt es gerade an dieser „Grundlagenungewissheit“ (*Beuthien*, NJW 2005, 855), dass sich die Strafrechtslehre weitgehend zurückhält und die einschlägige BGH-Rechtsprechung unwidersprochen hin- nimmt.

Die hier zu besprechende Untersuchung, eine von *Rönnau* betreute Hamburger Dissertation, füllt demnach eine Lücke und soll, wie *Soyka* am Ende schreibt, „zumindest

Anlass geben, über die bisherige Handhabung der Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften noch einmal kritisch nachzudenken.“

II. Zentrales Thema der Abhandlung ist die Frage, wem das Vermögen einer Personengesellschaft zuzuordnen ist. Gleich zu Anfang gibt *Soyka* zu bedenken, dass die Antwort darauf mit weitreichenden Konsequenzen verbunden ist. So hat das Einverständnis der Gesellschafter in Schädigungsakte nur dann tatbestandsausschließende Wirkung, wenn ihnen die Vermögensdispositionsbefugnis zuzusprechen ist. Wäre das anzunehmen, wäre überdies etwa bei einer Familien-KG für die Strafverfolgung ein Strafantrag erforderlich, §§ 266 Abs. 3, 247 StGB, und schließlich kann die Vermögensinhaberschaft auch für die Schadensberechnung und damit für die Strafzumessung bedeutsam sein.

1. In den „Vorüberlegungen“ zeigt *Soyka* auf, dass insgesamt fünf Lösungen in Betracht kommen: Zu nennen ist erstens die Konzeption, die das Vermögen anteilig den einzelnen Gesellschaftern zuschlägt. Dem steht zweitens die Lehre gegenüber, nach der das Gesellschaftsvermögen als gebundenes Sondervermögen den Gesellschaftern zusammen, d.h. in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zusteht. Eine Sonderstellung nimmt drittens die Meinung ein, der zufolge – wie bei der Juristischen Person – das Vermögen allein der Gesellschaft gehört (*K. Schmidt*). Eine vierte Ansicht (*Nelles*) löst sich von den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und entwickelt ein originär strafrechtliches Konstrukt: Weil es der Gesellschaftergesamtheit vorbehalten ist, über den Vermögensersatz zu entscheiden, muss zwangsläufig ihr das Vermögen der Gesellschaft zugeordnet werden. Als fünften und letzten Ansatz wird von *Soyka* selbst das Modell einer „Doppelzuständigkeit“ herausgearbeitet. Vermögensnachteile betreffen das Sondervermögen und zugleich das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter in Gestalt ihrer Mitgliedschaftsrechte.

2. Diese Thesen werden in den Folgekapiteln wieder aufgegriffen, konkretisiert und analysiert. Hierbei geht *Soyka* jeweils ausführlich auf die rechtlichen Konsequenzen – Vermögensbetreuungspflicht, Einverständnis, Schaden, Strafantrag – ein.

a) Unter – nach *Soyka*: fälschlicher – Berufung auf die gebotene Zivilrechtsakzessorietät gehen BGH und h.L. davon aus, dass mit Rücksicht auf die fehlende Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft als Geschädigte i.S. des § 266 StGB nur die einzelnen Gesellschafter in Betracht kommen. Demgemäß schließt ein Einverständnis aller Gesellschafter die Strafbarkeit aus, während das Einverständnis eines oder mehrerer Mitgesellschafter die Höhe des Schadens entsprechend verringert. Breiten Raum nimmt in diesem Zusammenhang die informative Darstellung der möglichen Schadensposten ein (S. 64-93), bei der *Soyka* zwischen den einzelnen Gesellschaftstypen differenziert und zudem das Gesellschaftsgeflecht der GmbH & Co. KG in die Betrachtung einbezieht. In seiner Kritik deckt *Soyka* vor allem die unübersehbaren Schwachstellen in der Schadensdogmatik des BGH auf, der er letztlich „Konzeptlosigkeit und Unklarheit“ bescheinigt (S. 138).

b) Den Vorzug gibt *Soyka* der im Gesellschaftsrecht überwiegenden Auffassung, die das Vermögen der Gesellschaftergesamtheit zuweist (S. 139-166). Abermals werden die Folgerungen dieser Prämisse nachgezeichnet, wonach das Einverständnis grundsätzlich von allen Gesellschaftern getragen werden muss und ein Strafantrag nur notwendig ist, wenn sämtliche Gesellschafter zum Personenkreis des § 247 StGB gehören. Für ein straflos stellendes Einverständnis soll es nach *Soyka* allerdings auch ausreichen, wenn der Beschluss der Gesellschafter mit Mehrheit zustande gekommen ist (S. 149), es sei denn, es ist ein Einstimmigkeitsprinzip vorgesehen. Wenn *Soyka* darüber hinaus den Standpunkt einnimmt, der Beschluss dürfe gegenüber den überstimmten Mitgesellschaftern nicht treuwidrig sein (S. 152), hätte man sich gerade zu diesem Punkt nähere Ausführungen gewünscht.

c) Vernachlässigt werden kann an dieser Stelle die Theorie, die die Personengesellschaft selbst als Vermögensinhaberin wertet. Zum einen ist nicht zu erwarten, dass sich dieser Ausgangspunkt im Strafrecht jemals durchsetzen könnte. Zum anderen bereitet hier die Schadensberechnung keine Schwierigkeiten, und es ist auch klar, dass es ein Strafantragserfordernis nicht gibt. Die Frage ist nur, ob und inwieweit beim Einverständnis auf GmbH-Grundsätze zurückgegriffen werden kann (dazu ausführlich *Soyka*, S. 169-192).

d) Keine Abweichungen zu b) ergeben sich auf der Grundlage der Sichtweise, die sich vom Gesellschaftsrecht zu emanzipieren sucht (S. 196-200) und das Ergebnis einer Gesamtzuständigkeit lediglich auf eine autonom strafrechtliche Herleitung stützt.

e) Hiernach entwickelt *Soyka* sein eigenes Lösungsmodell (S. 201-246): Schädigungen des Gesellschaftsvermögens fallen auf die Wertigkeit der Mitgliedschaftsrechte des einzelnen Gläubigers zurück. Die Treupflicht des Geschäftsleiters gegenüber den Gesellschaftern wird dabei – was nicht unangreifbar erscheint – auf ein tatsächliches Treuverhältnis zurückgeführt. Der (mittelbare) Individualschaden berechnet sich nach der entsprechenden Verlustquote, ablesbar aus der Verringerung des jedem einzelnen zugewiesenen Kapitalkontos. In Bezug auf seinen Geschäftsanteil kann jeder Gesellschafter mit (insoweit) strafbefreiender Wirkung sein Einverständnis erklären. Zivilrechtlich wirksame (und überdies treugemäße) Mehrheitsbeschlüsse muss der Überstimmte gegen sich gelten lassen, mit der Folge, dass eine Untreue zu seinem Nachteil ausgeschlossen ist.

3. Im Schlusskapitel (S. 247-268) stellt *Soyka* die fünf Lösungsvorschläge nochmals wertend (mit Schaubild, S. 249) einander gegenüber und wirft zuletzt die Frage auf, wie sich die beiden von ihm favorisierten Sichtweisen konkurrenztechnisch zueinander verhalten. Sein Ergebnis lautet, dass die Untreue zum Nachteil des Gesellschafts(sonder-)vermögens im Wege der Konsumtion von der Untreue zu Lasten der einzelnen Gesellschafter verdrängt wird: Formaljuristisch seien zwar getrennte Vermögensmassen betroffen; gleichwohl sei der Unrechtsgehalt beider Taten im Kern identisch.

## Schrifttum

Dies freilich lässt Bedenken zurück. Denn gerade bei der Untreue ist es gang und gäbe, dass es trotz einer Schädigungsaktion zu Verdoppelungen oder sogar zu Vervielfachungen kommt. Erinnert sei nur an den Insolvenzverwalter, der sich im Umgang mit dem ihm anvertrauten Vermögen zu unredlichen Machenschaften versteigt. Obwohl hier nur *ein* Vermögen – die Konkursmasse – in Rede steht, ist dennoch auf zwei – eigenständige – Taten zu erkennen: Untreue zu Lasten des Schuldners und zum Nachteil der Insolvenzgläubiger.

III. Resümierend kann festgehalten werden, dass die von *Soyka* aufgezeigten Ergebnisse sich nur marginal von der

Einzelbetrachtung der im Strafrecht h.A. unterscheiden. Zu Abweichungen kommt es nur mit Blick auf Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafter, die sich aber praktisch kaum auswirken, weil *Soyka* insoweit das Korrektiv der Treuwidrigkeit einbaut. Dementsprechend liegt das Verdienst des Werkes nicht darin, ein Gegenkonzept vorzustellen. Es ist vielmehr darin zu sehen, dass die h.M. in Annäherung an die Erkenntnisse im Gesellschaftsrecht auf eine solidere dogmatische Grundlage gestellt wird.

Professor Dr. **Jürgen Seier**, Universität zu Köln

## Rechtsprechung

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

### **1035. BGH 3 StR 280/09 – Beschluss vom 24. September 2009 (LG Bückeburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge; Teilmengen mit unterschiedlichen Bestimmungen; Auslandstaten; Abgabe; Einfuhr; Bewertungseinheit und Schranke des schwereren Delikts); Täterschaft; Beihilfe; Konkurrenzen.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

### **1036. BGH 3 StR 302/09 – Urteil vom 5. November 2009 (LG Oldenburg)**

Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft.

§ 349 Abs. 4 StPO

### **1037. BGH 3 StR 392/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Wuppertal)**

Schwere Brandstiftung (Inbrandsetzen gewerblich genutzter Teile eines auch Wohnzwecken dienenden Gebäudes).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

### **1038. BGH 3 StR 424/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Kiel)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Nichtanordnung; Beschwer); hinreichend konkrete Aussicht eines Therapieerfolgs.

vor § 296 StPO; § 64 StGB

### **1039. BGH 3 StR 430/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Hannover)**

Strafzumessung (generalpräventive Überlegungen); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation).

§ 46 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

### **1040. BGH 3 StR 433/09 – Beschluss vom 3. November 2009 (LG Krefeld)**

Unzulässige Revision (fehlende Begründung; fehlende Anträge).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

### **1041. BGH 5 StR 242/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Hamburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beihilfe; Verfall).

§ 73 StGB; § 29a BtMG; § 27 StGB

### **1042. BGH 5 StR 261/09 – Urteil vom 28. Oktober 2009 (LG Cottbus)**

Teilverurteilung; Teilfreispruch; Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

### **1043. BGH 5 StR 274/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Hamburg)**

Aufklärungspflicht (Schuldfähigkeit; Sachverständiger).

§ 21 StGB; § 244 StPO

### **1044. BGH 5 StR 289/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Cottbus)**

Urteilsgründe (widersprüchliche Feststellungen); Strafzumessung (Berücksichtigung nicht festgestellter weiterer Taten); Beruhen.

§ 267 Abs. 3 StPO; § 46 StGB; § 337 StPO

**1045. BGH 5 StR 296/09 – Urteil vom 27. Oktober 2009 (LG Berlin)**

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Symptomtaten; Rückfallverjährung; Altfälle (aus rechtlichen Gründen unmögliche frühere Unterbringung in der Sicherungsverwahrung).

§ 66 StGB; § 66b StGB

**1046. BGH 5 StR 356/09 (alt: 5 StR 244/08) – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Berlin)**

Unbegründete Revision (Verwerfung durch Beschluss; Terminantrag).

§ 349 Abs. 2 StPO

**1047. BGH 5 StR 373/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Dresden)**

Verwertung einer freiwillig abgegebenen Speichelprobe (fehlende Schriftform; Widerspruch gegen die Verwertung; Dispositionsfreiheit des Angeklagten).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 81f Abs. 1 SPO; § 81g Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**1048. BGH 5 StR 380/09 – Beschluss vom 11. November 2009 (LG Braunschweig)**

Lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe (unterlassene Festsetzung einer Einzelstrafe; gesetzliches Mindestmaß).

§ 211 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**1049. BGH 5 StR 382/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Chemnitz)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Aussicht auf Behandlungserfolg); erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Sachverständiger.

§ 64 StGB; § 21 StGB; § 246a StPO

**1050. BGH 5 StR 384/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Frankfurt/Oder)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (Beschränkung auf die Rechtsfolgenentscheidung).

§ 400 Abs. 1 StPO

**1051. BGH 5 StR 388/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Hamburg)**

Anrechnung im Ausland erlittener Untersuchungshaft (Rumänien; Bulgarien; Maßstab 1:1).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

**1052. BGH 5 StR 394/09 (alt: 5 StR 375/08) – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Braunschweig)**

Strafzumessung; Gesamtstrafenbildung (Wertungsfehler; enger Zusammenhang; gesunkene Hemmschwelle bei mehrfacher Tatbegehung).

§ 46 StGB; § 54 StGB

**1053. BGH 5 StR 401/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009**

Berichtigungsbeschluss.

§ 260 StPO

**1054. BGH 5 StR 413/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (kein Vorrang der Sozialtherapie; Behandlungsmotivation).

§ 64 StGB

**1055. BGH 5 StR 419/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Diagnose einer Persönlichkeitsstörung; Beurteilung der Aussagetüchtigkeit; eigene Sachkunde; Aufklärungspflicht; Pflicht zu Einholung eines Sachverständigengutachtens); Beweiswürdigung (Aussagekonstanz; Feststellungen).

§ 244 Abs. 2, Abs. 4 StPO; § 261 StPO

**1056. BGH 5 StR 421/09 – Beschluss vom 9. November 2009 (LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Abhängigkeit; intensive Neigung); Revisionserstreckung auf Mitangeklagte (Unterbringungsentscheidung).

§ 64 StGB

**1057. BGH 5 StR 439/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Bremen)**

Begründung der Revision (Rüge rechtsfehlerhafter polizeilicher Vernehmung eines Jugendlichen).

§ 67 Abs. 1 JGG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**1058. BGH 5 StR 443/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Chemnitz)**

Beweiswürdigung; Überzeugungsbildung; Strafzumessung (Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Handeln unter vollständiger Observation der Polizei); Einziehung.

§ 261 StPO; § 46 StGB; § 74 StGB; § 29a BtMG

**1059. BGH 5 StR 453/09 – Beschluss vom 9. November 2009 (LG Berlin)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Ermessensausübung bei Vorliegen der Voraussetzungen).

§ 21 StGB; § 64 StGB

**1060. BGH 5 StR 460/08 – Beschluss vom 11. November 2009**

Vorlagebeschluss; Entscheidung über die Entlassung eines Zeugen (Abwesenheit des Angeklagten); Beanstandung der Entlassungsentscheidung (Entscheidung des Gerichts); Begriff der Vernehmung.

§ 132 GVG; § 247 StPO; § 238 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

**1061. BGH 5 StR 530/08 – Urteil vom 11. November 2009 (LG Berlin)**

BGHSt; Zeugenvernehmung; Augenscheinseinnahme; Abwesenheit des Angeklagten; Heilung; Anfrageverfahren (entgegenstehende Rechtsprechung); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Komensation; Recht auf Beschwerde).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 132 GVG; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

**1062. BGH 5 ARs 53/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009**

Anfragebeschluss; summarischer Anklagesatz (Serien-Vermögensstraftaten).  
§ 132 GVG; § 200 StPO; § 243 Abs. 3 StPO

**1063. BGH 1 StR 320/09 – Beschluss vom 7. Oktober 2009 (LG Duisburg)**

Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Hinterziehung von Sozialabgaben; unterlassene vollständige Meldungen; Schwarzlohnzahlungen).  
§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 28f Abs. 3 SGB IV; § 28a SGB IV; § 41a EStG; § 266a StGB; § 370 AO

**1064. BGH 1 StR 343/09 – Urteil vom 27. Oktober 2009 (LG Freiburg)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; sexuelle Nötigung; rechtsfehlerhafte Annahme eines minder schweren Falles (Wertungsfehler bei der Strafzumessung; fehlerhafte Annahme einer an der unteren Grenze zur Erheblichkeitsschwelle liegenden Sexualhandlungen; rahmenbeschlusskonforme Auslegung).  
§ 177 Abs. 5 StGB; § 176 Abs. 1, Abs. 3 n.F. StGB; § 46 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 2 Abs. 3 StGB; § 184f StGB

**1065. BGH 1 StR 415/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Landshut)**

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

**1066. BGH 1 StR 426/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Ulm)**

BGHSt; sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses (Begriff des Psychotherapeuten; Auslegung nach dem Bestimmtheitsgebot); Missbrauch einer Widerstandsunfähigkeit; Strafzumessung.  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 174c Abs. 2 StGB; § 179 StGB; § 1 Abs. 1 Satz 4 PsychThG; § 1 Abs. 3 PsychThG; § 46 StGB

**1067. BGH 1 StR 459/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG München I)**

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

**1068. BGH 1 StR 478/09 – Beschluss vom 7. Oktober 2009 (LG München II)**

Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Hinterziehung von Sozialabgaben; Arbeitgeber; Feststellung eines Arbeitsverhältnisses: Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen); Abgrenzung von Verbotsirrtum und Tatbestandsirrtum (Statusverfahren; Vermeidbarkeit; Subsumtionsirrtum).  
§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV; § 41a EStG; § 266a StGB; § 370 AO; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB

**1069. BGH 1 StR 480/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG München I)**

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

**1070. BGH 1 StR 510/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Nürnberg)**

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

**1071. BGH 1 StR 515/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Konstanz)**

Rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzuges (maßgeblicher Halbstrafenzeitpunkt); fehlerhafte Tenorierung (Berichtigung).  
§ 267 Abs. 2 StGB; § 267 StPO

**1072. BGH 2 StR 176/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Limburg an der Lahn)**

Verfahrenseinstellung gemäß § 206a StPO.  
§ 206a StPO

**1073. BGH 2 StR 256/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (LG Aachen)**

Keine Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung durch Aufhebung infolge eines Verfahrensfehlers (Kompensation; eklatanter Rechtsfehler).  
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

**1074. BGH 2 StR 283/09 – Beschluss vom 7. Oktober 2009 (LG Erfurt)**

Strafzumessung (unzulässige Strafschärfung bei bestreitendem jugendlichen Angeklagten).  
Art. 6 EMRK; § 46 StGB

**1075. BGH 2 StR 300/09 – Urteil vom 30. September 2009 (LG Koblenz)**

Untreue (existenzgefährdender Eingriff: Angriff auf das Stammkapital; Liquidation; rechtsfehlerhafte Verneinung des Vorsatzes: voluntatives Vorsatzelement).  
§ 266 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

**1076. BGH 2 StR 329/09 – Beschluss vom 30. September 2009 (LG Aachen)**

Voraussetzungen für die Garantenstellung eines Wohnungsbesitzes (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln); Beihilfe durch die Zurverfügungstellung einer Wohnung.  
§ 29 BtMG; § 13 StGB; § 27 StGB

**1077. BGH 2 StR 372/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Erfurt)**

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

**1078. BGH 2 StR 377/09 – Beschluss vom 21. Oktober 2009 (LG Köln)**

Rechtsfehlerhafte Bildung der Gesamtstrafe nach Bruchteilen der Einzelstrafensumme.  
§ 54 StGB

**1079. BGH 2 StR 380/09 – Beschluss vom 21. Oktober 2009 (LG Aachen)**

Rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzuges (zwingend maßgeblicher Halbstrafenzeitpunkt).  
§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

**1080. BGH 2 StR 416/09 – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (Limburg an der Lahn)**

Unzulässige Revision.  
§ 341 Abs. 1 StPO

**1081. BGH 4 StR 247/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Bochum)**

Kompensation einer Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung nur durch Feststellung des Konventionsverstößes (Abhilfe; Recht auf Beschwerde); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

**1082. BGH 4 StR 250/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Bochum)**

Kompensation einer Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung nur durch Feststellung des Konventionsverstößes (Abhilfe; Recht auf Beschwerde); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

**1083. BGH 4 StR 287/09 – Urteil vom 15. Oktober 2009 (LG Magdeburg)**

Rechtfehlerhaft begründeter Freispruch (DNA-Spuren; Alternativtäterschaft als mögliche Alternativtäterschaft als gedankliche, abstrakttheoretische Möglichkeit).

§ 261 StPO

**1084. BGH 4 StR 299/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Magdeburg)**

Kein Anwesenheitsrecht des Angeklagten und des Verteidigers bei der ermittlungsrichterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 168c StPO

**1085. BGH 4 StR 307/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Detmold)**

Betrug (Täuschung; Abgrenzung von Tatsache und Werturteil); Rechtsfehlerhafte da widersprüchliche Gesamtstrafenbildung.

§ 263 StGB; § 54 StGB

**1086. BGH 4 StR 340/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Stralsund)**

Wertersatzverfall (entgegenstehende Ansprüche des Verletzten).

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

**1087. BGH 4 StR 347/09 – Urteil vom 24. September 2009 (LG Dortmund)**

Gefährliche Körperverletzung im Amt; Notwehr (Nothilfe; Fußtritte eines Polizeibeamten; Gebotenheit; Unverhältnismäßigkeit); Zuständigkeit des Revisionsgericht für die sofortige Beschwerde in Kostensachen.

§ 340 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 4 StGB; § 32 StGB; § 464 Abs. 3 Satz 3 StPO

**1088. BGH 4 StR 348/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Rostock)**

Rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzuges (Ermessensreduktion auf Null; maßgeblicher Halbstrafenzeitpunkt).

§ 67 Abs. 2 StGB

**1089. BGH 4 StR 429/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Halle)**

Unzulässige Revision der Nebenklägerin (Darlegung einer Gesetzesverletzung; Ausnahmefälle).

§ 400 Abs. 1 StPO

**1090. EGMR Nr. 29705/05 – Entscheidung vom 2. Juni 2009 (Kunkel v. Deutschland)**

Recht auf Freiheit der Person und Recht auf Akteneinsicht (Recht auf ein faires Verfahren; Waffengleichheit; Gefährdung des Untersuchungszwecks; Untersuchungshaft; Haftprüfungsverfahren); Streichung aus dem Register nach Anerkennung der Verletzung durch die Bundesregierung (Widerspruch des Beschwerdeführers); Korruptionsverfahren; gerechte Entschädigung; redaktioneller Hinweis.

Art. 5 Abs. 1, Abs. 4 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 41 EMRK; § 147 Abs. 2 StPO; Art. 37 EMRK; Art. 38 Abs. 1 lit. b EMRK; § 299 StGB; § 331 StGB

**1091. BGH 1 StR 205/09 – Urteil vom 28. Oktober 2009 (LG Münster)**

BGHR; Fall Bad Coesfeld; Anklagesatz (Umgrenzungsfunktion; Rückgriff auf das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen); Voraussetzungen der Mittäterschaft (Exzess; Vorsatz; Gleichgültigkeit; eigener Tatbeitrag); Verhältnis zwischen dem Tatbestandsirrtum und der Irrtumsvorschrift des Wehrstrafrechts; kein rechtfertigende Einwilligung bei der entwürdigenden Behandlung.

§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 16 StGB; § 17 StGB; § 30 WStG; § 31 WStG; § 5 Abs. 1 WStG; § 25 Abs. 2 StGB

**1092. BGH 1 StR 205/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1093. BGH 1 StR 476/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Mannheim)**

Erörterungsmängel hinsichtlich einer möglichen Notwehrlage (rechtfertigender Notstand; Notwehrexzess); Strafmilderung bei vermeidbarem Verbotsirrtum (mangelnde Prüfung der Vermeidbarkeit).

§ 32 StGB; § 33 StGB; § 17 StGB

**1094. BGH 1 StR 501/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Münster)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Lohnsteuerhinterziehung durch Beschäftigung von „Schwarzarbeiterkolonnen“ (Handeln aus grobem Eigennutz; Rechtsgut des Aufkommens der Sozialversicherungen).

§ 266a StGB; § 370 AO

**1095. BGH 1 StR 547/09 – Beschluss vom 11. November 2009 (LG Stuttgart)**

Konsumtion der mittelbaren Falschbeurkundung durch § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG; Erstreckung der Schuld-spruchberichtigung auf nichtrevidierende Mitangeklagte.

§ 52 StGB; § 271 Abs. 1 StGB; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG; § 354 Abs. 1 StPO; § 357 StPO

**1096. BGH 2 StR 205/09 – Urteil vom 14. Oktober 2009 (LG Köln)**

BGHSt; schriftliches Sachverständigengutachten und Recht auf ein faires Strafverfahren (mögliche Sicherungs-

verwahrung); Sicherungsverwahrung (Hang; Gefährlichkeitsprognose: Darlegungsanforderungen).

Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 66 Abs. 1 StGB; § 80a StPO; § 246a StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 454 Abs. 2 StPO

**1097. BGH 2 StR 219/09 – Beschluss vom 23. Oktober 2009 (LG Frankfurt am Main)**

Korrektur eines Tenorierungsversehen durch das Revisionsgericht.

§ 354 Abs. 1 StPO

**1098. BGH 2 StR 349/09 – Beschluss vom 11. November 2009 (LG Frankfurt am Main)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1099. BGH 2 StR 398/09 – Beschluss vom 23. Oktober 2009 (LG Kassel)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1100. BGH 2 StR 412/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1101. BGH 2 StR 441/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Bad Kreuznach)**

Verwerfung der Revision als unzulässig; wirksamer Rechtsmittelverzicht.

§ 302 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**1102. BGH 2 ARs 449/09 (2 AR 278/09) – Beschluss vom 21. Oktober 2009 (AG Tuttlingen; AG Tiergarten)**

Zurückgewiesener Verbindungsantrag des Angeschuldigten (erforderliche Anträge der Staatsanwaltschaften).

§ 13 Abs. 2 StPO

**1103. BGH 2 ARs 455/09 – Beschluss vom 25. November 2009 (BGH)**

Anfrageverfahren zur Abfassung des konkreten Anklagesatzes im Fall der Anklage zahlreicher Vermögensdelikte (Informationsfunktion; Umgrenzungsfunktion).

§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO

**1104. BGH 4 StR 248/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Bochum)**

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nur durch Feststellung der Konventionsverletzung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; 13 EMRK

**1105. BGH 4 StR 249/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Bochum)**

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nur durch Feststellung der Konventionsverletzung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; 13 EMRK

**1106. BGH 4 StR 251/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Bochum)**

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nur durch Feststellung der Konventionsverletzung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; 13 EMRK

**1107. BGH 4 StR 252/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**1108. BGH 4 StR 338/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Hagen)**

Rechtsfehlerhafter Strafausspruch infolge uneingeschränkter strafschärfender Verwertung einer verjährten tateinheitlichen Tat.

§ 78 StGB; § 46 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**1109. BGH 4 StR 373/09 – Beschluss vom 3. November 2009 (LG Frankfurt am Main)**

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (anderer, ähnlich gefährlicher Eingriff; konkrete Gefahr: Begriff und Darlegung des Beinahe-Unfalls; Versuch in der Fallgruppe der „Pervertierung“).

§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB; § 240 StGB

**1110. BGH 4 StR 408/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Kempten)**

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff durch ein einen absichtlich herbeigeführten Unfall; Hindernisbereiten; konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert); teilweise Aufhebung der Feststellungen; Verschlechterungsverbot (keine Anwendung auf die Schuldpruchberichtigung).

§ 315b Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3, Abs. 3 StGB; § 353 Abs. 2 StPO; § 358 StPO

**1111. LG Bochum (2 Qs 10/08) – Entscheidung vom 22. April 2008 (AG Bochum)**

Verwertungsverbot bei der strafbaren Beschaffung von Beweismitteln durch Straftaten nach deutschem und ausländischem Strafrecht (völkerrechtswidrige Beweismittelbeschaffung: Ankauf gestohlener Daten, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Begünstigung, Betriebsspionage, Hehlerei; Fernwirkung; Verhältnismäßigkeit; Verjährung; Tatverdacht; rechtswidriger Ausforschungsbeweis; Beschwerde); Einkommensteuerhinterziehung; redaktioneller Hinweis.

§ 370 AO; § 116 AO; § 208 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 404 AO; § 257 StGB; § 259 StGB; § 17 UWG; Art. 13 GG; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 94 StPO; § 102 StPO; § 304 StPO

**1112. LG Bochum (2 Qs 2/09) – Entscheidung vom 7. August 2009 (AG Bochum)**

Verwertungsverbot bei der strafbaren Beschaffung von Beweismitteln durch Straftaten nach deutschem und ausländischem Strafrecht (völkerrechtswidrige Beweismittelbeschaffung: Ankauf gestohlener Daten, „Datendiebstahl“; Umgehung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen; Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten;

Verhältnismäßigkeit; Beschwerde); Einkommensteuerhinterziehung.

§ 370 AO; § 257 StGB; § 259 StGB; § 17 UWG; Art. 13 GG; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 94 StPO; § 102 StPO; § 304 StPO; Art. 4 Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen Nr. 56/83 über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen

**1113. BVerfG 2 BvR 256/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Oktober 2009 (OLG Bamberg/AG München/StA München I)**

Freier Verteidigerverkehr (Abgrenzung; unmittelbarer Zusammenhang mit dem Strafverfahren; keine Übergabe verfahrensfremder Schriftstücke); Berufsfreiheit; Verletzung von Privatgeheimnissen (Postkontrolle; Unbefugtheit).

Art. 12 Abs. 1 GG; § 148 Abs. 1 StPO; § 119 Abs. 3 StPO; § 115 Abs. 1 Nr. 1 OWiG; § 203 StGB

**1114. BVerfG 2 BvR 547/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Oktober 2009 (BGH/LG Marburg)**

Faires Verfahren; Recht auf unmittelbare und konfrontative Befragung von Belastungszeugen (Fragerecht; anonyme Zeugen; Sperrung; Maßnahmen zum Schutz der

Zeugen; Beweiswürdigung); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 68 StPO; § 247a StPO

**1115. BVerfG 2 BvR 2438/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Oktober 2009 (BGH/LG Karlsruhe)**

Heimliche Ermittlungsmaßnahmen gegen Angehörige des Beschuldigten (Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts; Verwertung); Menschenwürde; Anspruch auf ein faires Verfahren.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 160a StPO; § 100f Abs. 2, 3 StPO

**1116. BVerfG 2 BvR 2580/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (BGH/LG Münster)**

Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren; Ablehnung vom Hilfsbeweisanträgen erst im Urteil; Verschleppungsabsicht; richterliche Rechtsfortbildung; faires Verfahren; Beschleunigungsgrundsatz; Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege; Opferschutz; redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 6; § 246 Abs. 1 StPO