

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

HERAUSGEBER

RA Dr. iur. 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

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten  
Gaede, Stephan Schlegel (Web-  
master)

## STÄNDIGE MITARBEITER

PD Dr. Jochen Bung, M.A., HU Berlin;  
Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,  
(Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz  
Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Dr.  
Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon),  
(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm  
Klaczewski (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. (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)

## Publikationen

Dr. *Marco Mansdörfer*, Freiburg i. Brsg. – **Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon – oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung** S. 11

Dr. *Marco Mansdörfer*, Freiburg i. Brsg. – **Synopse des für das europäische Strafrecht relevanten europäischen Primärrechts nach dem Vertrag von Lissabon mit der Rechtslage nach dem Vertrag von Nizza** S. 24

Prof. Dr. *Gunnar Duttge*, Wiss. Mitarb. *Stephanie Neumann*, Göttingen – **„Wir übernehmen jeden Fall!“** (Anmerkung zum Urteil des BGH HRRS 2009 Nr. 717 unter Berücksichtigung von BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116) S. 34

RA *Jochen Thielmann*, RA *Andrea Groß-Börling*, RA *Jochen Strauß* – **Die „signifikante Erhöhung der Leistungswahrscheinlichkeit“ als Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB** (Bespr. zu BGH HRRS 2009 Nr. 890) S. 38

PD Dr. *Jochen Bung*, M.A., Humboldt-Universität zu Berlin – **Verhandlung über die Entlassung des Zeugen und Augenscheinseinnahme in Abwesenheit des gemäß § 247 StPO entfernten Angeklagten als Fälle des absoluten Revisionsgrundes nach § 338 Nr. 5 StPO** (Anmerkung zu dem Vorlagebeschluss BGH 5 StR 460/08 [HRRS 2009 Nr. 1060] sowie zu dem Urteil BGH 5 StR 530/08 vom 11. November 2009 [HRRS 2009 Nr. 1061]) S. 50

Die Ausgabe umfasst eine Rezension zu strafrechtlichen Publikationen.

## Entscheidungen

EGMR **(M vs. Deutschland) Rückwirkende Aufhebung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung**

EuGH **Verbot von Insidergeschäften – entbehrlicher Vorsatz**

BVerfG **Gerichtliche Überprüfung einer nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden vorläufigen Festnahme**

BGH **Garantenstellung der Mutter für das Neugeborene**

BGH **Erstreckung der Revision bei Verstoß gegen § 67 II 2 und 3 StGB**

BGH **Begriff des Beweisantrages und mangelnde Konnexität**

BGH **Untreue durch Kick-Back-Zahlung bei Architektenleistungen und Grenzen des individuellen Schadenseinschlages**

BGH **Anklagesatz bei einer Vielzahl gleichartiger Vermögensdelikte**

Die Ausgabe umfasst 63 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:

PD Dr. Jochen Bung, M.A., (HU Berlin); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (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  
11. Jahrgang, Januar 2010, Ausgabe

1

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 1. EGMR Nr. 19359/04 (5. Kammer) – Urteil vom 17. Dezember 2009 (M. v. Germany)

Rückwirkende Aufhebung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung (Verurteilung; Gesetzlichkeitsprinzip (Rückwirkungsverbot; Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutz; Maßregeln der Besserung und Sicherung als Strafe); Recht auf Freiheit (Vollzug der Sicherungsverwahrung).

Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 67d Abs. 3 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

1. Art. 5 Abs. 1 EMRK enthält eine abschließende Aufzählung legitimer Gründe für Freiheitsentziehungen. Eine Einschränkung der Freiheit der Person, die nicht unter einen oder mehrere dieser Gründe zu subsumieren ist, verstößt gegen Art. 5 EMRK.

2. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK legitimiert nur Freiheitsentziehungen, die in einer substantiellen Verbindung mit der Verurteilung stehen. Dies ist im Fall der Aufhebung der früheren Zehnjahresfrist bei der Sicherungsverwahrung nicht gegeben, auch wenn dem Verurteilten im Urteil selbst keine Frist bestimmt wurde.

3. Art. 7 EMRK garantiert insbesondere das Prinzip *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Er verbietet die rückwirkende Anwendung einer Strafnorm und ihre extensive Auslegung zum Nachteil des Angeklagten. Ein Strafgesetz, das Art. 7 EMRK genügen will, muss qualitativen Anforderungen genügen, die insbesondere seine Zugänglichkeit und die Vorhersehbarkeit umfassen. Diese Anforderungen gelten sowohl für die Definition der Tat als auch für die der Tat nachfolgenden Strafe.

4. Der Begriff der Strafe in Art. 7 EMRK ist autonom auszulegen. Um einen effektiven Schutz zu gewährleisten, ist nicht nur auf die Erscheinung (die Bezeichnung) einer Maßnahme zu blicken. Der Gerichtshof muss selbst würdigen, ob eine Maßnahme nach ihrer Substanz an Art. 7 EMRK zu messen ist. Ausgangskriterium ist dabei, ob die Maßnahme infolge der Verurteilung wegen einer Straftat auftritt.

5. Die Sicherungsverwahrung stellt eine Strafe im Sinne des Art. 7 EMRK dar. Sie ist auch nicht nur eine besondere Ausgestaltung des Vollzuges der Strafe im Sinne der Rechtsprechung des EGMR.

6. Sicherungsverwahrte nach deutschem Recht bedürfen im Vollzug dieser Strafe in besonderem Ausmaß psychologischer Fürsorge und Unterstützung.

### **2. EuGH C-45/08 (3. Kammer) – Urteil vom 23. Dezember 2009 (Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck vs. Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen [CBFA])**

Richtlinie 2003/6/EG; Voraussetzungen der Sanktionen wegen Insidergeschäften (entbehrlicher Nachweis des Vorsatzes); Begriff der Nutzung von Insiderinformationen; Recht auf Verteidigung; Recht auf ein faires Verfahren; Unschuldsvermutung; Schuldgrundsatz; Strafzumessung nach dem erlangten Vermögensvorteil; Sanktionsbemessung im parallelen Verwaltungsverfahren; Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens.

Art. 1 GG; Richtlinie 2003/6/EG; § 13 WpHG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 lit. c EMRK; § 46 StGB; Art. 234 EG

1. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) ist dahin auszulegen, dass die Tatsache, dass eine unter Unterabs. 2 dieser Bestimmung fallende Person, die über eine Insider-Information verfügt, für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt Finanzinstrumente, auf die sich die Information bezieht, erwirbt oder veräußert oder dies versucht, vorbehaltlich der Wahrung der Verteidigungsrechte und insbesondere des Rechts, diese Vermutung widerlegen zu können, eine „Nutzung [dieser Information]“ im Sinne dieser Bestimmung durch die genannte Person impliziert. Die Frage, ob diese Person gegen das Verbot von Insider-Geschäften verstoßen hat, ist im Licht der Zielsetzung der Richtlinie zu prüfen, die darin besteht, die Integrität der Finanzmärkte zu schützen und das Vertrauen der Investoren zu stärken, das insbesondere auf der Gewissheit beruht, dass sie einander gleichgestellt und gegen die unrechtmäßige Verwendung einer Insider-Information geschützt sind. (EuGH)

2. Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6 ist dahin auszulegen, dass der aus einem Insider-Geschäft resultierende Vermögensvorteil ein relevanter Gesichtspunkt für die Zumessung einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion sein kann. Die Methode für die Berechnung dieses Vermögensvorteils und insbesondere

der dafür zugrunde zu legende Zeitpunkt oder Zeitraum richten sich nach dem nationalen Recht. (EuGH)

3. Art. 14 der Richtlinie 2003/6 ist dahin auszulegen, dass dann, wenn ein Mitgliedstaat neben den in dieser Bestimmung genannten im Verwaltungsverfahren zu erlassenden Sanktionen die Möglichkeit vorgesehen hat, eine Geldstrafe zu verhängen, bei der Zumessung der im Verwaltungsverfahren zu erlassenden Sanktion nicht die Möglichkeit und/oder die Höhe einer etwaigen späteren Geldstrafe zu berücksichtigen sind. (EuGH)

4. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6 verbietet Geschäfte unabhängig davon, ob sie vorsätzlich abgeschlossen werden. Dies bedeutet aber nicht, dass diese Bestimmung dahin auszulegen wäre, dass jeder über eine Insider-Information verfügende primäre Insider, der auf dem Markt ein Geschäft tätigt, automatisch unter das Verbot von Insider-Geschäften fällt. (Bearbeiter)

5. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung steht der in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6 aufgestellten Vermutung, nach der sich der Vorsatz desjenigen, der ein Insidergeschäft tätigt, implizit aus den objektiven Tatbestandsmerkmalen dieses Verstoßes ergibt, nicht entgegen, sofern diese Vermutung widerlegbar ist und die Verteidigungsrechte gewahrt sind. (Bearbeiter)

6. Das in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6 normierte Verbot von Insider-Geschäften soll die Gleichheit der Vertragspartner bei einem Börsengeschäft gewährleisten, indem es verhindert, dass einer von ihnen, der über eine Insider-Information verfügt und deshalb einen Vorteil gegenüber den anderen Anlegern hat, daraus zum Nachteil der anderen, die diese Information nicht kennen, einen Nutzen zieht. (Bearbeiter)

7. Die Eignung zur spürbaren Kursbeeinflussung gemäß Richtlinie 2003/6 ist in erster Linie anhand des Inhalts der fraglichen Information und des Kontexts zu beurteilen, in den sie sich einfügt. Um festzustellen, ob eine Information eine Insider-Information ist, braucht nicht geprüft zu werden, ob ihr Bekanntwerden den Kurs der von ihr betroffenen Finanzinstrumente tatsächlich spürbar beeinflusst hat. (Bearbeiter)

8. Gemäß Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6 haben die Mitgliedstaaten entsprechend ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht dafür sorgen, dass bei Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften gegen die verantwortlichen Personen geeignete Verwaltungsmaßnahmen ergriffen oder im Verwaltungsverfahren zu erlassende Sanktionen verhängt werden können. Dabei müssen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass diese Maßnahmen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind. Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2003/6 legt aber für die Beurteilung der Frage, ob eine Sanktion wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist, keine Kriterien fest. Die Definition dieser Kriterien ist daher Sache des nationalen Rechts. (Bearbeiter)

### **7. BVerfG 2 BvR 2365/09 – Entscheidung vom 22. Dezember 2009 (OLG Nürnberg)**

Einstweilige Anordnung; Recht auf Freiheit der Person; Gesetzlichkeitsprinzip (Rückwirkungsverbot bei Maßregeln); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 93d Abs. 2 BVerfGG; § 66 StGB

Auch im Fall der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 5 EMRK und Art. 7 EMRK durch eine menschenrechtswidrige Inhaftierung seitens des EGMR muss einem auf die Freilassung gerichteter Antrag auf eine einstweilige Anordnung nicht zwingend stattzugeben sein. Die gegen die Haft gerichtete Verfassungsbeschwerde ist nicht offensichtlich begründet.

**8. BVerfG 2 BvR 2520/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. September 2009 (LG Hildesheim/AG Gifhorn)**

Gerichtliche Überprüfung einer nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden vorläufigen Festnahme (verfassungsrechtliche Prüfungsanforderungen); Freiheit der Person (Freiheitsentziehungen ohne richterliche Anordnung; unverzügliche Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung; Verhältnis von Art. 104 Abs. 2 zu Abs. 3 GG).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 3 Satz 1 GG; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG

1. Die Pflicht zur unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung gemäß Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG gilt auch dann, wenn Art. 104 Abs. 3 Satz 1 GG (Vorführung spätestens am Tage nach der Festnahme wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung vor den Richter) zur Anwendung kommt.

2. Bei der Frage, ob die richterliche Entscheidung nach Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG „unverzüglich“ herbeigeführt wurde, kommt es nicht lediglich darauf an, dass die richterliche Entscheidung spätestens am Tag nach der Festnahme i.S.v. Art. 104 Abs. 3 Satz 1 GG erfolgt sei. Entscheidend ist vielmehr, ob eine sachlich begründete Verzögerung vorgelegen hat.

3. „Unverzüglich“ i.S.v. Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG ist dahingehend auszulegen, dass die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, nachgeholt werden muss (BVerfGE 105, 239, 249). Nicht vermeidbar sind zum Beispiel Verzögerungen, die durch die Länge des Weges, Schwierigkeiten beim Transport, die notwendige Registrierung und Protokollierung, ein renitentes Verhalten des Festgenommenen oder vergleichbare Umstände bedingt sind (vgl. BVerfGE 103, 142, 156; 105, 239, 249).

**9. BVerfG 2 BvR 2549/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Oktober 2009 (OLG Frankfurt am Main/LG Kassel)**

Aussetzung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (Verbüßung von zwei Drittel der verhängten Strafe; Sozialprognose; Risiko erneuter Straffälligkeit; Ge-

bot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung); Freiheit der Person.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art 104 Abs. 1 GG; § 57 Abs. 1 StGB

1. Bei der Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer zeitigen Freiheitsstrafe zur Bewährung gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 StGB wird dem Vollstreckungsrichtern eine prognostische Gesamtwürdigung abverlangt, die keine Gewissheit künftiger Straffreiheit voraussetzt, sondern es mit einschließt, dass ein vertretbares Restrisiko eingegangen wird.

2. Die aus dem Freiheitsrecht nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art 104 Abs. 1 GG abzuleitenden Anforderungen richten sich insbesondere an die Prognoseentscheidung. Für deren tatsächlichen Grundlagen gilt von Verfassungs wegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung (vgl. BVerfGE 70, 297, 309). Es verlangt, dass der Richter die Grundlagen seiner Prognose selbständig bewertet, verbietet mithin, dass er die Bewertung einer anderen Stelle überlässt. Darüber hinaus fordert es vom Richter, dass er sich um eine möglichst breite Tatsachenbasis bemüht und sich so ein möglichst umfassendes Bild über die zu beurteilende Person verschafft (vgl. BVerfGE 70, 297, 310 f.).

3. Zur Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebots bestmöglicher Sachaufklärung bei fehlender Anhörung des Anstaltspsychologen, mit dem über einen längeren Zeitraum regelmäßig Gespräche zur Tat- und Delikttaufarbeitung geführt worden sind.

**6. BVerfG 2 BvR 388/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Mai 2009 (OLG Düsseldorf/LG Mönchengladbach/AG Mönchengladbach)**

Beschleunigungsgebot bei Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft (Prüfungs- und Darlegungsanforderungen bei Haftfortdauerbeschlüssen; keine „floskelhaften“ Begründungen; Analyse des Verfahrensablaufs).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 5 Abs. 3 EMRK; § 112 StPO; § 121 StPO

1. Das verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verankerte Beschleunigungsgebot in Haftsachen (vgl. BVerfGE 46, 194, 195) verlangt, dass die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen (vgl. BVerfGE 20, 45, 50; 36, 264, 273). An den zügigen Fortgang des Verfahrens sind dabei umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger die Untersuchungshaft schon andauert. Zur Durchführung eines geordneten Strafverfahrens und einer Sicherstellung der späteren Strafvollstreckung kann die Untersuchungshaft deshalb nicht mehr als notwendig anerkannt werden, wenn ihre Fortdauer durch vermeidbare Verfahrensverzögerungen verursacht ist (vgl. BVerfGE 20, 45, 50; 53, 152, 161 f.). Von dem Beschuldigten nicht zu vertretende, sachlich nicht gerechtfertigte und vermeidbare erhebliche Verfah-

rensverzögerungen stehen regelmäßig einer weiteren Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft entgegen.

2. Die mit Haftsachen betrauten Gerichte haben sich bei der zu treffenden Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft mit deren Voraussetzungen eingehend auseinanderzusetzen und diese entsprechend zu begründen. In der Regel sind in jedem Beschluss über die Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft aktuelle Ausführungen zu dem weiteren Vorliegen ihrer Voraussetzungen, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten.

3. Allein die Schwere der Tat und die sich daraus ergebende Straferwartung können bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verzögerungen nicht zur Rechtfertigung einer ohnehin schon lang andauernden Untersuchungshaft herangezogen werden. Dabei ist nicht entscheidend, ob eine einzelne verzögert durchgeführte Verfahrenshandlung ein wesentliches Ausmaß einnimmt, sondern ob die vorliegenden Verzögerungen in ihrer Gesamtheit eine Schwelle erreichen, die im Rahmen der Abwägung die Anordnung einer weiteren Fortdauer der Untersuchungshaft nicht mehr erlaubt.

4. Das Beschleunigungsgebot verliert seine Bedeutung auch nicht durch den Erlass des erstinstanzlichen Urteils. Es gilt für das gesamte Strafverfahren und ist auch im Rechtsmittelverfahren bei der Prüfung der Anordnung der Fortdauer von Untersuchungshaft zu beachten (vgl. BVerfGE 46, 194, 195; BVerfGK 5, 109, 117). Allerdings vergrößert sich mit der Verurteilung auch das Gewicht des staatlichen Strafanspruchs, da aufgrund der gerichtlich durchgeführten Beweisaufnahme die Begehung einer Straftat durch den Verurteilten als erwiesen angesehen worden ist.

### **5. BVerfG 2 BvL 5/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (AG Meissen)**

Sächsisches Denkmalschutzgesetz (Zerstörung und Beschädigung auch privater Denkmäler; fahrlässiges Handeln); Vorrang von Bundesrecht; konkurrierende Gesetzgebungskompetenz; (unzulässige) Richtervorlage (fehlende Auseinandersetzung mit Gesetzgebungsgeschichte und -materialien).

Art. 31 GG; Art. 70 Abs. 1 GG; Art. 72 Abs. 1 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 304 StGB; Art. 4 Abs. 2 EGStG; § 35 Abs. 1 Nr. 1 SächsDSchG; § 35 Abs. 2 SächsDSchG

1. Auch in dem absichtsvollen Unterlassen einer Regelung kann ein Gebrauchmachen von einer Bundeszuständigkeit liegen, das dann insoweit Sperrwirkung für die Länder erzeugt (vgl. BVerfGE 32, 319, 327 f.).

2. Der Bundesgesetzgeber kann im Bereich der im Strafbuch herkömmlich geregelten Materien Straftatbestände auch dort schaffen, wo ihm sonst durch den Zuständigkeitskatalog des Grundgesetzes Grenzen gezogen

sind (vgl. BVerfGE 23, 113, 124; 98, 265, 312). Soweit diese Regelungen abschließend sind, verhindern sie ergänzendes oder abweichendes Landesrecht, das auf den Schutz desselben Rechtsguts gerichtet ist (vgl. BVerfGE 98, 265, 312).

3. Die Frage, ob und inwieweit der Bund von einer Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat, kann im Einzelnen schwierig zu beantworten sein. Die Antwort ergibt sich dabei in erster Linie aus dem Bundesgesetz selbst, in zweiter Linie aus dem hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, ferner aus der Gesetzgebungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien.

4. Weder der Schutzzweck noch die Entstehungsgeschichte des § 304 StGB, nach dem die vorsätzliche rechtswidrige Beschädigung oder Zerstörung öffentlicher Denkmäler strafbar ist, lassen ohne Weiteres den Schluss zu, dass diese Regelung als abschließend zu betrachten wäre, weshalb es dem Landesgesetzgeber verwehrt wäre, die – auch fahrlässige – Zerstörung eines privaten Denkmals unter Strafe zu stellen.

5. Zu den Darlegungsanforderungen in einer Richtervorlage.

### **4. BVerfG 1 BvR 3229/06 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 16. November 2009 (LG Bamberg)**

Auslagererstattung (Verteidigungskosten; erfolgreicher Antrag auf gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer nicht richterlich angeordneten Durchsuchung; Einstellung des Ermittlungsverfahrens); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Unterlassen einer sofortigen Beschwerde bei Fehlen eines günstigen Kostenausspruchs im Verfahren nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO).

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 464 StPO; § 464a Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 2 Abs. 2 Nr. 4 StrEG; § 10 StrEG; § 9 StrEG; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 304 StPO; § 311 StPO

Es erscheint durchaus naheliegend, dass bei einer Entscheidung im selbständigen Nebenverfahren nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO zum Zweck der nachträglichen Überprüfung einer bereits erledigten Ermittlungsmaßnahme (vorliegend einer ohne richterliche Anordnung erfolgten Durchsuchung), eine eigene Kostenentscheidung nach den §§ 464 ff. StPO zu treffen ist.

### **3. BVerfG 1 BvR 1716/09 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 2. November 2009 (OLG Bamberg/AG Ingolstadt/StA Ingolstadt)**

Objektiv willkürliche Rechtsanwendung; Rechtsberatungsgesetz (keine Anwendung der Ordnungswidrigkeitentatbestände nach dem Inkrafttreten des RDG).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 1 RBERG; Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG; § 20 Abs. 1 RDG; § 20 OWiG; § 4 Abs. 3 OWiG

Einzelfall der Verletzung des Willkürverbotes durch die Anwendung eines zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung

nicht mehr gültigen Strafgesetzes (vorliegend Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 1 RBERG i.V.m. Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG

i.V.m. § 20 OWiG).

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 38. BGH 4 StR 227/09 – Urteil vom 12. November 2009 (LG Siegen)

Totschlag durch Unterlassen (Garantenstellung der Mutter für das Neugeborene; Ingerenz; Schwerpunkt der Handlung; Kausalität; objektive Zurechnung; Vorsatz: Irrtum über den Kausalverlauf, Hemmschwellentheorie; minder schwerer Fall); Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz (Erörterungsmängel beim Anschpressen eines Neugeborenen).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 13 StGB; § 212 StGB; § 222 StGB; § 213 2. Alt. StGB; § 261 StPO

1. Die Garantenstellung der Mutter für ihr neugeborenes Kind beginnt mit dem Einsetzen der Geburtswehen. Sie hat die Verpflichtung, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um das Leben des Kindes zu erhalten.

2. Verläuft eine Schwangerschaft problemlos, muss eine Mutter nicht mit einem erhöhten gesundheitlichen Risiko für das Kind während der Geburt rechnen. Eine Hausgeburt ist dann nicht von vornherein pflichtwidrig. Pflichtwidrig handelt eine Mutter allerdings, wenn sie sich dazu entschließt, ein Kind heimlich und ohne fremde Hilfe im Badezimmer zur Welt zu bringen, obwohl bereits ein unter derartigen Umständen geborenes Kind zu Tode gekommen war.

3. Es kann dahinstehen, ob, wie das Landgericht meint, eine werdende Mutter stets verpflichtet ist, sich für die Geburt fremder Hilfe zu vergewissern. Eine Verpflichtung zur Inanspruchnahme von Hilfe bei der Geburt wird aber immer dann anzunehmen sein, wenn es für die Schwan-

gere im Hinblick auf bekannte Vorerkrankungen oder sonstige Risiken absehbar ist, dass bei der Geburt Gefahren für Leib oder Leben des Kindes entstehen können. Die Schwangere trifft die Pflicht, einen für das Kind möglichst sicheren Geburtsverlauf und die erforderliche Erstversorgung des Neugeborenen sicherzustellen.

4. Ein aktives Tun unterbricht dann nicht in relevanter Weise den durch ein sorgfaltswidriges Handeln begründeten Kausalzusammenhang, wenn das aktive Tun nicht mit Tötungsvorsatz geschah, sondern lediglich aus Unachtsamkeit erfolgte. Eine fahrlässige Fehlreaktion im unmittelbaren Anschluss an die Geburt liegt noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren.

### 23. BGH 2 StR 383/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Köln)

Erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit (Erheblichkeit als Rechtsfrage; andere schwere seelische Abartigkeit).

§ 21 StGB

Ob die Steuerungsfähigkeit wegen des Vorliegens einer schweren anderen seelischen Abartigkeit bei Begehung der Tat erheblich vermindert im Sinne des § 21 StGB war, ist eine Rechtsfrage, die der Tatrichter ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen in eigener Verantwortung zu beantworten hat. Hierbei fließen normative Gesichtspunkte ein. Entscheidend sind die Anforderungen, die die Rechtsordnung an jedermann stellt (std. Rspr., vgl. BGHSt 49, 45, 53).

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 33. BGH 2 StR 495/09 – Beschluss vom 25. November 2009 (LG Erfurt)

Schwere räuberische Erpressung (Vermögensnachteil; schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung; Schuldschein); Nötigung; schwerer Raub

§ 255 StGB; § 253 StGB; § 250 Abs. 2 StGB; § 249 StGB; § 240 StGB

1. In der Abnötigung eines Schuldscheins für eine nicht bestehende Verbindlichkeit liegt kein Vermögensnachteil und damit keine vollendete (schwere) räuberische Erpressung, wenn mit einer Verwendung dieser Urkunde zur rechtlichen Durchsetzung der angeblichen Forderung nicht ernstlich zu rechnen war.

2. Will der Angeklagte den Schuldschein nicht einsetzen und rechnet er auch nicht mit einer zukünftigen Zahlung, liegt auch kein Versuch der schweren räuberischen Erpressung vor.

### 41. BGH 4 StR 97/09 – Urteil vom 29. Oktober 2009 (LG Dessau)

Rechtsbeugung (Erfordernis des elementaren Rechtsbruchs; Beachtung der Verhältnismäßigkeit bei der Haftfortdauerentscheidung); Strafvereitelung im Amt (Anwendung auf richterliches Handeln; Aufhebung eines Haftbefehls; Sperrwirkung); Inbegriff der Hauptverhandlung (letztes Wort).

§ 339 StGB; § 258a StGB; § 258 StGB; § 261 StPO; § 258 StPO; § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll der Straftatbestand der Rechtsbeugung den Rechtsbruch als elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege unter Strafe stellen. Da die Einordnung der Rechtsbeugung als Verbrechenstatbestand die Schwere des Unwerturteils indiziert und eine Verurteilung kraft Gesetzes (§ 24 Abs. 1 DRiG) zur Beendigung des Richterverhältnisses führt, ist es mit dieser gesetzlichen Zweckbestimmung nicht zu vereinbaren, jede unrichtige Rechtsanwendung und jeden Ermessensfehler in den Schutzbereich dieser Norm einzubeziehen. Rechtsbeugung begeht daher nur der Amtsträger, der sich bewusst und in schwer wiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt. Das Tatbestandsmerkmal der „Beugung“ enthält insoweit ein normatives Element, wonach nur elementare Rechtsverstöße und offensichtliche Willkürakte erfasst werden sollen (st. Rspr.; vgl. nur

BGHSt 38, 381, 383; 40, 272, 283; 47, 105, 108 f.). Auf den Maßstab (bloßer) Unvertretbarkeit darf dabei schon im Interesse der Rechtssicherheit nicht abgestellt werden (BGHSt 47, 105, 109).

2. Was ein Angeklagter nach § 258 Abs. 1 StPO erklärt, gehört zum Inbegriff der Hauptverhandlung im Sinne des § 261 StPO und darf folglich bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden (BGHSt 11, 74, 75).

### 39. BGH 4 StR 239/09 – Urteil vom 29. Oktober 2009 (LG Halle)

Sichverschaffen von Betäubungsmitteln (Mittäterschaft); Geldwäsche (keine Anwendung auf den Raub eines inkriminierten Gegenstandes); Verletzter bei der Sachbeschädigung (Mieter; Vermierter); Umfang der Kognitionspflicht (Anklagegrundsatz).

§ 261 Abs. 2 StGB; § 303c StGB; § 303 StGB; § 172 StPO; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. Sinn und Zweck der Straftatbestände des § 261 Abs. 2 StGB ist es, den Vortäter dadurch gegenüber der Umwelt zu isolieren, dass der aus einer der in Abs. 1 Satz 2 dieser Vorschrift genannten Straftaten herrührende Gegenstand „praktisch verkehrsunfähig“ gemacht werden soll. Wird dem Vortäter ein solcher Gegenstand (gewaltsam) weggenommen, fehlt es am inneren Zusammenhang mit der Ächtung des Tatobjekts und dem Isolierungszweck des § 261 Abs. 2 StGB. Demgemäß ist der Raub eines solchen Gegenstandes kein Sichverschaffen im Sinne der Nr. 1 dieser Vorschrift (BVerfG NJW 2004, 1305, 1306). Für das Verwahren und Verwenden eines dem Vortäter geraubten Gegenstandes kann nichts anderes gelten.

2. Die Kognitionspflicht gebietet, dass der durch die zugelassene Anklage abgegrenzte Prozessstoff durch vollständige Aburteilung des einheitlichen Lebensvorgangs erschöpft wird (vgl. BGHSt 25, 72, 75; BGH NSTZ 1999, 415; 2008, 471, 472). Wird sie missachtet, stellt dies einen sachlichrechtlichen Mangel des Urteils dar (vgl. BGH NSTZ 1983, 174, 175).

3. Es bleibt offen, ob bei der Sachbeschädigung neben dem Eigentümer auch derjenige der Verletzter ist, der, wie der Mieter, ein unmittelbares obligatorisches Recht an der beschädigten Sache hat.

### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

#### 10. BGH 4 ARs 18/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (BGH)

Erstreckung der Revision bei Verstoß gegen § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB.

§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB; § 357 StPO

1. Der vom 2. Strafsenat beabsichtigten Entscheidung, nach der die Aufhebung eines Urteils wegen eines Rechtsfehlers bei der Anwendung des § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB i.d.F. des Gesetzes vom 16. Juli 2007 (BGBl. I 1327) auf einen nicht revidierenden Mitangeklagten gemäß § 357 Satz 1 StPO zu erstrecken ist, wenn sich die vom Tatrichter festgestellte voraussichtliche Dauer der Unterbringung nach § 64 StGB auch für den Mitangeklagten aus den Urteilsgründen ergibt und der Tatrichter bei dem Mitangeklagten ebenso wie beim Revisionsführer sich bei der Bemessung des vorab zu vollstreckenden Teils der Freiheitsstrafe entgegen § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB nicht am Halbstrafenzeitpunkt orientiert hat, steht Rechtsprechung des 4. Strafsenats nicht entgegen.

2. Der 4. Strafsenat hat jedoch Bedenken gegen die vom 2. Strafsenat angestrebte Erstreckung:

a) Bei § 67 Abs. 2 StGB handelt es sich um eine dem Vollstreckungsrecht zuzuordnende Vorschrift. Schon deshalb ist zweifelhaft, ob seine fehlerhafte Anwendung eine „Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes“ darstellt, wie sie § 357 Satz 1 StPO voraussetzt.

b) Da es dem (Vollstreckungs-)Gericht gemäß § 67 Abs. 3 Satz 1 StGB möglich ist, die Entscheidung nach § 67 Abs. 2 Satz 1, 2 StGB schon dann zu ändern, wenn „Umstände in der Person des Verurteilten es angezeigt erscheinen lassen“, ist der nur ausnahmsweise zulässige Eingriff in die Rechtskraft eines Urteils mit Hilfe des § 357 StPO (vgl. BGHSt 51, 34, 41) zur „Wahrung der materiellen Gerechtigkeit“ (vgl. Wohlers/Gaede NStZ 2004, 9, 10, 15 [zur Entstehungsgeschichte des § 357 StPO]) bzw. zur Durchsetzung der „Idee der materiellen Gerechtigkeit“ nicht geboten.

c) Da die Entscheidung darüber, in welcher Reihenfolge die Maßregel und die Strafe oder ein Teil derselben vollstreckt werden sollen, und die Feststellung der voraussichtlichen Therapiedauer auf individuellen, (nur) den jeweiligen Angeklagten betreffenden Erwägungen beruht, ist die Anwendbarkeit des § 357 StPO nicht zu befürworten.

#### 19. BGH 2 StR 347/09 – Urteil vom 4. November 2009 (LG Trier)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Sicherungsverwahrung (Hang bei „Gelegenheitstaten“ und Spätkriminalität; Gefährlichkeitsprognose).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Ein Hang im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist nicht nur bei dem Täter zu bejahen, der dauernd zu Straftaten entschlossen ist, sondern auch bei demjenigen, der aufgrund einer in seiner Persönlichkeit liegende Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich ihm die Gelegenheit bietet (vgl. BGH NStZ 2005, 265 f.; 2003, 201; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 8). Eine Gelegenheitstat liegt nicht vor, wenn der Täter die Gelegenheit planvoll herbeiführt, indem er sich das Vertrauen seiner Opfer erschleicht.

2. Ebenso wenig ist Voraussetzung für die Annahme eines Hanges, dass die Straftaten zu Lasten einer Mehrzahl von Opfern begangen werden; ausreichend sind auch wiederholte Taten zu Lasten desselben, aus dem sozialen Umfeld des Täters stammenden Opfers (vgl. BGH NStZ 2008, 27). Schließlich steht auch eine Spätkriminalität einer Hangtäterschaft bei Sexualdelikten nicht grundsätzlich entgegen.

3. Soweit sich der Tatrichter bei der Erörterung der Gefährlichkeit des Angeklagten vom Sachverständigen herangezogene Prognoseinstrumente „Static 99“, „die von Hare 1985 erarbeitete PCL (Psychopathy-Check-List) und den „SVR (Sexual-Violence-Risk) Kriterienkatalog“ zu eigen macht, genügt es nicht, lediglich anzugeben, welche Prozent- bzw. Punktwerte der Angeklagte als Testergebnis erreicht hat. Vielmehr ist in den Urteilsgründen im Einzelnen anzugeben, welche der maßgeblichen Kriterien bei dem Angeklagten erfüllt sind und welche nicht, um dem Senat eine Überprüfung der Gefährlichkeitsprognose zu ermöglichen (BGH StV 2008, 300).

4. Für die Gefährlichkeitsprognose ist zunächst grundsätzlich der Zeitpunkt der Aburteilung maßgeblich. Ob ein Angeklagter zum Entlassungszeitpunkt aus der Straftat noch gefährlich ist, ist regelmäßig vor Vollzugsende nach § 67 c Abs. 1 StGB zu prüfen. Zwar kann der Tatrichter auch bereits bei seiner Entscheidung nach § 66 Abs. 2 StGB den Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs und dem Alter des Angeklagten bei Straftatlassung Bedeutung beimessen, dies jedoch nur dann, wenn gleichzeitig eine Haltungsänderung des Angeklagten sicher zu erwarten ist (BGH NStZ 2002, 30 f.; 2005, 211; BGHR StGB § 66 Abs. 2 Ermessensentscheidung 3 und 6). Denkbare, aber nur erhoffte positive Änderungen im Strafvollzug bleiben einer Prüfung nach § 67 c Abs. 1 StGB vorbehalten (BGH NStZ-RR 2005, 337).

#### 47. BGH 4 StR 341/09 – Urteil vom 26. November 2009 (LG Rostock)

Unterbliebene Hinzuziehung eines Sachverständigen bei der ablehnenden Entscheidung über eine mögliche



Sicherungsverwahrung; Beschränkung der Revision auf die Ablehnung der Sicherungsverwahrung.  
§ 66 StGB; § 246a StPO

1. Nach § 246a Satz 1 StPO ist das Gericht verpflichtet, in der Hauptverhandlung einen Sachverständigen über den Zustand des Angeklagten zu vernehmen, wenn in Betracht kommt, dass dessen Unterbringung nach § 66 StGB angeordnet oder vorbehalten werden wird. Dabei genügt nach allgemeiner Auffassung bereits die Möglichkeit einer solchen Maßregelverordnung (BGH NStZ 1994, 95, 96). Das Tatgericht darf nicht einerseits die formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung implizit bejahen und sich in den Urteilsgründen mit der Frage auseinandergesetzen, ob der Angeklagte infolge eines Hanges zur Begehung erheblicher Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist, andererseits aber ohne die nach § 246a Satz 1 StPO zwingend vorgeschriebene Anhörung eines Sachverständigen entscheiden.

2. Die Beschränkung auf die Anordnung oder Ablehnung der Sicherungsverwahrung ist möglich, sofern zwischen ihr und der gleichzeitig verhängten Freiheitsstrafe kein untrennbarer Zusammenhang besteht (vgl. BGHSt 7, 101, 102 f.; 50, 188, 197; BGHR StGB § 66 Abs. 2 Ermessensentscheidung 6).

### 32. BGH 2 StR 483/09 – Beschluss vom 18. November 2009 (LG Köln)

Strafzumessung und minder schwerer Fall des Totschlages (Provokation).  
§ 46 StGB; § 213 StGB

1. Die Orientierung an dem rechnerischen Mittel des Strafrahmens ist dem Wesen der Strafzumessung grundsätzlich fremd (vgl. BGH StV 2008, 175; BGH Beschluss vom 3. Dezember 2002 – 3 StR 406/02 – jeweils m.w.N.). Der Tatrichter muss die im Einzelfall zu beurteilende Tat in Ansehung aller strafzumessungsrelevanten Umstände

ohne Bindung an weitere Fixpunkte als die Ober- und Untergrenze des Strafrahmens in den gefundenen Strafrahmen einordnen.

2. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass eine für sich gesehen nicht als schwer einzustufende Beleidigung dann als schwer bewertet werden kann, wenn sie nach einer Reihe von Kränkungen oder ehrverletzenden Situationen der „Tropfen“ war, der „das Fass zum Überlaufen“ gebracht hat (st. Rspr., vgl. BGH StV 1998, 131; NStZ-RR 1996, 259; NStZ 1983, 365; BGHR StGB § 213 1. Alt. Beleidigung 5, 8).

### 56. BGH 4 StR 445/09 – Beschluss vom 3. November 2009 (LG Essen)

Strafzumessung (Berücksichtigung der Wirkungen der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft; berufsrechtliche und standesrechtliche Folgen); minder schwerer Fall des schweren Raubes.  
§ 46 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

Nach § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB sind bei der Festsetzung der schuldangemessenen Strafe die Wirkungen zu berücksichtigen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehören dazu auch die berufs- und standesrechtlichen Folgen der Strafe (Senatsbeschluss vom 14. September 1982 – 4 StR 436/82 – NStZ 1982, 507; BGH, Urteil vom 3. Dezember 1996 – 5 StR 492/96 – NStZ-RR 1997, 195). Deshalb ist der Umstand, dass eine strafgerichtliche Verurteilung nach den Vorschriften des Beamtenrechts die Beendigung des Beamtenverhältnisses zur Folge hat, bei der Straffestsetzung regelmäßig als bestimmender Strafzumessungsgrund im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO zu erörtern (BGH, Beschluss vom 17. Oktober 1986 – 2 StR 501/86 – BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 2).

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### 49. BGH 4 StR 375/09 – Beschluss vom 17. November 2009 (LG Bielefeld)

Begriff des Beweisantrages und Ablehnung wegen mangelnder Konnexität (erweiterte Konnexität; Divergenz).  
§ 244 Abs. 3 StPO

1. Enthält ein Antrag eine konkrete und bestimmte Behauptung einer Tatsache, über die benannte Zeuginnen nach dem Inhalt der Anträge auch aus eigener Wahrnehmung Angaben machen konnten, liegen die Voraussetzungen für förmliche Beweisanträge im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO vor (vgl. BGHSt 37, 162, 164 f.; 43, 321, 329). Über sie ist nicht nach Maßgabe der gerichtlichen Aufklärungspflicht zu entscheiden,

sondern die dürfen nur aus einem der in § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO genannten Gründe abgelehnt werden.

2. Nach dem Erfordernis der sog. Konnexität zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung muss im Fall des Zeugenbeweises der Antrag, um als förmlicher Beweisantrag gewertet zu werden, neben einer konkreten und bestimmten Behauptung einer aufgrund eigener Wahrnehmung des Zeugen zu bekundenden Tatsache erkennen lassen, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema angeben können soll (vgl. BGHSt 43, 321, 329 f. m.w.N.).

3. Wenn es sich jedoch angesichts der Beweisbehauptungen von selbst versteht, dass die benannten Zeuginnen

zum Inhalt der betreffenden, von ihnen geführten Telefonate aus eigenem Wissen bekunden sollten und konnten, sind keine Darlegungen zur vorhandenen Konnexität erforderlich. Die Behandlung eines Antrags als förmlicher Beweisantrag kann dann auch nicht unter Einbeziehung der Ergebnisse der bisher durchgeführten einschlägigen Beweisaufnahme abgelehnt werden.

4. Der Senat braucht nicht darüber zu befinden, ob er der Auffassung des 5. Strafsenats in der Entscheidung BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – 5 StR 38/08, allgemein zu folgen vermöchte, soweit sich danach die Anforderungen an die Konkretisierung der Beweisanträge mit fortschreitender Beweisaufnahme erhöhen. Jedenfalls darf der Tatrichter die Beweiswürdigung nicht in einer Weise vorwegnehmen, dass er die Beweiserheblichkeit mit der Begründung verneint, das Gegenteil sei bereits erwiesen, auch wenn der Zeuge die Behauptung bestätigen sollte.

### 63. BGH 4 ARs 17/09 – Beschluss vom 8. Dezember 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. 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.

2. Der 4. Strafsenat gibt seine Rechtsprechung auf, die dem vorgenannten, von ihm geteilten Leitsatz entgegen stand.

### 43. BGH 4 StR 275/09 – Urteil vom 12. November 2009 (LG Essen)

Besorgnis der Befangenheit (Unparteilichkeit des Richters); rechtsfehlerhafte Belehrung über ein mögliches Auskunftsverweigerungsrecht; gewerbsmäßig begangenes Herstellen einer unechten Urkunde (Reichweite der Mittäterschaft; Divergenz).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 55 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters ist dann gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine innere Haltung ein, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann.

2. Entgegen der Auffassung der Revision kann sich ein solches Misstrauen in die Unvoreingenommenheit eines

Vorsitzenden grundsätzlich nicht daraus ergeben, dass er einen Zeugen, der berechtigt von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, ergänzend belehrt. Zwar kann ein Zeuge, dem ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO zusteht, nach seinem eigenen freien Ermessen darüber entscheiden, ob er hiervon Gebrauch machen will. Dies schließt es jedoch nicht aus, dass der Richter einen Zeugen im Rahmen der gemäß § 55 Abs. 2 StPO gebotenen Belehrung über Umstände unterrichtet, die für die vom Zeugen zu treffende Entscheidung von Bedeutung sein können (vgl. BGHSt 21, 12, 13 zu § 52 StPO; BGH, Urteil vom 30. Juni 1988 – 1 StR 150/88, BGHR StPO § 52 Abs. 3 Satz 1 Belehrung 2).

3. Dies gilt auch dann, wenn der Richter den Zeugen fehlerhaft dahingehend belehrt, „er könne im Falle der Auskunftsverweigerung in dem gegen ihn gerichteten Verfahren Probleme bekommen“. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es unzulässig, Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten daraus zu ziehen, dass dieser sich als Zeuge in einem anderen, den gleichen Tatkomplex betreffenden Strafverfahren auf das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO berufen hat, wenn er sich bis zur Verweigerung der Auskunft nicht zur Sache geäußert hatte (BGHSt 38, 302, 305).

4. Dass ein Richter eine vom BGH nicht geteilte Rechtsmeinung geäußert hat, rechtfertigt in der Regel nicht die Annahme der Befangenheit. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar. Allerdings gilt dieser Maßstab dann nicht, wenn die vom Richter geäußerte Rechtsauffassung abwegig ist oder sogar den Anschein der Willkür erweckt (vgl. BGHSt 48, 4, 8).

5. Wie das Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO dient auch das Recht eines Zeugen, in einem solchen Fall einen Beistand hinzuzuziehen, allein dem Schutz des Zeugen, nicht aber auch dem des Angeklagten (vgl. BGHSt 11, 213, 216/217 [GSSt]).

6. Dass der Angeklagte nicht eigenhändig bei der Herstellung der unechten Urkunden mitgewirkt hat, steht seiner mittäterschaftlichen Beteiligung gemäß § 267 StGB nicht von vornherein entgegen. Die Tatbestandsvariante des Herstellens einer unechten Urkunde ist kein eigenhändiges Delikt. Demgemäß kommt auch eine Beteiligung des Auftraggebers als Mittäter an der Herstellung der unechten Urkunden durch einen Anderen in Betracht.

7. Mehrere Beteiligte können eine Tat auch dann gemeinschaftlich begehen, wenn sie einander nicht kennen, sofern sich jeder bewusst ist, dass andere mitwirken und alle im bewussten und gewollten Zusammenwirken handeln (vgl. RGSt 58, 279).

8. Der Senat lässt offen, ob es für die mittäterschaftliche Herstellung einer unechten Urkunde allein nicht reicht, wenn Personalien und Passfotos zur Anfertigung der Fälsficate weitergeleitet werden und der Weiterleitende wegen des erhofften finanziellen Vorteils aus der Veräu-

berung der Falsifikate ein erhebliches eigenes Interesse an der Durchführung gehabt hat (so BGH, Beschluss vom 30. Oktober 2008 – 3 StR 156/08 Rn. 9).

**45. BGH 4 StR 328/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Dortmund)**

Abfassung der Urteilsgründe.  
§ 267 StPO; § 260 StPO

Es verbietet sich aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes, Kopien von Lichtbildern pornographischen Inhalts in die Urteilsgründe aufzunehmen (BGH NStZ 2006, 394, 395).

**18. BGH 2 StR 324/09 – Beschluss vom 5. November 2009 (LG Wiesbaden)**

Unzulässige Revision der Staatsanwaltschaft (Verfristung; allgemeine Sachrüge; Revision der Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten).  
§ 344 Abs. 1 StPO

1. Innerhalb der Frist zur Begründung des Rechtsmittels ist ein den Anforderungen des § 344 Abs. 1 StPO genügender Revisionsantrag zu stellen. Dies kann auch bereits in der Revisionseinlegungsschrift (§ 341 Abs. 1 StPO) mit der Erhebung der allgemeinen Sachrüge geschehen. Das setzt allerdings voraus, dass die Rüge der Verletzung materiellen Rechts angesichts der Umstände des Einzelfalles geeignet ist, den Umfang der Anfechtung zweifelsfrei festzulegen.

2. Besondere Bedeutung erlangt diese Einschränkung, wenn das Urteil mehrere Angeklagte und/oder mehrere Taten betrifft. Richtet sich die Revision gegen ein Urteil mit mehreren selbständigen Tatvorwürfen, bleibt der Umfang des Revisionsangriffs unklar, wenn ohne konkretisierende Zusätze lediglich die allgemeine Sachrüge erhoben wird (vgl. BGH NJW 2003, 839). Dies gilt erst recht, wenn es sich im Falle teilweiser Verurteilung und teilweisen Freispruchs um eine Revision der Staatsanwaltschaft handelt, die sowohl zugunsten als auch zu Lasten des Angeklagten eingelegt sein kann.

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**37. BGH 4 StR 194/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Rostock)**

Untreue (Vermögensnachteil durch „Kick-Back-Zahlung“: Bewertung von Architektenleistungen, Mindestsätze nach der HOAI, individueller Schadenseintrag; Pflichtwidrigkeit).  
§ 266 StGB; § 15 HOAI; § 16 HOAI

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist unter einem Nachteil jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen. Die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung festzustellen, also auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstands vor und nach der treuwidrigen Handlung. Ein Nachteil liegt daher nicht vor, wenn und soweit durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wurde (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 15, 342, 343 f.; BGH NStZ 2004, 205, 206).

2. Zwar ist es grundsätzlich zulässig, für alle in der HOAI geregelten Architekten- und/oder Ingenieurleistungen ein Pauschalhonorar zu vereinbaren, mit dem alle vereinbarten Leistungen eines Auftrags – der sich auch auf mehrere Objekte beziehen kann – abgegolten sind und das genaue Honorarabrechnungssystem unterlaufen wird. Unterschreitet allerdings das Pauschalhonorar bei zutreffender Berechnung die Mindestsätze nach der HOAI, ohne dass die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 HOAI vorliegen, so ist die Pauschalhonorarvereinbarung unwirksam mit der Folge, dass gemäß § 4 Abs. 4 HOAI

die Mindestsätze als vereinbart gelten. Das Honorar richtet sich gemäß § 4 Abs. 1 HOAI nach der schriftlichen Vereinbarung „im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze“, wobei die schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung getroffen werden muss.

3. Ein Verstoß gegen den Mindestpreiskarakter der HOAI liegt aber nicht schon dann vor, wenn die Parteien einen der Parameter für die Honorarabrechnung verändert haben. Vielmehr kommt es darauf an, ob die gesamte vertragliche Vereinbarung zu einem Honorar unterhalb des richtigen, nach den Faktoren der HOAI ermittelten Mindestsatzes führt (BGH NJW-RR 2005, 669).

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensnachteil zu verneinen ist, in Betracht kommen, wenn eine zwar objektiv gleichwertige Gegenleistung unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos ist, wobei auf den Standpunkt eines objektiven Betrachters abzustellen ist (vgl. nur BGHSt 16, 321, 325 f.).

5. Werden Planungsleistungen entgegen der Weisung des Vermögensinhabers nicht von einem Stararchitekten, sondern von einem anderen Architekten vorgenommen, macht dies allein die Arbeiten noch nicht wertlos.

6. Durch einen sog. Kick-Back kommt ein Nachteil iS des § 266 StGB nur in Betracht, wenn der Zuwendende bereit gewesen wäre, seine Leistung auch zu einem um die Kick-Back-Zahlung reduzierten Entgelt zu erbringen. Der Schaden liegt dann darin, dass der Treupflichtige die konkrete und sichere Möglichkeit eines günstigeren Abschlusses nicht für seinen Geschäftsherrn realisiert hat (vgl. BGHSt 31, 232). Zwar hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Provisions- oder Schmiergeldzahlungen in der Regel einen Nachteil iS des § 266 StGB angenommen. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können (BGHSt 50,

299, 314). Hierauf kann die Begründung des Nachteils jedoch nicht gestützt werden, wenn der abzüglich der verdeckten Provision zu zahlende Preis die Mindestsätze der HOAI unterschritt oder deren Mindestsätzen jedenfalls entsprach.

#### 24. BGH 2 StR 424/09 – Beschluss vom 4. November 2009 (LG Erfurt)

Bemessung der Jugendstrafe (Erziehungsgedanke; Erörterungsmangel).

§ 18 JGG; § 46 StGB

Bei der Bemessung der Jugendstrafe müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Erziehungsgedanke beachtet wird.

#### Aufsätze und Anmerkungen

## Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon – oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung

Von Dr. Marco Mansdörfer, Freiburg i. Brsg.

Mit dem Inkrafttreten des „Vertrages von Lissabon“ wurde das europäische Strafrecht in weiten Teilen auf neue Grundlagen gestellt.<sup>1</sup> Anders als es der verkürzte<sup>2</sup> Wortlaut „Vertrag von Lissabon“ nahe legt und anders als es noch im „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ (VVE) vorgesehen war, wird mit dem Dokument von Lissabon allerdings kein neuer, einheitlicher primärrechtlicher Vertrag geschaffen, äußerlich bleibt der bisherige „Vertrag über die Europäische Union“ (EUV) vielmehr bestehen.<sup>3</sup> In der konsolidierten Fassung des EUV verschmelzen indessen die Europäische Union und die frühere Europäische Gemeinschaft zu einer neuen Europäi-

schen Union mit supranationalem Charakter.<sup>4</sup> Der bisherige EG-Vertrag wird zu einem runderneuerten und um Regelungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit erweiterten „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV).<sup>5</sup> Die bisherige „Europäische Gemeinschaft“ ist damit Geschichte. Aus dem europäischen Tempel wird ein veritables Haus mit dem Namen „Europäische Union“ und einer eigenen Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV). Die Innenausstattung dieses Hauses geben in erster Linie der AEUV und die Europäische Grundrechtscharta vor. Rechtlich stehen der neue EUV, der AEUV und die Grundrechtscharta gem. Art. 1 Abs. 3 S. 2, 6 Abs. 1 EUV gleichrangig nebeneinander.<sup>6</sup>

Im Bereich der Strafrechtspflege wurden die Kompetenzen der Union „erheblich erweitert“<sup>7</sup>. Das deutsche Bun-

<sup>1</sup> Zum Vertrag von Lissabon im Ganzen mit deutlicher Orientierung am Entstehungsprozess des Vertrags *Lieb/Maurer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon, Kurzkommentar*, 3. Aufl., Berlin (2009); *Hummer/Obwexer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, Baden-Baden, 2009.

<sup>2</sup> Die offizielle Bezeichnung des Lissabon-Vertrages lautet „Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ (ABl. EU 2007 Nr. C 306/1). Einen Vergleich des Lissabon-Vertrages mit dem gescheiterten Verfassungsentwurf gibt *Richter* EuZW 2007, 631, allgemein zum Vertragswerk *Hatje/Kindt* NJW 2008, 1761; zu den strafrechtsspezifischen Änderungen *Heger* ZIS 2009, 406.

<sup>3</sup> *Maurer*, in: *Lieb/ders.* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon* (Fn. 1), S. 10 ff.

<sup>4</sup> Die Rechtsakte, die im Bereich der PJZS vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon auf der Grundlage der alten Art. 29 ff EUV angenommen wurden, behalten gem. Art. 9 Protokoll über die Übergangsbestimmungen vom 13. Dezember 2007 (ABl. EU 2007 Nr. C 306/157) so lange Rechtswirkung, bis sie nach dem neuen Recht aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert werden.

<sup>5</sup> Damit einher geht eine – im Unterschied zu Art. 35 EUV a. F. – grundsätzlich umfassende Rechtsprechungsgewalt des EuGH.

<sup>6</sup> *Heger* ZIS 2009, 406, 408.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2287, Rn. 352 m. Anm. *Terhechte* EuZW 2009, 724; *Schorkopf* EuZW 2009, 718; speziell zu den strafrechtsbezogenen Aussagen des Urteils *Am-*

desverfassungsgericht hat daher gerade diese Zuständigkeiten sehr kritisch gewürdigt.<sup>8</sup> Die Karlsruher Richter waren besorgt, dass der Union im Bereich der Strafrechtspflege zu weitgehende Zuständigkeiten eingeräumt wurden und den Mitgliedstaaten keine substantiellen Handlungsfreiräume verblieben sind.<sup>9</sup> Der durch das Strafrecht geschaffene elementare Verhaltenskodex<sup>10</sup> sollte schließlich in den Werten der nationalen Gemeinschaften verortet bleiben. Strafrecht sei ein Instrument zur „Sicherung des Rechtsfriedens“, zur „Sicherung der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“ oder zur „sozialen Kontrolle“;<sup>11</sup> es ist aber kein „rechtstechnisches Instrument zur Effektivierung einer internationalen Zusammenarbeit“<sup>12</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht räumt in seinem Lissabon-Urteil jetzt zwar grundsätzlich ein<sup>13</sup>, dass bei der Harmonisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts nach dem Vertrag von Lissabon der Subsidiaritätsgedanke und die Befindlichkeiten der Nationalstaaten noch hinreichend berücksichtigt werden.<sup>14</sup> Gleichwohl wird deutlich, dass die europäische Strafrechtsintegration mit Lissabon eine neue Stufe erreicht hat. Die folgende Kommentierung des neuen Primärrechts widmet sich daher zunächst den neuen kriminalpolitischen Determinanten des europäischen Strafrechts (I.), in einem größeren Abschnitt werden dann die neuen Kompetenzen (II.) und das Verfahren (III.) zur Strafrechtssetzung näher untersucht, ehe zur institutionellen Entwicklung von Eurojust und Europäischer Staatsanwaltschaft (IV.) sowie kurz zum Europäischen Strafverfahrensrecht (V.) Stellung genommen wird.

## I. Die kriminalpolitischen Determinanten des europäischen Strafrechts

Die europäische Kriminalpolitik thematisiert die Zwecke und die Ziele des Einsatzes des Strafrechts auf Europäischer Ebene.<sup>15</sup> Die zentralen Fragen, in welchen Bereichen es auf europäischer Ebene notwendig erscheint, mit den Mitteln des Strafrechts steuernd einzugreifen, wo diese Eingriffe eher im Wege einer Mindestharmonisierung und wo im Wege einer verbesserten Koordination der nationalen Rechte erfolgen soll<sup>16</sup>, wurden im Vertrag von Lissabon erfreulich klar beantwortet:

---

*bos/Rackow* ZIS 2009, 397; *Folz* ZIS 2009, 427; *Schünemann* ZIS 2009, 393

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2274, Rn. 249, 252, 253; 2287, Rn. 352 ff.

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2274, Rn. 253.

<sup>10</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2287, Rn. 355.

<sup>11</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2287, Rn. 355.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 358.

<sup>13</sup> *Terhechte* EuZW 2009, 724, 725 bescheinigt dem BVerfG, den Konflikt zwischen Karlsruhe und Luxemburg „dramatisch zugespitzt“ zu haben.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 358.

<sup>15</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. Berlin, 2007, § 1 Rn. 10 m. w. N.

<sup>16</sup> Zu diesen zentralen Fragen der europäischen Kriminalpolitik stellvertretend *Jescheck*, FS f. Eser (2005), S. 991, 996 ff. Ansätze zu einer Theorie für eine Europäische Kriminalpo-

## 1. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als Kristallisationspunkt der inhaltlichen Programmatik des europäischen Strafrechts

Die Ausgestaltung des europäischen Strafrechts nach Lissabon orientiert sich in Art. 67 AEUV in erster Linie an dem Anspruch der Union, den Bürgern der Union einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu bieten.<sup>17</sup> Im neuen EUV wird der einheitliche Rechts- und Freiheitsraum – anders als bisher in Art. 29 S. 1 4. Spiegelstrich EUV a. F. – weniger deutlich als Ziel, sondern stärker faktisch formuliert. Der einheitliche Rechts- und Freiheitsraum wird nun in Art. 3 Abs. 2 EUV noch vor dem Europäischen Binnenmarkt in Art. 3 Abs. 3 EUV genannt. Die Union hat sich damit von einem einheitlichen Wirtschaftsraum zu einem supranationalen Lebensraum entwickelt.

Für die europäische Strafrechtsintegration ist das Ziel des einheitlichen Freiheits- und Sicherheitsraumes von zentraler Bedeutung; Die Politik der inneren Sicherheit ist zwar seit je her Kern staatlicher Souveränität. Bereits im Vertrag von Maastricht wurde aber im Jahr 1992 die Notwendigkeit staatenübergreifenden Handelns anerkannt; sie blieb freilich stark intergouvernemental geprägt und wurde in Art. 29 ff. EUV geregelt. Der Lissabon-Vertrag schließt die Entwicklung insoweit ab, als er diesen Bereich nunmehr in Teil 3 Titel V AEUV verankert und gem. Art. 67, 82 ff. AEUV zu einer von vierundzwanzig internen Politiken der Union erklärt. Eine Pauschalermächtigung zu einer globalen Strafrechtsharmonisierung ist damit freilich nicht verbunden.<sup>18</sup>

Näher konkretisiert wird die Politik der inneren Sicherheit durch die in Art. 67 Abs. 3 AEUV niedergelegte Programmatik. Die Union wirkt danach darauf hin,

- durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität,
- durch Maßnahmen zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Organen der Strafrechtspflege,
- durch die Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und
- erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften
- ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten.

Im Einzelnen werden die strategischen Leitlinien der europäischen Kriminalpolitik gem. Art. 68 AEUV durch den Europäischen Rat festgelegt.

---

litik lassen sich auch aus den Überlegungen von *Frisch* GA 2007, 250 (263 ff.) entwickeln.

<sup>17</sup> *Hailbronner*, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, (Fn. 1), S. 362 (362).

<sup>18</sup> Näher insoweit *Frisch* GA 2007, 250, 271 f.

## 2. Mit der neuen Rechtslage verbundene Fortschritte

Im Vergleich zum kriminalpolitischen Programm im früheren Art. 29 EUV a. F. ist Art. 67 Abs. 3 AEUV ungleich klarer<sup>19</sup>: Die Kriminalitätsprävention und –bekämpfung gefolgt von Maßnahmen zur Koordination der Strafrechtspflege stehen weiterhin an erster Stelle. Im Unterschied zu Art. 29 EUV a. F. bilden „die Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität“ einen eigenständigen Programmpunkt. In der Sache deutet dies darauf hin, dass von Seiten der Union in Zukunft eine stärkere eigenständige Kriminalpolitik erwartet werden muss.<sup>20</sup> Dazu gehört wie bisher eine Kriminalpolitik der Koordination und der Förderung der mitgliedstaatlichen Kooperation. Denkbar ist aber auch, dass in Zukunft darüber hinaus für zwar nicht transnational wirkende, aber europaweit auftretende Phänomene informal etwa in Form von Stellungnahmen oder unverbindlichen Mustergesetzen europaweit einheitliche Leitlinien vorgeschlagen werden.<sup>21</sup> Weiter normiert Art. 67 AEUV einen so bislang nicht formulierten Vorrang der Integration durch die gegenseitige Anerkennung vor einer Harmonisierung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften („erforderlichenfalls“).<sup>22</sup> Unabhängig davon, ob und in welcher Form man den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als taugliches Mittel der Strafrechtsintegration ansieht<sup>23</sup>, impliziert dies inhaltlich doch einen wesentlichen Punkt: Die künftige Strafrechtsintegration ist ganz entscheidend von einem wechselseitigen Vertrauen auf die Strafjustiz der einzelnen Mitgliedstaaten und einem Arbeitsauftrag an die nationalen Strafrechte, die Europäisierung des Strafrechts auch national angemessen zu verarbeiten, geprägt. Dieses Vertrauen und der Gedanke der Subsidiarität beugen einer breit angelegten Angleichung der nationalen Rechte vor. Möglicherweise kann diese – ganz im Sinne der Achtung der Rechtsordnungen

<sup>19</sup> Ebenso *Hailbronner*, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, (Fn. 1), S. 362, 362; auch wenn in verschiedenen Stellungnahmen zum Lissabon-Vertrag (etwa in BVerfG NJW 2009, 2267, 2287 ff., *Heger* ZIS 2009, 406, 409 f.) diesem Programm und den daraus folgenden Leitlinien freilich insgesamt wenig Bedeutung beigemessen wird.

<sup>20</sup> Zur Konkretisierung dieser kriminalpolitischen Vorgaben siehe den Entwurf eines Mehrjahresprogramms für einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Dienste der Bürger (Stockholmer Programm), Ratsdok. 14449/09.

<sup>21</sup> Konkret reichen mögliche Themenfelder etwa von Fragen der Strafbarkeit im Internet angebotener Glückspiele bis hin zu solchen des Umgangs mit Sportbetrug oder Fragen des Einsatzes von Strafrecht im Bereich der modernen Medizin oder der Gentechnik. Weiter Felder benennt etwa *Fuchs* ZStW 116 (2004), 368, 368 f.

<sup>22</sup> Zum Ursprung der Idee der Strafrechtsintegration durch die gegenseitige Anerkennung in der Forderung des europäischen Rates auf seiner Sondertagung in Tampere 1999 vgl. Mitteilung der Kommission KOM/2000/0495 endg.

<sup>23</sup> Zur Diskussion stellvertretend *Fuchs* ZStW 116 (2004), 368, 368 f.; *Gleß* ZStW 116 (2004), 353, 356; *Meyer* GA 2007, 15, 24 ff.

und -traditionen der Mitgliedstaaten<sup>24</sup> – in weiten Teilen sogar vollständig obsolet werden.

## 3. Das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit im Spiegel des Subsidiaritätsprinzips

Kritik an dem kriminalpolitischen Programm von Art. 67 AEUV könnte aus der als zu einseitig verstandenen Betonung der Sicherheit gegenüber dem Aspekt der Freiheit resultieren.<sup>25</sup> Das kriminalpolitische Programm könnte sich damit in moderne Tendenzen einer einseitig verbrechensbekämpfenden Kriminalpolitik einreihen, wie sie auch in den Mitgliedstaaten der Union mehr und mehr sichtbar werden.<sup>26</sup> Eine solche Interpretation ist indessen alles andere als zwingend: Im europarechtlichen Schrifttum wird das Unionsziel eines „hohen Maßes an Sicherheit für die Bürger“ lediglich als Endresultat eines einheitlichen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begriffen.<sup>27</sup> Notwendig ist damit eine ganzheitliche Betrachtung, in die auch die nationalen Rechte der Mitgliedstaaten einzubeziehen sind und in denen letztlich ein angemessener Ausgleich zwischen Sicherheit und Freiheit gefunden werden muss.<sup>28</sup>

Das Strafrecht droht von der Unionsseite zwar faktisch von den Erscheinungsformen transnationaler Kriminalität her typisiert und ausgestaltet zu werden, die gemeinhin eher dem „Feindstrafrecht“ zugeordnet werden.<sup>29</sup> Dafür zeugen die in Art. 75 AEUV explizit aufgeführte Terrorismusbekämpfung oder die in Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV genannten Referenzbereichen Menschenhandel, illegaler Drogen- oder Waffenhandel oder organisierte Kriminalität.<sup>30</sup> Dies bedeutet aber nicht

<sup>24</sup> *Walter* ZStW 117 (2005), 912, 916 weist mit Recht darauf hin, dass die „Unterschiede“ in den Traditionen gewahrt bleiben sollen.

<sup>25</sup> Ähnlich zur abgelehnten EU-Verfassung *Weigend* ZStW 116 (2004), 275, 277: „einseitige Zielbeschreibung“; aufgrund einer Analyse des bisherigen Gesetzgebungsprogramms kritisch auch *Schünemann* GA 2004, 193 (197).

<sup>26</sup> Zu entsprechenden Tendenzen in den Nationalstaaten siehe die transnationale Untersuchung von *Frisch* GA 2009, 385, 390 ff.

<sup>27</sup> So etwa *Wilms*, in: Hailbronner/ders., Recht der Europäischen Union – Kommentar, 2. Aufl. (2009), Art. 29 Rn. 5.

<sup>28</sup> Vgl. *Wilms*, in: Hailbronner/ders., Recht der Europäischen Union – Kommentar, Art. 29 Rn. 6.

<sup>29</sup> Begriffsprägend *Jakobs* ZStW 97 (1985), 751, 757 ff. und ZStW 117 (2005), 839, 845 ff.; siehe mit umfassenden Hinweisen zu der mit diesen Begriffen verbundenen Diskussion *Heinrich* ZStW 121 (2009), 94, insbes. 101 ff.

<sup>30</sup> Zu dem unscharfen Begriff der organisierten Kriminalität *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, Berlin (2004), S. 50 ff., 57 ff., wonach die in Europa weithin akzeptierte Definition organisierte Kriminalität als „die von Gewinn- oder Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig a) unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, b) unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder c) unter Einflussnahme auf Politik, Medien öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zusammenwirken,“ beschreibt. Kritisch zu diesem Begriff in

zwingend, dass diese Entwicklung das gesamte europäisierte Strafrecht erfassen muss. Tatsache ist vielmehr, dass sich das Strafrecht zunehmenden funktional ausdifferenziert. Diese Ausdifferenzierung birgt zwar neue Herausforderungen an das Strafrecht insgesamt, denen an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden kann; mit europarechtlichen Besonderheiten hat diese Entwicklung aber nur wenig zu tun.

#### 4. Die unmittelbare Verpflichtung der Union auf Grund- und Menschenrechte

Der neue EUV verpflichtet die Union weit über das bisherige Maß hinaus auf die Einhaltung von Grundrechten.<sup>31</sup> Die EU tritt mit dem Vertrag von Lissabon nicht nur gem. Art. 6 Abs. 2 EUV der Europäischen Menschenrechtskonvention bei, sondern erkennt in Art. 6 Abs. 1 EUV auch die Grundrechtscharta der EU vom 12. Dezember 1997 an.

Gesteht man den damit für die EU unmittelbar geltenden Grund- und Menschenrechten neben ihrer klassischen Abwehrfunktion auch eine – für die Grundrechte nach dem deutschen Grundgesetz längst anerkannte – Schutzfunktion zu, könnte dies auf die Fortentwicklung des Europäischen Strafrechts erhebliche Auswirkungen haben. Gerade in Bezug auf die Tatbestände des Kernstrafrechts könnte in Erfüllung des den Grundrechten immanenten Schutzauftrages theoretisch ein europäischer strafrechtlicher Mindestschutz entwickelt werden. Art. 51 Abs. 2 Grundrechtscharta schränkt die beschriebene Sprengkraft der Grundrechte allerdings stark ein, da die Charta die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert.

Trotz dieses Vorbehalts sollte die Bedeutung der Grundrechte nicht unterschätzt werden: Jede Rechtssetzung auf Unionsebene muss sich künftig an den Grundrechtsgewährleistungen der Charta messen lassen.<sup>32</sup> Da das Unionsrecht grundrechtskonform ausgelegt werden muss, gelten die Grundrechte überdies auch für diejenigen Staaten die – wie etwa Großbritannien, Polen oder Tschechien<sup>33</sup> – die Bindungswirkung der Grundrechtscharta für ihr Land ausgeschlossen haben. Institutionell wird die Bedeutung der Grund- und Menschenrechte insbesondere durch den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK gestärkt. Auch wenn der EuGH bislang die Bedeutung von Grundrechten nur zögerlich anerkennen wollte<sup>34</sup>,

diesem Zusammenhang auch *Schünemann* GA 2004, 193, 195.

<sup>31</sup> Siehe auch *Heger* ZIS 2009, 406, 408.

<sup>32</sup> *Heger* ZIS 2009, 406, 408.

<sup>33</sup> Näher zur Einschränkung der Anwendung der Grundrechtscharta auf Polen und das Vereinigte Königreich das Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich vom 31. Dezember 2007 (ABl EU Nr. C 306/154).

<sup>34</sup> Siehe etwa die neuere Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen *Eugen Schmidberger* Rs. C-112/00 vom 12. Juni 2003 = *EuZW* 2003, 592, Rn. 78 ff. mit Anm. *Koch* 598, wonach der EuGH in diesem Fall „erstmalig eine umfangreiche Konkordanzprüfung“ von Grundrechten (konkret: Demonstrationsfreiheit) und Grundfreiheiten durchgeführt

wird zumindest der EGMR eine hinreichende rechtspraktische Wirkung der Grundrechte sicherstellen. In der Literatur werden diese Änderungen zum Teil zwar als lediglich „symbolisch“ eingestuft;<sup>35</sup> tatsächlich wird aber abzuwarten sein, ob der EGMR nicht möglicherweise ein eigenes Prüfungssystem entwickelt, um gerade supranationale Maßnahmen einer ihnen angemessenen Kontrolle zu unterwerfen. Die Entwicklungsgeschichte des EGMR lehrt, dass das Straßburger Gericht es sehr gut zu verstehen gewusst hat, ihm formal eingeräumte Kompetenzen rechtspraktisch wirksam durchzusetzen. Ein künftiger Dualismus zwischen EuGH und EGMR ist keineswegs ausgeschlossen – die Entwicklung ist offen.

## II. Die Kompetenzen zur Strafrechtssetzung und anderen strafrechtlichen Maßnahmen

In dem Bemühen, ungewollten Zentralisierungstendenzen entgegen zu wirken, unterscheidet der neue EU-Vertrag zwischen ausschließlichen (Art. 3 AEUV), geteilten (Art. 4 AEUV) und sich ergänzenden (Art. 6 AEUV) Zuständigkeiten<sup>36</sup>. Für das Strafrecht besteht grundsätzlich eine geteilte Zuständigkeit (dazu unten 1.). Die Rechtssetzungskompetenz der Union ist dabei im Ansatz auf eine Anweisungskompetenz gegenüber den Mitgliedstaaten (dazu unten 2. bis 4.) beschränkt; eine echte Rechtssetzungskompetenz bleibt die Ausnahme (dazu unten 5.). Neu ist eine Maßnahmenkompetenz im Bereich der Kriminalprävention (dazu unten 6.) Für die Ausübung jeder Kompetenz gelten außerdem das Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (dazu unten 7.).

### 1. Grundsatz: Geteilte Zuständigkeit gem. Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV

Eine umfassende ausschließliche Kompetenz der Europäischen Union zur Strafrechtssetzung sieht der Vertrag von Lissabon nicht vor. Das Straf- und Strafverfahrensrecht bleiben im Kern weiter im nationalen Recht verankert. Die Europäische Union kann straf- und strafverfahrensrechtliche Regelungen entsprechend dem Grundprinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur im Rahmen einer geteilten Zuständigkeit zur Bildung eines einheitlichen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gem. Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV erlassen<sup>37</sup>. Die Kompetenzen der Union zur Ordnung dieses Freiheitsraumes wurden gegenüber der Rechtslage nach Art. 29 EUV a. F. freilich substantiell erweitert und sachlich neu geordnet: Art. 82 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV ermächtigt

„habe“ sowie die sog. *Laserdrome*-Entscheidung Rs. C-36/02 vom 14. Oktober 2004 m. w. N. aus der Rechtsprechung in Ziff. 33. = *EuZW* 2004, 753, insb. 755 mit Anm. *Bröhmer* 757 ff., der betont, dass der vom EuGH zugestandenen „Generalvorrang des mitgliedstaatlichen Menschenwürdeverständnisses beträchtliche Auswirkungen haben kann“ 756.

<sup>35</sup> So etwa *Heger* ZIS 2009, 406, 409.

<sup>36</sup> *Hatje/Kindt* NJW 2008, 1761, 1762.

<sup>37</sup> *Heger* ZIS 2009, 406, 409.

die Union zu Maßnahmen zur Erleichterung der zwischenstaatlichen Kooperation (näher unten 2.). Art. 82 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV enthält eine grundsätzliche Kompetenznorm zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den in Art. 82 Abs. 2 genannten Bereichen des Verfahrensrechts und auf den in Art. 83 AEUV genannten Gebieten des materiellen Strafrechts (näher unten 3. u. 4.). Art. 325 AEUV enthält darüber hinaus eine sachlich begrenzte, eigene Rechtssetzungskompetenzen der Union zum Schutz ihrer finanziellen Interessen (näher unten 5.).

## 2. Zuständigkeit für Maßnahmen zur Förderung der transnationalen Kooperation der mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsbehörden gem. Art. 82 Abs. 1 UA. 2 AEUV

Art. 82 Abs. 1 UA. 2 AEUV ermächtigt die Union zu Maßnahmen im Bereich der transnationalen Kooperation. Dazu gehören

- Regeln und Verfahren zur Sicherstellung der Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen (UA. 2a),
- Maßnahmen zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten (UA. 2b) und
- zur Erleichterung der Zusammenarbeit in den Bereichen Strafverfolgung, -vollstreckung und -vollzug (UA. 2d).
- Die Union betont daneben aber auch die Bedeutung der Weiterbildung der nationalen Richter, Staatsanwälte und Justizbediensteten (UA. 2c).

Während Art. 31 EUV a. F. lediglich das gemeinsame Vorgehen bei der justiziellen Zusammenarbeit festgelegt hat, ist Art. 82 Abs. 1 AEUV seinem Wesen nach neuartig und beschreibt einen Kern von Maßnahmen, für die eine supranationale Institution wie die Europäische Union geradezu prädestiniert ist. Mit der allgemeinen Ermächtigung zu „Maßnahmen“ verfügt die Union insoweit über das gesamte Handlungsinstrumentarium des Art. 288 AEUV.<sup>38</sup> Sie kann im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung also nicht nur Rechtsvorschriften erlassen, sondern auch administrativ tätig werden sowie durch Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen konkreten Einfluss bis hinein in einzelne Verfahren ausüben.

## 3. Kompetenz zur Festlegung von Mindestvorschriften für das Strafverfahren zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen gem. Art. 82 Abs. 2 AEUV

Art. 82 Abs. 2 AEUV ermächtigt die Union erstmals<sup>39</sup> zum Erlass von Richtlinien, in denen

<sup>38</sup> Diem, in: FS f. Paulus, Würzburg (2009), S. 35, 47.

<sup>39</sup> Hailbronner, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, (Fn. 1), S. 362, 370; Heger ZIS 2009, 406, 411.

- Mindestvorschriften zur Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten,
- die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren,
- die Rechte der Opfer der Straftaten und
- sonstige spezifische Aspekte des Strafverfahrens festgelegt werden,
- soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung und zur polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit erforderlich ist.

Insbesondere in Anbetracht der Ermächtigung zum Erlass von Mindestvorschriften für „sonstige spezifische Aspekte des Strafverfahrens“ gem. Art. 82 Abs. 2 UA. 2 lit. d AEUV kann die Union damit ein Mindestschutzniveau für europäische Strafverfahren einführen. Der Begriff der „sonstigen spezifischen Aspekte des Strafverfahrens“ ist zwar reichlich unbestimmt<sup>40</sup>, selbst wenn man die Ermächtigung in Art. 82 Abs. 2 UA. 2 AEUV extensiv interpretiert, sind die daraus resultierenden Eingriffe für die Mitgliedstaaten im Ergebnis überschaubar. Da die Ermächtigung auf die Etablierung eines Mindestschutzniveaus beschränkt ist, sind strukturelle Eingriffe in die nationalen Strafverfahren praktisch ausgeschlossen. So wird etwa die in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Gewichtung des Ermittlungsverfahrens, der Hauptverhandlung und der Rechtsmittelmöglichkeiten im Ergebnis nicht berührt. Ähnliches gilt für die Ausgestaltung des Strafverfahrens nach den Grundsätzen der Legalität oder Opportunität, der Unmittelbarkeit, der Mündlichkeit, der Gewichtung des Akkusationsprinzips oder der Ausgestaltung der richterlichen Instruktionsmaxime.

Die Auswirkungen dieser Ermächtigung werden sich daher im Wesentlichen darauf beschränken,

- einzelne Verfahrensarten (etwa bestimmte Strafverfahren in Abwesenheit<sup>41</sup>) für grundsätzlich unzulässig zu erklären,
- bestimmte elementare Verfahrensrechte (etwa die Rechte aus Art. 6 EMRK) zu konkretisieren oder
- spezifische Regeln für Ermittlungsverfahren mit transnationalem Charakter zu entwickeln und zu implementieren<sup>42</sup>.

## 4. Strafrechtsanweisungskompetenz für das materielle Strafrecht gem. Art. 83 AEUV

Art. 83 AEUV enthält eine Strafrechtsanweisungskompetenz für das materielle Strafrecht. Dabei ist zwischen einer allgemeinen Ermächtigung für bestimmte explizit

<sup>40</sup> Heger ZIS 2009, 406, 411 hält diese Vorschrift für „vollständig unbestimmt“.

<sup>41</sup> Zu Abwesenheitsverurteilungen aus der Sicht verschiedener Jurisdiktionen Ahlbrecht, in: DAV AG Strafrecht (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, Baden-Baden (2009), S.1055, 1059 ff.

<sup>42</sup> Nach Auffassung von BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 365 soll sich die konkretisierende Ausfüllung der Ermächtigungen nach Art. 82 Abs. 2 UA. 2d AEUV in der Bedeutung einer Vertragsänderung annähern. Damit wird das Potential dieser Vorschrift allerdings deutlich überschätzt.



aufgezählte Referenzbereiche (unten a), einer dynamischen Blankettermächtigung (unten b) und einer Annexzuständigkeit zur Angleichung in bereits harmonisierten Politikbereichen (unten c) zu unterscheiden.

**a) Allgemeine Ermächtigung für Bereiche besonderes schwerer grenzüberschreitender Kriminalität nach Art. 83 Abs. 1 AEUV**

Art. 83 Abs. 1 AEUV ermächtigt die Union in Bereichen besonderes schwerer Kriminalität durch Richtlinien Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen festzulegen, wenn diese Kriminalität transnationalen Charakter aufweist. Die grenzüberschreitende Dimension soll entweder aus der Art oder den Auswirkungen der Taten folgen oder aus der Notwendigkeit, die Taten auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen. *Schünemann* versteht diesen „Typus des grenzüberschreitenden Delikts“ zwar als „geborenes Europadelikt“.<sup>43</sup> Art. 83 Abs. 1 UA. 2 AEUV beschränkt diese Delikte gleichwohl in einem grundsätzlich abschließend<sup>44</sup> zu verstehenden Katalog auf folgende Kriminalitätsbereiche:

- Terrorismus,
- Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern,
- illegaler Drogenhandel,
- illegaler Waffenhandel,
- Geldwäsche,
- Korruption,
- Fälschung von Zahlungsmitteln,
- Computerkriminalität und
- organisierte Kriminalität.<sup>45</sup>

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist Art. 83 AEUV insgesamt eng auszulegen, da die daraus folgende Übertragung von Hoheitsrechten einer „besonderen Rechtfertigung“<sup>46</sup> bedürfe. Straftaten hätten daher nicht schon dann einen transnationalen Charakter, wenn die Organe einen politischen Willen zur grenzüberschreitenden Bekämpfung bestimmter Straftaten gebildet hätten. Dies sei erst der Fall, wenn sich aus der Art und den Auswirkungen bestimmter Straftaten die besondere Notwendigkeit ihrer Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage ergeben würde<sup>47</sup>. Außerdem müssten die insoweit erlassenen Richtlinien den Mitgliedstaaten „substanzielle Ausgestaltungsspielräume“ belassen.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> *Schünemann* GA 2004, 193, 199, daneben nennt er als weitere Gruppe „geborener Europadelikte“ die Straftaten gegen Rechtsgüter der Europäischen Union; ähnlich *Frisch* GA 2007, 250, 268 f.

<sup>44</sup> Ebenso für die entsprechende Vorschrift in der gescheiterten EU-Verfassung *Walter* ZStW 117 (2005), 912, 926 f.; *Diem*, in: FS f. Paulus, (Fn. 38), S. 35, 45; für einen angesichts von UA. 3 nur exemplarischen Charakter der Aufzählung dagegen *Meyer*, in: FS f. Eser, München (2005), S. 797, 801.

<sup>45</sup> Kritisch in Bezug auf die einzelnen Kriminalitätsfelder für die entsprechende Vorschrift der gescheiterten EU-Verfassung *Weigend* ZStW 116 (2004), 276, 285 f.

<sup>46</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 359.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 359.

<sup>48</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 363.

Das Bundesverfassungsgericht überschreitet mit dieser Interpretation die Wortlautgrenze des Vertrages: Während nach der ausdrücklichen Fassung des Vertrages die grenzüberschreitende Dimension von Straftaten alternativ mit dem Charakter der Straftat und mit Strafverfolgungsbedürfnissen begründet werden kann, verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass beide Kriterien kumulativ vorliegen. Das bringt die Sorge des Gerichts zum Ausdruck, die Tatbestandesvoraussetzungen von Art. 83 AEUV könnten durch die politische Willensbildungsprozesse zunehmend abgeschliffen werden. Solche Schleifungsprozesse werden freilich auch durch die gut gemeinten Worte der deutschen Verfassungsrichter nicht verhindert werden. Der Katalog besteht nicht umsonst aus kriminologisch geprägten unscharfen Begrifflichkeiten (Organisierte Kriminalität, Terrorismus, Korruption). Für Grundlagenverträge sind solche Termini geradezu typisch. Der Katalog ist damit nur Ausdruck des Zustandes des politischen Willensbildungsprozesses<sup>49</sup> und das spezifische Erfordernis transnationalen Charakters der Kriminalität nicht mehr als eine tatbestandspezifische Reformulierung des allgemeinen Subsidiaritätsprinzips.<sup>50</sup>

**b) Dynamische Blankettermächtigung nach Art. 83 Abs. 1 UA. 3 AEUV**

Sollte sich der Katalog typisch transnationaler Kriminalitätsbereiche in Art. 83 Abs. 1 UA. 2 AEUV im weiteren Verlauf der europäischen Einigung als zu eng erweisen und das Bedürfnis bestehen, diesen Katalog zu erweitern, so geht dies auch ohne Vertragsänderung auf Grundlage einer in Art. 83 Abs. 1 UA. 3 AEUV fixierten dynamischen Blankettermächtigung. Auch neu aufgenommene Kriminalitätsfelder müssen indessen eine transnationale Dimension anhaften. Die bloße Kundgabe eines gemeinsam politischen Willens zu einer harmonisierten Bekämpfung konkreter Kriminalitätsfelder genügt insoweit nicht.<sup>51</sup> Beispiele solcher Kriminalitätsfelder sind etwa grenzüberschreitende Wirtschafts- und Steuerstraftaten, denen mit einer harmonisierten Kriminalpolitik begegnet werden muss. Freilich können diese im Prinzip bereits auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 2 AEUV harmonisiert werden.<sup>52</sup>

Insgesamt ist das Potential der Blankettermächtigung somit trotz des zweifellos vorhandenen Spielraums<sup>53</sup> begrenzt und in seinem Wesen überschaubar. Dies gilt insbesondere, wenn man den Wortlaut „je nach Entwicklung der Kriminalität“ dahin versteht, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse in jüngerer Zeit in einem spezifi-

<sup>49</sup> *Bacigalupo* ZStW 116 (2004), 326, 328, dessen Verweis auf von *Liszt*s Ideen zu einem einheitlichen mitteleuropäischen Strafrecht (ZStW 38 [1917], 1, 7, 14 ff.) insgesamt zu pauschal, aber immerhin insoweit interessant sein dürfte, als dort auch das gesamte Wirtschaftsstrafrecht Gegenstand einer europäischen Harmonisierung sein sollte.

<sup>50</sup> Ebenso *Diem*, in: FS f. Paulus, (Fn.38), S. 35, 46.

<sup>51</sup> *Heger* ZIS 2009, 406, 412.

<sup>52</sup> *Hecker* JA 2002, 723, 724 nennt etwa grenzüberschreitende Kfz-Verschleppungen, Verstöße gegen das Lebensmittel- und Arzneimittelrecht und illegalen Mülltourismus.

<sup>53</sup> Auf einen solchen Spielraum weist mit Recht *Schünemann* GA 2004, 193, 199 hin.

schen Sektor nachteilig verändert haben müssen.<sup>54</sup> Das Bundesverfassungsgericht unterstellt die Ausdehnung der Unionskompetenzen über die Blankettermächtigung gleichwohl Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG<sup>55</sup>, sodass die Bundesregierung einem Gebrauch der Blankettermächtigung nur nach einer vorherigen Billigung durch das Parlament zustimmen darf.<sup>56</sup>

### c) Annexzuständigkeit zur Angleichung des Strafrechts in bereits harmonisierten Politikbereichen gem. Art. 83 Abs. 2 AEUV

In der Praxis weitaus bedeutsamer als die Ermächtigung zur Harmonisierung des Strafrechts auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 1 AEUV wird die Annexkompetenz zur Angleichung des Strafrechts in bereits harmonisierten Politikbereichen gem. Art. 83 Abs. 2 AEUV.<sup>57</sup> Mit der ausdrücklichen Aufnahme einer strafrechtlichen Annexkompetenz ist das in der Rechtssache C-176/03 vom EuGH entwickelte Richterrecht nunmehr im Primärrecht kodifiziert. Dort hatte der EuGH – im Wesentlichen aufgrund von Effektivitätsüberlegungen – einen Rahmenbeschluss zum Schutz der Umwelt durch das Strafrecht<sup>58</sup> für nichtig erklärt, weil die entsprechenden Regelungen vorrangig im Rahmen einer Richtlinie auf der Grundlage von Art. 175 EGV getroffen werden mussten.<sup>59</sup> In der nachfolgenden Entscheidung in der Rechtssache C-440/05 wurde diese Linie im Grunde bestätigt, aber dahin eingeschränkt, dass die Entscheidung über die Art und das Maß der strafrechtlichen Sanktion im Prinzip den Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben muss.<sup>60</sup> Auch diese Einschränkung ist allerdings mit der insoweit eindeutigen Regelung in Art. 83 Abs. 2 AEUV hinfällig<sup>61</sup>, sodass nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine „uferlose“ Kompetenz zur Strafrechtssetzung „droht“.<sup>62</sup>

Für die Reichweite dieser Kompetenz entscheidend ist freilich, unter welchen Voraussetzungen der Gebrauch der Annexkompetenz gestattet ist. Art. 83 Abs. 2 AEUV setzt insoweit ein „unerlässliches“ Bedürfnis nach einer Angleichung der strafrechtlichen Vorschriften der Mit-

gliedstaaten für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf dem entsprechenden Sachgebiet voraus. Auf der Grundlage von Art. 29 EUV a. F. konnten die Strafrechte dagegen bereits dann harmonisiert werden, wenn dies „erforderlich“ erschien. Die Möglichkeiten einer Harmonisierung auf der Grundlage der Annexkompetenz wurden damit im Ansatz eingeschränkt.<sup>63</sup> Die genaue Bedeutung des Kriteriums der Unerlässlichkeit ist freilich bis dato kaum geklärt und die ersten Einschätzungen in der Literatur und Rechtsprechung gehen entsprechend weit auseinander: *Zimmermann* prognostiziert auf der Basis einer Analyse der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr als eine Wiederkehr des für das Gemeinschaftsrecht entwickelten Gedankens des „effet-utile“.<sup>64</sup> *Heger* misst dem Kriterium der Unerlässlichkeit eine ungleich größere Begrenzungsfunktion zu und ist der Auffassung, dass eine Strafrechtsharmonisierung auf der Grundlage der Annexkompetenz „regelmäßig zu unterbleiben hat“.<sup>65</sup> *Walter* leitet aus der entsprechenden Formulierung in der gescheiterten EU-Verfassung das Erfordernis einer „empirisch untermauerten Prognose ab, dass ein harmonisiertes Strafrecht *conditio sine qua non*“ zur Zielerreichung ist.<sup>66</sup> Das Bundesverfassungsgericht legt das Kriterium der Unerlässlichkeit in einer grundsätzlich justiziablen Weise aus und verlangt – im Ansatz ähnlich wie *Walter* –, dass vor dem Gebrauch der Annexkompetenz nachweisbar feststeht, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch eine Strafandrohung beseitigt werden kann.<sup>67</sup>

Auch an dieser Stelle ist das Bundesverfassungsgericht zu restriktiv. Gerade angesichts der ungewissen Wirkungen der Strafdrohung, könnte mit dem Erfordernis einer nachweislichen Beseitigung eines Vollzugsdefizits im Gemeinschaftsrecht durch eine Strafdrohung der Strafrechtsharmonisierung leicht ein Ende bereitet werden. Zustimmung verdient zwar der Umstand, dass das Kriterium der „Unerlässlichkeit“ als justiziable Tatbestandsvoraussetzung verstanden wird. Systematisch wird dieses Kriterium dagegen unionspezifisch auszulegen sein, sodass eine Unerlässlichkeit dann anzunehmen sein wird, wenn erhebliche Strafbarkeitsdivergenzen in den einzelnen Mitgliedstaaten die Gefahr von Strafbarkeitsinseln mit sich führen. Freilich sollte auch der EuGH seine Rechtsprechung dem Wortlaut des Primärrechts annähern und Annexkompetenzen nicht allein mit dem *effet-utile* begründen.<sup>68</sup>

## 5. Strafrechtssetzungskompetenz gem. Art. 79, 325 AEUV

Art. 79 Abs. 2 AEUV ermächtigt die Union zu Maßnahmen zur Bekämpfung des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern, und Art. 325 AEUV ermächtigt die Union zu Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen

<sup>54</sup> So für die entsprechende Vorschrift in der gescheiterten Verfassung *Walter* ZStW 117 (2005), 912, 926.

<sup>55</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 363.

<sup>56</sup> *Heger* ZIS 2009, 406, 412.

<sup>57</sup> In diesem Sinne auch die Einschätzung von *Schünemann* GA 2004, 193, 195 zur entsprechenden Regelung im VVE

<sup>58</sup> Näher zu diesem Rahmenbeschluss *Mansdörfer* Jura 2004, 297, 297 ff.

<sup>59</sup> EuGH EuZW 2005, 632, kritisch dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Baden.-Baden (2009), § 8 Rn. 41 ff.; *Hefendehl* ZIS 2006, 161 ff.; *Kaifa-Gbandi* ZIS 2006, 523 ff.; *Pohl* ZIS 2006, 213. *Braum* wistra 2006, 121 ff.; zu entsprechenden Vorstößen seitens der Kommission im Vorfeld der EuGH-Entscheidung *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin, 2002, S.190 ff.; ausführlich zu der nach dieser Entscheidung ergangenen Richtlinie zum Schutz der Umwelt (ABl. EU 2008 Nr. L 328/28 vom 6. Dezember 2008) durch das Strafrecht *Zimmermann* ZRP 2009, 74.

<sup>60</sup> EuGH NStZ 2008, 703 m. Anm. *Zimmermann* NStZ 2008, 662.

<sup>61</sup> Ebenso *Zimmermann* NStZ 2008, 662, 665; *Heger* ZIS 2009, 406, 413.

<sup>62</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 361.

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 361.

<sup>64</sup> *Zimmermann* NStZ 2008, 662, 665.

<sup>65</sup> *Heger* ZIS 2009, 406, 409.

<sup>66</sup> *Walter* ZStW 117 (2005), 912, 928.

<sup>67</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2288, Rn. 362.

<sup>68</sup> Ablehnend gegenüber dieser Neigung des EuGH bereits *Mansdörfer* StV 2003, 313, 315.

die finanziellen Interessen der Union richten. Damit wird der Union zwar nicht explizit eine eigene Kompetenz zur Setzung strafrechtlicher Normen eingeräumt; es ist indessen nicht ausgeschlossen, die Vorschriften in diesem Sinn zu verstehen.<sup>69</sup>

### a) Strafrechtssetzungskompetenz gem. Art. 325 AEUV

Im Fall von Art. 325 AEUV spricht neben dem offenen Wortlaut insbesondere die Entstehungsgeschichte – genauer: die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Vorgängerregelungen im Europäischen Verfassungsvertrag – für die Annahme einer Strafrechtssetzungskompetenz<sup>70</sup>: Art. 325 AEUV entspricht Art. III-415 VVE und ist die Nachfolgeregelung des Art. 280 EGV. Bereits zu Art. 280 EGV hatte sich eine intensive Diskussion entfacht, ob die Vorschrift die Europäische Gemeinschaft zur Setzung von kriminalstrafrechtlichen Normen ermächtigt.<sup>71</sup> Für eine entsprechende Kompetenz wurde im Wesentlichen der Wortlaut von Art. 280 Abs. 4 S. 1 EGV ins Feld geführt, der die Gemeinschaft zu den „erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten“ ermächtigte. Gegen eine daraus folgende Kompetenz zum Erlass von Strafvorschriften wurde insbesondere der nachfolgende Satz 2 von Art. 280 Abs. 4 EGV angeführt, wonach die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten von den Maßnahmen nach S. 1 „unberührt“ bleiben sollte. In Art. 325 AEUV ist genau dieses Hindernis weggefallen. Der Normtext steht strafrechtlichen Maßnahmen nunmehr offen gegenüber.<sup>72</sup> Zugleich sieht Art. 86 Abs. 1 AEUV die Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vor, sodass beide Vorschriften in einem komplementären Sinn den Nukleus eines europäischen Strafrechts bilden.

### b) Strafrechtssetzungskompetenz gem. Art. 79 AEUV

Weitaus weniger klar als der Wortlaut des Art. 325 AEUV ist dagegen Art. 79 Abs. 2 AEUV. Zwar wird die Union auch hier zu Maßnahmen zur Bekämpfung des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern ermächtigt, womit ebenfalls strafrechtliche Maßnahmen gemeint sein könnten;<sup>73</sup> zwingend ist ein solches Verständnis freilich nicht. Dagegen spricht vor allem, dass die illegale Einwanderung in die Europäische Union im Gegensatz zur Bekämpfung von Betrügereien zu Lasten der EU keine originären Interessen der Union

betrifft.<sup>74</sup> Die illegale Einwanderung berührt primär Territorialitätsinteressen der Mitgliedstaaten, die Unionsinteressen sind dagegen erst in einer zweiten, durch die Interessen der Mitgliedstaaten mediatisierten Ebene betroffen. Aus diesem Grund belasten Versäumnisse in der Einwanderungspolitik in erster Linie den jeweiligen Mitgliedstaat selbst. Eine staatenübergreifende Dimension erhält diese Problematik nur in Einzelbezügen, etwa in Fällen in denen Mitgliedstaaten der Union als reine Transitstaaten zu Lasten anderer Staaten handeln. Mit supranationalen Strafgesetzen wird hier wenig zu erreichen sein. Insoweit genügt die in Art. 83 Abs. 1 AEUV vorgesehene Mindestharmonisierung.

## 6. Kompetenz zum Erlass von Maßnahmen zur Förderung der Mitgliedstaaten bei der Kriminalprävention gem. Art. 84 AEUV

Art. 84 AEUV ermächtigt die Union zu Maßnahmen, mit denen die Mitgliedstaaten bei der Kriminalprävention gefördert und unterstützt werden können. Eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten soll allerdings ausgeschlossen sein. Art. 84 AEU ist damit seiner Art nach neu und ohne Vorgängerregelung im bisherigen Primärrecht.

Die Union erweitert damit ihren kriminalpolitischen Handlungsspielraum. Statt reaktiv auf begangene Kriminalität zu reagieren, kann die Union nun Mitgliedstaaten aktiv unterstützen, Kriminalität bereits im Vorfeld ihrer Entstehung zu verhüten, und eine ressortübergreifende Kriminalpolitik betreiben.<sup>75</sup> Die Union folgt damit einerseits der modernen Entwicklung in der Kriminalpolitik, die Organe der Strafrechtspflege zunehmend in die Bemühungen zur Verhinderung von Straftaten einzubeziehen.<sup>76</sup> Konkret kann die Union auf den verschiedensten Feldern (etwa bei der Verbesserung sozialstruktureller Mängel, im Bereich der Aufklärung der Bevölkerung oder auf dem gesamten Feld der kriminalitätsbezogenen Datenverarbeitung) tätig werden, soweit diese Maßnahmen die Mitgliedstaaten unterstützen. Angesichts der Fortentwicklung der Union zu einem einheitlichen sozialen Lebensraum sind diese Kompetenzen konsequent und folgerichtig.

Da die Kompetenz der Union auf einer Förderung der Mitgliedstaaten beschränkt ist, werden zugleich die Kompetenzen der Mitgliedstaaten gewahrt und ein schrittweiser Übergriff der Union auf nationale Zuständigkeiten verhindert.<sup>77</sup>

<sup>69</sup> So zu den entsprechenden Regelungen im VVE *Weigend ZStW* 116 (2004), 275, 288; *Walter ZStW* 117 (2005), 912, 918; zu Art. 325 AEUV trotz aus Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV abgeleiteter systematischer Bedenken auch *Heger ZIS* 2009, 409, 416.

<sup>70</sup> Dazu ausführlich *Walter ZStW* 117 (2005), 912, 916 ff.; *Weigend ZStW* 116 (2004), 275, 288.

<sup>71</sup> Stellvertretend zu dieser Diskussion *Satzger*, *Europäisierung des Strafrechts*, München, (2001), S. 138 ff. m. w. N.

<sup>72</sup> Ebenso *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 8 Rn. 64; *ders.* *KritV* 2008, 17, 25; *Diem*, in: *FS f. Paulus*, (Fn. 38), S. 35, 50.

<sup>73</sup> *Walter ZStW* 117 (2005), 912, 918 f.

<sup>74</sup> In diesem Sinn auch *Heger ZIS* 2009, 406, 416 „nicht einmal ein originäres EU-Rechtsgut betroffen“.

<sup>75</sup> Zu den verschiedenen Dimensionen moderner Kriminalprävention *Göppinger*, *Kriminologie*, 6. Aufl., München (2008), § 30 Rn. 17 ff.

<sup>76</sup> *Göppinger*, *Kriminologie* (Fn. 75), § 30 Rn. 17.

<sup>77</sup> *Hailbronner*, in: *Hummer/Obwexer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, (Fn. 1), S. 362 (371).

## 7. Strafrechtlicher Schonungsgrundsatz aus Art. 5, 4 Abs. 2 EUV, 67 Abs. 1 AEUV?

Soweit eine grundsätzliche Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Maßnahmen besteht, muss die einzelne Maßnahme im konkreten Fall „erforderlich“ sein. Das Kriterium der Erforderlichkeit der Einzelmaßnahme ergibt sich im Wesentlichen aus der Verpflichtung der Union in Art. 5 EUV auf die Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Mit diesen grundlegenden Prinzipien zur Ausübung von Zuständigkeiten der Europäischen Union soll verhindert werden, dass die Maßnahmen der Gemeinschaft das für die Erreichung der Ziele des Vertrags erforderliche Maß überschreiten.<sup>78</sup> Die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ist justiziabel und kann gem. Art. 8 Subsidiaritätsprotokoll dem EuGH zur Überprüfung vorgelegt werden. Klagebefugt sind in Deutschland gem. Art. 23 Abs. 1a n. F. GG der Bundestag und der Bundesrat.<sup>79</sup>

Darüber hinaus verpflichtet sich die Union in Art. 4 Abs. 2 EUV, 67 Abs. 1 AEUV, die nationale Identität der Mitgliedstaaten bzw. die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten zu achten. Zum Teil wird aus diesen Bestimmungen ein „strafrechtlicher Schonungsgrundsatz“ herausgelesen, wonach nur mit großer Zurückhaltung in die nationalen Strafrechtssysteme eingegriffen werden darf.<sup>80</sup> Dies bedeutet allerdings nicht, dass damit jeder Akt supranationaler Strafrechtssetzung zusätzlich einer besonders restriktiven Prüfung unterzogen werden müsste. Art. 67 Abs. 1 AEUV beschreibt in erster Linie das Programm der Kriminalpolitik und kann so als kriminalpolitische Konkretisierung des allgemeinen Subsidiaritätsprinzips verstanden werden. Indem der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zum Zentrum der Strafrechtsintegration wird, wird einer europaweiten echten Strafrechtsharmonisierung eine prinzipielle Absage erteilt. Damit sind wesentliche Postulate des Art. 5 EUV bereits primärrechtlich eingelöst, sodass es prinzipiell ausreicht, wenn die Auslegung der einzelnen Kompetenztitel den allgemein in Art. 5 EUV gestellten Kriterien – und insbesondere dem Gebot der Verhältnismäßigkeit – genügt.<sup>81</sup>

Auf den Punkt gebracht bedeutet der strafrechtliche Schonungsgrundsatz: Je massiver einzelne Harmonisierungsmaßnahmen in die nationalen Strafrechtssysteme eingreifen, desto bedeutsamer müssen sie für die Funktionsfähigkeit der Europäischen Union sein. Eingriffe in den identitätsbildenden Kern<sup>82</sup> des Strafrechts eines

Mitgliedstaates sind nur zulässig, wenn dies aus der Sicht der Union unumgänglich ist. Damit ist den Mitgliedstaaten kein dauerhafter Kern nationalen Strafrechts gewährleistet, die fortschreitende soziale Integration erfasst auch das Strafrecht, das dem eigenen Bürger ebenso wie dem Unionsbürger eine hinreichend sichere Parallelbewertung seines Verhaltens in der Laiensphäre ermöglichen muss.<sup>83</sup> Soweit die europäische Strafrechtsharmonisierung in erster Linie über den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung vorangetrieben wird, werden diejenigen Ideengehalte, mit denen sich die Nation eines Mitgliedstaates identifiziert und die sozio-kulturellen bzw. geschichtlich-politischen Unterschiede zwischen den Nationen Europas regelmäßig aber gerade nicht angetastet.<sup>84</sup>

## III. Das Verfahren zur Europäischen Strafrechtssetzung

Zwei wesentliche Neuerungen gegenüber dem bisherigen Primärrecht bringt der Vertrag von Lissabon beim Verfahren der europäischen Rechtssetzung: Erstens wird die Rolle der nationalen Parlamente wesentlich gestärkt und zweitens wird ein „Notbremseverfahren“ eingeführt, das es einem Staat erlaubt, einzelne Rechtsakte für sein Recht gänzlich außer Kraft zu setzen. Insgesamt wird die demokratische Legitimation des europäischen Strafrechts damit wesentlich gestärkt.<sup>85</sup>

### 1. Die stärkere Beteiligung der nationalen Parlamente bei der europäischen Rechtssetzung

Ein zentrales Grundanliegen des Lissabon-Vertrages ist die stärkere demokratische Legitimation der Rechtsakte der Europäischen Union.<sup>86</sup> Zu diesem Zweck werden das Europäische und in Art. 12 EUV die nationalen Parlamente stärker in die Entscheidungsprozesse der Union eingebunden und in eine Mitverantwortung für die europäische Politik genommen. Der Lissabon-Vertrag statuiert insoweit Informationspflichten gegenüber den nationalen Parlamenten und macht diese zu Hütern des Subsidiaritätsgrundsatzes.<sup>87</sup> Für den Bereich der PJZS wird

ZIS 2009, 406, 414, der für das deutsche Recht das Rechtsguts- und das Schuldprinzip, das Rückwirkungsverbot, das Bestimmtheitsgebot, die Wortlautschränke, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder das Fehlen einer Kriminalstrafbarkeit juristischer Personen nennt und im Übrigen etwa Mindeststrafen, die lebenslange Freiheitsstrafe, das Verhältnis von Kriminal- und Administrativstrafrecht anführt.

<sup>78</sup> Vgl. Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (SubsidProt, ABl. C 2007 306/148); *Becker*, in: Lieb/Maurer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, S. 12 (12).

<sup>79</sup> Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Grundgesetzänderungen für die Ratifizierung des Vertrags von Lissabon vom 21.8.2009 (BT-Drs. 16/13924).

<sup>80</sup> *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, (Fn. 71), S. 166 ff.; BVerfGE 113, 273 (299); *Heger* ZIS 2009, 406 (410).

<sup>81</sup> In diesem Sinn bereits zur früheren Rechtslage *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, (Fn. 71), S. 170.

<sup>82</sup> Ein – im Einzelnen freilich diskussionsbedürftiger – Versuch zur Beschreibung dieses Kerns findet sich bei *Heger*

<sup>83</sup> Zur Bedeutung der Vertrautheit und Akzeptanz von Normen als Voraussetzungen der Wirksamkeit von Recht speziell im Zusammenhang mit der Europäisierung des Strafrechts stellvertretend *Frisch* GA 2007, 250, 263 ff.

<sup>84</sup> In diesem Sinn auch BVerfGE 113, 273, 299.

<sup>85</sup> Ebenso *Schünemann* KritV 2008, 6, 12 „wesentlich verbessert“.

<sup>86</sup> *Pernice* EuZW 2008, 65.

<sup>87</sup> Näheres ist für das deutsche Recht in den beiden Gesetzen zur Zusammenarbeit zwischen Bundestag und Bundesregierung (EUZBBG, BT-Drs.16/13925) und zur Zusammen-

diese Aufgabe der Parlamente nochmals in Art. 69 AEUV wiederholt. Die nationalen Parlamente können nun gem. Art. 6 EuSubsidProt binnen acht Wochen nach der Übermittlung eines Entwurfs eines Gesetzgebungsakts in einer begründeten Stellungnahme darlegen, weshalb der Entwurf ihres Erachtens nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist. Erreicht die Anzahl der Beanstandungen eines Entwurfs mindestens ein Viertel der gem. Art. 7 EU SubsidProt festgelegten Stimmen der nationalen Parlamente, so muss der Entwurf überprüft werden.

## 2. Die Vetorechte gem. Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 EUV

Eine zweite wesentliche Neuerung verfahrenstechnischer Art sind die in Art. 83 Abs. 3 AEUV eingeführten Vetorechte, die sog. „strafrechtlichen Notbremsen“.<sup>88</sup>

### a) Wesen und Anwendungsbereich der Vetorechte

Artt. 82 Abs. 3 u. 83 Abs. 3 AEUV räumen den Mitgliedstaaten, die durch den Entwurf einer Harmonisierungslinie „grundlegende Aspekte ihrer Rechtsordnung“ bedroht sehen, ein hartes Vetorecht ein<sup>89</sup>: Danach kann der Mitgliedstaat verlangen, dass das konkrete Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt und der Europäische Rat mit der Sache befasst wird. Die Aussetzung des ordentlichen Verfahrens kann nur einvernehmlich beendet werden. Wird ein solches Einvernehmen nicht erreicht, so kann eine Gruppe von mindestens neun Mitgliedstaaten – was im Verfassungsentwurf (VVE) so noch nicht vorgesehen war<sup>90</sup> – eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des Richtlinienentwurfs begründen.<sup>91</sup>

Inhaltlich sind die Vetorechte im Verfahrensrecht auf Richtlinienentwürfe zur Verkehrsfähigkeit von Beweisen, Beschuldigten- und Opferrechten sowie sonstige vom Rat bestimmte Bereiche des Strafverfahrens und im materiellen Strafrecht im Wesentlichen auf Richtlinienentwürfe gegen schwere grenzüberschreitende Kriminalität und Harmonisierungsmaßnahmen im Rahmen der strafrechtlichen Annexkompetenz beschränkt. Bei Maßnahmen zur Durchsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung greift die Notbremse dagegen nicht.<sup>92</sup> In der Literatur wird vor allem aus systematischen Erwägungen vorgeschlagen, die Vetorechte auch auf eine originäre Strafrechtssetzung gem. Art. 325 AEUV auszudehnen.<sup>93</sup> Dies vermag allerdings nicht zu überzeugen, da sonst ein in der Sache nicht zu rechtfertigender unterschiedlicher Schutz originärer Unionsinteressen droht.

arbeit von Bund und Ländern (EUZBLG, BT-DRs. 16/13926) vom 21.8.2009 gereget.

<sup>88</sup> Siehe etwa die Begriffsverwendung bei *Kietz/Parkes*, in: Lieb/Maurer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, (Fn. 1), S. 79, 82; *Heger ZIS* 2009, 406, 413 ff.

<sup>89</sup> *Heger ZIS* 2009, 406, 413.

<sup>90</sup> *Diem*, in: FS f. Paulus, (Fn. 38), S. 35, 44.

<sup>91</sup> Einzelheiten der Verstärkten Zusammenarbeit regeln die Artt. 20 EUV, 326 ff. AEUV.

<sup>92</sup> *Heger ZIS* 2009, 406, 411.

<sup>93</sup> *Heger ZIS* 2009, 406, 411, 417.

### b) Erfordernis der Berührung „grundlegender Aspekte der nationalen Rechtsordnung“

Auch darf ein Veto nur eingelegt werden, wenn der Entwurf einer Richtlinie die grundlegenden Aspekte der eigenen, nationalen Rechtsordnung berührt. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn der Richtlinienentwurf mit einzelnen nationalen Eigenheiten in Konflikt gerät, sondern erst, wenn die tiefliegenden und konstanten Eigenschaften einer Rechtsordnung betroffen sind.<sup>94</sup>

Dazu genügt es erstens, dass die Umsetzung eines konkreten Richtlinienentwurfs ein Rechtssystem – etwa wegen der besonderen Bedeutung der Laienbeteiligung – strukturell überfordert. Die Notbremse darf zweitens betätigt werden, wenn eine Richtlinie im Widerspruch zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz (*principe général*, *core of a legal system*) eines nationalen Rechts steht.<sup>95</sup> Solche allgemeinen Rechtsgrundsätze sind dagegen oft dadurch gekennzeichnet, dass sie in einer Mehrzahl von Rechtsordnungen gelten<sup>96</sup>, sodass insoweit mit einer breiten Skepsis gegenüber einer Richtlinie zu rechnen ist. Im Einzelfall wird es hier vor allem darum gehen, die Art und den Inhalt sowie die Trag- und Wirkungsbreite des betroffenen Rechtsgrundsatzes herauszuarbeiten. Im Sinne der Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte könnte der Begriff des „grundlegenden Aspekts einer Rechtsordnung“ aber drittens auch im Sinne des Vorrangs einer besseren Lösung verstanden werden. Auf diese Weise würde das Recht der Union nicht nur einem Mindeststandard verhaftet bleiben, sondern fortschrittliche Lösungen könnten allmählich den Rang allgemeiner Rechtsgrundsätze gewinnen.<sup>97</sup> Die Richtlinien wären dann zum einen insgesamt in ein übernationales System von Sachnormen einzubetten, zum anderen wäre die Orientierung am nationalen Recht kein Selbstzweck, sondern ein Motor übernationaler Rechtsentwicklung und ein wichtiger Anstoß zur Sachdiskussion.

### c) Kompetenz zur Ausübung der Vetorechte

Für Deutschland hat das Verfassungsgericht entschieden, dass das notwendige Maß an demokratischer Legitimation aus dem Blickwinkel des Grundgesetzes nur dadurch gewährleistet wird, dass der deutsche Vertreter im Rat die Notbremse in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV nur nach Weisung des Bundestags bzw. des Bundesrats ausübt.<sup>98</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat diese Vorgaben im sog. Integrationsverantwortungsgesetz umgesetzt.<sup>99</sup> Im Grunde wird das deutsche Vetorecht damit zu einem Parlamentsvorbehalt.

<sup>94</sup> Vgl. dazu *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden, 2001, Kap. 6 § 1 Rn. 3; abzulehnen ist demgegenüber die Auffassung von *Satzger KritV* 2008, 17, 27, das Notbremseverfahren dürfe auch zur Ausübungen politischen Drucks gebraucht werden, wenn die Grundsätze deutscher „Kriminalpolitik“ betroffen würden.

<sup>95</sup> Vgl. *Ebert*, Rechtsvergleichung, Bern, 1978, § 59.

<sup>96</sup> Siehe dazu auch *Schünemann KritV* 2008, 6, 8.

<sup>97</sup> So für den Bereich der allgemeinen Rechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Zivilrechts, 3. Aufl., Tübingen, 1996, S. 8.

<sup>98</sup> BVerfG NJW 2009, 2267, 2289, Rn. 365.

<sup>99</sup> BT-Drs. 16/13923.

## IV. Die Entwicklung von Eurojust und Europäischer Staatsanwaltschaft

Organisatorisch bestärkt der Vertrag von Lissabon zum einen die Rolle von Eurojust als zentraler europäischer Koordinationsbehörde, zum anderen ermächtigt der Vertrag die Union zur Einführung einer echten Europäischen Staatsanwaltschaft als eigenständiger und von Eurojust getrennter Behörde. Insbesondere der letzte Schritt, der in der Literatur (übertrieben) als „revolutionäre Umwälzung der bisherigen Gestaltung des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts in Europa“ eingestuft wurde<sup>100</sup>, scheint nach dem neuen Recht nur noch eine Frage der Zeit – oder eines entsprechend gravierenden Anlasses.<sup>101</sup>

### 1. Stärkung von Eurojust gem. Art. 85 EUV

Wie bisher bleibt es die zentrale Aufgabe von Eurojust, die Ermittlung und Verfolgung grenzüberschreitender schwerer Straftaten zu unterstützen und zu koordinieren. Der Aufbau und die genauen Tätigkeitsbereiche von Eurojust sollen in Verordnungen festgelegt werden. Dazu gehören insbesondere Koordinationsmaßnahmen und neuerdings auch die Einleitung von Ermittlungsverfahren.

Die Kompetenzen von Eurojust sind jedoch deutlicher allgemeiner gehalten als im bisherigen Primärrecht, sodass der Gesetzgeber bei der genauen Definition der Zuständigkeiten von Eurojust und Europol einen größeren Spielraum besitzt.<sup>102</sup> Förmliche Prozesshandlungen sollen aber weiterhin nur von nationalen Behörden vorgenommen werden können.<sup>103</sup>

### 2. Europäische Staatsanwaltschaft gem. Art. 86 EUV

Art. 86 AEUV enthält erstmals eine primärrechtliche Grundlage für die Errichtung einer von Eurojust ausgehenden Europäischen Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union. Die Kompetenz der Staatsanwaltschaft ist zunächst auf die Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union beschränkt, kann aber auf Bereiche der grenzüberschreitenden Schwerekriminalität ausgeweitet werden.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> So etwa Radtke GA 2004, 1, 1.

<sup>101</sup> Heger ZIS 2009, 406, 416 bezweifelt, dass schon bald die für die Einrichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft erforderliche Einstimmigkeit im Rat erreicht werden kann. Jedoch kann Art. 86 Abs. 3 AEUV eine Gruppe von neuen Mitgliedstaaten die Europäische Staatsanwaltschaft im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit einführen. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rn. 21 sieht die Realisierung dieses Projekts dagegen „nicht in weiter Ferne“ liegen.

<sup>102</sup> Kietz/Parkes, in: Lieb/Maurer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, (Fn. 1), S. 79, 85.

<sup>103</sup> Hailbronner, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, (Fn. 1), S. 362, 371.

<sup>104</sup> Unter anderem wegen der Gefahr positiver Kompetenzkonflikte mit nationalen Staatsanwaltschaften strikt gegen eine

Welche Gestalt die europäische Staatsanwaltschaft – zumindest nach dem Willen der EU-Kommission – im Einzelnen annehmen soll, kann in groben Zügen dem bereits im Jahr 2001 vorgelegten Grünbuch zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft entnommen werden:<sup>105</sup> Die Europäische Staatsanwaltschaft soll danach als dezentral organisierte Behörde aus dem Europäischen Staatsanwalt und abgeordneten Europäischen Staatsanwälten aus den einzelnen Rechtsordnungen, die im Einzelfall auch die Anklage vertreten, bestehen. Auf ein unionseigenes Strafverfahrensrecht wird weitgehend verzichtet. Ermittlungsmaßnahmen ohne Zwangsgewalt soll der Europäische Staatsanwalt nach eigenem Ermessen durchführen. Die grundrechtsintensiven Ermittlungsmaßnahmen erfolgen auf der Grundlage der jeweils einschlägigen nationalen Rechtsordnungen und sollen (soweit notwendig) transnational verwendet werden. Es liegt nahe, sich mit künftigen Richtlinien an dem Weg zu orientieren, der mit dem Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisordnung eingeschlagen wurde.<sup>106</sup> Kerngedanke dieses Instruments ist die Idee, dass die Beweisordnung des Anordnungsstaates im Vollstreckungsstaat unmittelbar vollstreckt werden muss und die Versagungsgründe für eine Vollstreckung eng begrenzt sind.<sup>107</sup> Im Vollstreckungsstaat muss primär für die Einhaltung des Gebots des *nemo tenetur se ipsum accusare* gesorgt werden; im Übrigen müssen die Staaten die Mindestanforderungen der EMRK an die Erhebung und Verwertung strafprozessualer Beweise beachten und ein insgesamt faires Verfahren bieten.<sup>108</sup>

Für die Akzeptanz der Europäischen Staatsanwaltschaft ist es unumgänglich, ein Patchwork-Verfahrensrecht zu Lasten des Beschuldigten zu vermeiden.<sup>109</sup> Das Konzept europaweit verkehrsfähiger Ermittlungsergebnisse ist daher nur dann akzeptabel, wenn es mit verfahrensrechtlichen Sicherungen versehen wird, die im Sinne eines

entsprechende Ausweitung der Kompetenzen der Europäischen Staatsanwaltschaft Heine, H., Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens, Frankfurt (2009), S. 218.

<sup>105</sup> Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (KOM [2001] 715 endg.), dazu ausführlich die Studie von Biehler/Gleiß/Parra/Zeitler, Analyse der Grünbuchs zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, Freiburg (2002).

<sup>106</sup> Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates über die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen vom 18. Dezember 2008, ABl. EU 2008 Nr. L 350/72; zu Differenzen in der Konzeption des Rahmenbeschlusses und derjenigen des Grünbuchs zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vgl. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, (Fn. 59), § 9 Rn. 22 f. u. 36 f.

<sup>107</sup> Näher dazu Hecker, in: Marauhn (Hrsg.), Bausteine eines Europäischen Beweisrechts, Tübingen (2007), S. 27, 32 f.

<sup>108</sup> Zu diesen Mindestanforderungen Esser, in: Marauhn (Hrsg.), Bausteine eines Europäischen Beweisrechts, (Fn. 107), S. 39, 41 ff.

<sup>109</sup> Vor diesen Gefahren warnen etwa Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rn. 36; Biehler/Gleiß/Parra/Zeitler, Analyse der Grünbuchs zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, (Fn. 105), S. 31 f.

„fair trial“ die Balance zwischen Strafverfolgungs- und Beschuldigteninteressen wahren und eine einseitige Belastung des Beschuldigten vermeiden.<sup>110</sup> Die konkreten Gefahrenpunkte sind inzwischen hinreichend bekannt:<sup>111</sup> Im Kern geht es darum,

- eine verdeckte Ausdehnung von Ermittlungskompetenzen zu verhindern,
- die Kompatibilität von Beweiserhebung und -verwertung zu sichern,
- rechtliches Gehör, Partizipations- und Verteidigungsrechte des Beschuldigten sowie einen effektiven Individualrechtsschutz sowohl in Bezug auf die Anordnung als auch auf die Vollstreckung von Ermittlungsmaßnahmen zu wahren,
- eine unabhängige und wirksame richterliche Kontrolle der Ermittlungsorgane zu gewährleisten und
- die Kompetenzordnung in den nationalen Strafverfahrensordnungen mit ihrer im Einzelnen höchst unterschiedlichen Ausgestaltung von Ermittlungsverfahren und Hauptverhandlung (insbesondere hinsichtlich der Prinzipien der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit) zu achten.

Einzelheiten zu diesen Verfahren enthält Art. 86 AEUV nicht. Stattdessen wird der Rat ermächtigt, im Wege der Verordnung die Einzelheiten für die Erfüllung der Aufgaben der Europäischen Staatsanwaltschaft, die für ihre Tätigkeit notwendigen Verfahrensvorschriften sowie die Regeln für die Zulässigkeit von Beweismitteln und für die gerichtliche Kontrolle der von der Europäischen Staatsanwaltschaft vorgenommenen Prozesshandlungen zu festzulegen. Die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft auf europastaatsanwaltliche „Prozesshandlungen“ verdeutlicht die grundsätzlich unabhängige Stellung der Europäischen Staatsanwaltschaft. Der Begriff der Prozesshandlungen ist freilich insoweit unglücklich, als damit Assoziationen an einen gerichtsfreien Raum im Vorfeld einer öffentlichen Anklageerhebung erweckt werden können.<sup>112</sup> Kein Zufall – sondern angesichts der eben angestellten Erwägungen nur konsequent – ist dagegen das Fehlen einer Ermächtigung zur Schaffung eines unionsrechtlichen Strafverfahrensrechts. Der Verzicht auf ein „Supra“-verfahrensrecht spiegelt das Konzept des Grünbuchs zur Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft wider, in dem ein solches Verfahrensrecht ebenfalls ver-

worfen wurde.<sup>113</sup> Der Schutz der Beschuldigtenrechte wird in Art. 86 AEUV nicht nochmals explizit aufgeführt, sodass insoweit bereits bei Harmonisierungsmaßnahmen nach Art. 82 Abs. 2 AEUV das potentielle Tätigwerden einer Europäischen Staatsanwaltschaft mit bedacht werden muss. Dem Modell der Europäischen Staatsanwaltschaft ist aber auch implizit, die Aufgabe einer insgesamt fairen Behandlung des Angeklagten in wesentlichen Teilen den einzelnen nationalen Verfahrensordnungen zu überantworten.<sup>114</sup> An die Stelle großer europäischer Lösungen<sup>115</sup> mit nur geringem Mehrwert<sup>116</sup> treten hier also – durchaus im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes – einzelne nationale Lösungen.<sup>117</sup>

## V. Die Entwicklung des Europäischen Strafverfahrensrechts

Die Ausführungen zur Europäischen Staatsanwaltschaft lassen die weitere Entwicklung des Europäischen Strafverfahrensrechts bereits erahnen: Im Zentrum des künftigen Europäischen Strafverfahrensrechts steht nach dem Vertrag von Lissabon endgültig der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen.<sup>118</sup> Diese ursprünglich aus dem öffentlichen Recht entlehnte und an die Anforderungen des Strafrechts angepasste Rechtsfigur wird zur Kernidee, um die herum das transnationale Strafverfahrensrecht als ein Recht der Koordination verschiedener Rechtsordnungen aufgebaut wird.<sup>119</sup> Daneben obliegt es den einzelnen Nationalstaaten, die durch das europäische Recht gestellten Aufgaben insbesondere im Bereich des Beschuldigtenschutzes ernst zu nehmen und auf Unionsebene – ohne massive Eingriffe in die nationalen Rechtsordnungen – nicht zu beseitigende Unausgewogenheiten auszugleichen.<sup>120</sup> Für das deutsche Recht heißt dies, dass sich auch die Rechtsprechung ihrer Integrationsverantwortung bewusst werden muss. So wird es für sie in Zukunft darum gehen,

<sup>110</sup> Zur übergeordneten Bedeutung des „fair trial“-Grundsatzes in diesem Zusammenhang *Gleiß*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden, 2006, S. 198 ff.; zu den mit der Anwendung der EMRK verbundenen Kontrollmöglichkeiten *Gaede* ZStW 115 (2003), 845, 863 ff. und umfassend *Haase*, Die Anforderungen an ein faires Gerichtsverfahren auf europäischer Ebene, Tausenstein (2006), D (S. 277-452).

<sup>111</sup> Einführend aus dem neueren deutschen Schrifttum nur *Gleiß*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden (2006); *Heine*, H., Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens, Frankfurt (2009); *Marauhn* (Hrsg.), Bausteine eines Europäischen Beweisrechts, Tübingen (2007).

<sup>112</sup> Siehe etwa *Diem*, in: FS f. Paulus (Fn. 38), S. 35, 48.

<sup>113</sup> Kritisch dazu *Radtke* GA 2004, 1, 6, 16 ff., der dieses Modell – zu Unrecht – für „nicht tragfähig“ (S. 16) hält. *Perron* ZStW 112 (2000), 202, 222 ff. plädiert dafür, dieses Modell einer Europäischen Staatsanwaltschaft nur als einen Schritt zu einem „gesamten europäischen Strafverfahren“ zu begreifen.

<sup>114</sup> In diese Richtung auch EuGH Rs. C-303/05 vom 13.07.2007 Rz. 59 (Europäischer Haftbefehl) m. Anm. *Tinkl* ZIS 2007, 419 ff.

<sup>115</sup> Zu den drei bisher vorgeschlagenen – hier aber abgelehnten – großen Lösungsmodellen *Hecker*, in: *Marauhn* (Hrsg.), Bausteine eines Europäischen Beweisrechts, S. 27, 35 ff.

<sup>116</sup> Insoweit wenig überzeugend *Vogel/Matt* StV 2007, 206, 211 f.; *Wehnert*, DAV AG Strafrecht (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, S. 1090, 1094.

<sup>117</sup> Einen Einblick in die Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen geben *Radtke* GA 2004, 1, 18; *Hecker*, in: *Marauhn* (Hrsg.), Bausteine eines Europäischen Beweisrechts, (Fn. 107), S. 27, 34 f.; *Perron* ZStW 112 (2000), 202, 219 f.; für ein Primat nationaler Lösungsmodelle im Grundsatz und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR auch *Esser*, in: *Marauhn* (Hrsg.), Bausteine eines Europäischen Beweisrechts, (Fn. 108), S. 39, 43 ff.

<sup>118</sup> *Gleiß* ZStW 116 (2004), 353 (353: „Schlüsselstellung“).

<sup>119</sup> Stellvertretend für die Kritik am Prinzip der gegenseitigen Anerkennung *Schünemann* GA 2004, 193, 202 ff.

<sup>120</sup> In diesem Sinn auch *Esser*, in: *Marauhn* (Hrsg.), Bausteine eines Europäischen Beweisrechts, (Fn. 108), S. 39, 43 ff.

die Gruppe der aus einer rechtsstaatswidrigen Beweiserhebung folgenden Beweisverwertungsverbote maßvoll – aber nicht zu engherzig – zu erweitern und bei der Beweiswürdigung ein hinreichend kritisches Bewusstsein zu zeigen.<sup>121</sup>

Die Union selbst beschränkt sich dagegen darauf, schrittweise einheitliche Mindeststandards für Beschuldigtenrechte in Strafverfahren festzuschreiben. Auf einen Fahrplan zur Erreichung dieses Ziels haben sich die Justizminister der Europäischen Union bereits am 23.10.2009 geeinigt.<sup>122</sup> Nach Angaben des Bundesjustizministeriums haben sich die Minister zudem auf einen Rahmenbeschluss verständigt, der das Recht auf Übersetzung und Verdolmetschung in Strafverfahren garantiert.<sup>123</sup>

Das Primärrecht selbst normiert in Kapitel VI der Grundrechtscharta nur die zentralen Grundsätze des europäischen Verfahrensrechts:<sup>124</sup> Kapitel VI der Grundrechtscharta vereint in den Art. 47 ff. unter der Kapitelüberschrift „Justizielle Rechte“ (in der englischen Textfassung: „Justice“) höchst unterschiedliche Einzelverbürgungen: Konkret das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, auf ein unparteiisches Gericht und auf Prozesskostenhilfe (Art. 47), die Garantie der Unschuldsvermutung und von Verteidigungsrechten (Art. 48), die Grundsätze „nullum crimen, nulla poena sine lege“ und der Verhältnismäßigkeit von Strafen (Art. 49) sowie das

Verbot mehrfacher Strafverfolgung (Art. 50). Einzelfragen zu diesen Grundsätzen wie etwa der Rechtsschutz gegen behördliche Akte der Europäischen Union<sup>125</sup> oder Umfang und Voraussetzungen des Verbotes mehrfacher Strafverfolgung<sup>126</sup> müssen an dieser Stelle offen bleiben.

## VI. Zusammenfassung: Konzept einer Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung

Mit dem Vertrag von Lissabon erreicht die Europäische Strafrechtsintegration eine neue Stufe. Das Primärrecht enthält nun ein erfreulich klares, rechtstheoretisch Zustimmungsfähiges<sup>127</sup> und für die Zukunft belastbares kriminalpolitisches Programm, wie die weitere Strafrechtsintegration verlaufen soll: Der Vertrag von Lissabon etabliert das kriminalpolitische Konzept einer Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung. Im Vordergrund steht der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der durch verschiedene Kompetenzen zur Harmonisierung der nationalen Straf- und Strafverfahrensrechte ergänzt wird. Die eigenen Tätigkeiten der Union beschränken sich auf vornehmlich administrative und koordinierende Aktivitäten sowie einen kleinen Kern supranationaler Straf Gewalt in Form einer Europäischen Staatsanwaltschaft und eines europäischen (Wirtschafts)Strafrechts zum Schutz der finanziellen Interessen der Union. Die Beschuldigtenrechte sind – im Sinne des unionsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes – in erster Linie auf der Ebene der nationalen Verfahrensrechte zu gewährleisten; folgerichtig werden insoweit auch erst auf nationaler Ebene Freiheit und Sicherheit angemessen ausbalanciert werden müssen. Ein echtes und umfassendes „Europäisches Strafgesetzbuch“<sup>128</sup> gibt es in nächster Zukunft nicht.

<sup>121</sup> Eine nähere Systematik spezieller Beweisverwertungsverbote in transnationalen Strafverfahren kann an dieser Stelle nicht entwickelt werden, sodass hier weiterführend nur auf die Begründung von Beweisverwertungsverböten im Sinne der allgemeinen Abwägungslehre verwiesen werden kann. Siehe dazu stellvertretend BGHSt 51, 285, 290; 44, 243, 249; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; LG Berlin DAR 2008, 534.

<sup>122</sup> Näher dazu Beck-online, Beck aktuell „becklink 291789“

<sup>123</sup> Näher zum Recht auf einen Dolmetscher in Strafverfahren in der EU als einem einheitlichen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Unterschied zu einem Recht auf einen Dolmetscher als einem „Fremdenrecht“ Mansdörfer, in: Aranguena Fanego (Hrsg.), *Procedural Safeguards in Criminal Proceedings throughout the European Union*, Valladolid (2007), S. 231 ff.

<sup>124</sup> Dazu und zum Folgenden ausführlich die Kommentierung von Eser, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2006.

<sup>125</sup> Hailbronner, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, (Fn. 1), S. 362, 371. Beispielhaft für entsprechende Defizite ist etwa der unzureichende Rechtsschutz gegen ungerechtfertigte Eintragungen in grenzüberschreitende Informationssysteme (vgl. Artt. 96, 109 SDÜ).

<sup>126</sup> Dazu stellvertretend Mansdörfer, *Das Prinzip des ne bis in idem im Europäischen Strafrecht*, Berlin, 2004.

<sup>127</sup> Dazu eingehend Frisch GA 2007, 250, 261 ff.

<sup>128</sup> So etwa die Vision von Sieber, in: GS f. Schlüchter, Köln (2002), S. 107 (111 ff., 114).



# Synopse des für das europäische Strafrecht relevanten europäischen Primärrechts nach dem Vertrag von Lissabon mit der Rechtslage nach dem Vertrag von Nizza

Von Dr. Marco Mansdörfer, Freiburg i. Brsg.

Nachdem der Europäische Verfassungsvertrag im Jahr 2005 endgültig gescheitert war, trat der Europäische Rat in den Jahren 2005 bis 2007 in eine Reflexionsphase zur Zukunft der Europäischen Union. Ergebnis dieser Reflexionen war der 2007 in Lissabon unterzeichnete „Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ (ABl. EU 2007 Nr. C 306/1). Für das europäische Strafrecht bedeutet dieser Vertrag, dass die wesentlichen Änderungen die der Europäische Verfassungsvertrag vorsah, in das neue Vertragswerk implementiert wurden. Dabei wurde der frühere

EUV in wesentlichen Punkten neu gefasst, während der frühere EGV in dem neu geschaffenen Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) aufging. Darüber hinaus wurden wesentliche Teile der früheren Art. 29 EUV in Titel V (Art. 67 ff. AEUV) des neuen AEUV überführt und die Europäische Grundrechtscharta wurde gem. Art. 6 Abs. 1 EUV n. F. rechtsverbindlich.

Die linke Spalte der folgenden Synopse gibt die neue Fassung des Primärrechts wieder. Die rechte Spalte gibt jeweils den entsprechenden alten Rechtszustand wieder:

## Lissabon: EUV / AEUV / Grundrechtscharta

## Nizza: EUV (a.F.) / EGV / SDÜ

### Art. 1 EUV

(I) Durch diesen Vertrag gründen die HOHEN VERTRAGSPARTEIEN untereinander eine EUROPÄISCHE UNION (im Folgenden „Union“), der die Mitgliedstaaten Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen.

(II) Dieser Vertrag stellt eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas dar, in der die Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden.

(III) Grundlage der Union sind dieser Vertrag und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „Verträge“). Beide Verträge sind rechtlich gleichrangig. Die Union tritt an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist.

### Art. 1 EUV

(I) identischer Wortlaut

(II) identischer Wortlaut

(III) Grundlage der Union sind die Europäischen Gemeinschaften, ergänzt durch die mit diesem Vertrag eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit. Aufgabe der Union ist es, die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen ihren Völkern kohärent und solidarisch zu gestalten.

### Art. 3 EUV

(2) Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

### Art. 2 EUV

Die Union setzt sich folgende Ziele:

ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist.

#### **Art. 5 EUV**

(1) Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

(2) Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.

(3) Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Organe der Union wenden das Subsidiaritätsprinzip nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an. Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren.

(4) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus. Die Organe der Union wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an.

#### **Art. 6 EUV**

(1) Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig. Durch die Bestimmungen der Charta werden die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert. Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze werden gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Titels VII der Charta, der ihre Auslegung und Anwendung regelt, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen, in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt.

(2) Die Union tritt der Europäischen Konvention zum

4. Spglstr.: die Erhaltung und Erweiterung der Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität der freie Personenverkehr gewährleistet ist-

#### **Art. 5 EGV**

(1) Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.

(2) In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

(3) Die Maßnahmen gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrages erforderliche Maß hinaus.

#### **Art. 6 EGV**

(2) Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.

Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei. Dieser Beitritt ändert nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union.

(3) Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.

### **Art. 12 EUV**

keine Entsprechung

Die nationalen Parlamente tragen aktiv zur guten Arbeitsweise der Union bei, indem sie

b) dafür sorgen, dass der Grundsatz der Subsidiarität gemäß den in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vorgesehenen Verfahren beachtet wird;

c) sich im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts an den Mechanismen zur Bewertung der Durchführung der Unionspolitiken in diesem Bereich nach Artikel 70 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union beteiligen und in die politische Kontrolle von Europol und die Bewertung der Tätigkeit von Eurojust nach den Artikeln 88 und 85 des genannten Vertrags einbezogen werden;

### **Art. 2 AEUV**

keine Entsprechung

(1) Übertragen die Verträge der Union für einen bestimmten Bereich eine ausschließliche Zuständigkeit, so kann nur die Union gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen; die Mitgliedstaaten dürfen in einem solchen Fall nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden, oder um Rechtsakte der Union durchzuführen.

(2) Übertragen die Verträge der Union für einen bestimmten Bereich eine mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit, so können die Union und die Mitgliedstaaten in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit erneut wahr, sofern und soweit die Union entschieden hat, ihre Zuständigkeit nicht mehr auszuüben.

(5) In bestimmten Bereichen ist die Union nach Maßgabe der Verträge dafür zuständig, Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten durchzuführen, ohne dass dadurch die Zuständigkeit der Union für diese Bereiche an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten tritt. Die verbindlichen Rechtsakte der Union, die aufgrund der diese Bereiche betreffenden Bestimmungen der Verträge erlassen werden, dürfen keine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten beinhalten.

(6) Der Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich aus den Bestimmungen der Verträge zu den einzelnen Bereichen.

**Art. 4 AEUV**

keine Entsprechung

(2) Die von der Union mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit erstreckt sich auf die folgenden Hauptbereiche ...

j) Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts,

**Art. 67 AEUV**

(1) Die Union bildet einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden.

(3) Die Union wirkt darauf hin, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität sowie von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege und den anderen zuständigen Behörden sowie durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten.

**Art. 61 EGV**

Zum schrittweisen Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erlässt der Rat

a) innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam Maßnahmen zur Gewährleistung des freien Personenverkehrs nach Artikel 14 in Verbindung mit unmittelbar damit zusammenhängenden flankierenden Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, Asyl und Einwanderung nach Artikel 62 Nummern 2 und 3, Artikel 63 Nummer 1 Buchstabe a) und Nummer 2 Buchstabe a) sowie Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität nach Artikel 31 Buchstabe e) des Vertrags über die Europäische Union; ...

e) Maßnahmen im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, die durch die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität in der Union nach dem Vertrag über die Europäische Union auf ein hohes Maß an Sicherheit abzielen.

**Art. 29 EUV**

(1) Unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft verfolgt die Union das Ziel, den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten, indem sie ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt sowie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verhütet und bekämpft.

**Art. 31 EUV**

e) die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel

**Art. 69 AEUV**

keine Entsprechung

Die nationalen Parlamente tragen bei Gesetzgebungsvorschlägen und -initiativen, die im Rahmen der Kapitel 4 und 5 vorgelegt werden, Sorge für die Achtung des Subsidiaritätsprinzips nach Maßgabe des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

### Art. 75 AEUV

Sofern dies notwendig ist, um die Ziele des Artikels 67 in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung von Terrorismus und damit verbundener Aktivitäten zu verwirklichen, schaffen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen einen Rahmen für Verwaltungsmaßnahmen in Bezug auf Kapitalbewegungen und Zahlungen, wozu das Einfrieren von Geldern, finanziellen Vermögenswerten oder wirtschaftlichen Erträgen gehören kann, deren Eigentümer oder Besitzer natürliche oder juristische Personen, Gruppierungen oder nichtstaatliche Einheiten sind.

Der Rat erlässt auf Vorschlag der Kommission Maßnahmen zur Umsetzung des in Absatz 1 genannten Rahmens.

In den Rechtsakten nach diesem Artikel müssen die erforderlichen Bestimmungen über den Rechtsschutz vorgesehen sein.

### Art. 82 AEUV

(1) Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union beruht auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und umfasst die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den in Absatz 2 und in Artikel 83 genannten Bereichen.

Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen, um

- a) Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird;
- b) Kompetenzkonflikte zwischen den Mitgliedstaaten zu verhindern und beizulegen;
- c) die Weiterbildung von Richtern und Staatsanwälten sowie Justizbediensteten zu fördern;
- d) die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen zu erleichtern.

(2) Soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist, können das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften festlegen. Bei diesen Mindestvorschriften werden die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten berücksichtigt.

Die Vorschriften betreffen Folgendes:

- a) die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten;
- b) die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren;
- c) die Rechte der Opfer von Straftaten;

### Art. 60 EGV

(1) Falls ein Tätigwerden der Gemeinschaft in den in Artikel 301 vorgesehenen Fällen für erforderlich erachtet wird [d.h. bei gemeinsamen Aktionen im Rahmen GASP], kann der Rat nach dem Verfahren des Artikels 301 die notwendigen Sofortmaßnahmen auf dem Gebiet des Kapital- und Zahlungsverkehrs mit den betroffenen dritten Ländern ergreifen.

(2) Solange der Rat keine Maßnahmen nach Absatz 1 ergriffen hat, kann jeder Mitgliedstaat unbeschadet des Artikels 297 bei Vorliegen schwerwiegender politischer Umstände aus Gründen der Dringlichkeit gegenüber dritten Ländern einseitige Maßnahmen auf dem Gebiet des Kapital- und Zahlungsverkehrs treffen. Die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten sind über diese Maßnahmen spätestens bei deren Inkrafttreten zu unterrichten.

Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission entscheiden, dass der betreffende Mitgliedstaat diese Maßnahmen zu ändern oder aufzuheben hat. Der Präsident des Rates unterrichtet das Europäische Parlament über die betreffenden Entscheidungen des Rates.

### Art. 31 EUV

(1) Das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen schließt ein:

- a) die Erleichterung und Beschleunigung der Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Ministerien und den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten, auch unter Einschaltung von Eurojust, wenn sich dies als zweckmäßig erweist, bei Gerichtsverfahren und der Vollstreckung von Entscheidungen;
- b) die Erleichterung der Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten;
- c) die Gewährleistung der Vereinbarkeit der jeweils geltenden Vorschriften der Mitgliedstaaten untereinander, soweit dies zur Verbesserung dieser Zusammenarbeit erforderlich ist;
- d) die Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen Mitgliedstaaten;

d) sonstige spezifische Aspekte des Strafverfahrens, die zuvor vom Rat durch Beschluss bestimmt worden sind; dieser Beschluss wird vom Rat einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments erlassen.

Der Erlass von Mindestvorschriften nach diesem Absatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, ein höheres Schutzniveau für den Einzelnen beizubehalten oder einzuführen.

(3) Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass ein Entwurf einer Richtlinie nach Absatz 2 grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, so kann es beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Nach einer Aussprache verweist der Europäische Rat im Falle eines Einvernehmens den Entwurf binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet wird.

Sofern kein Einvernehmen erzielt wird, mindestens neun Mitgliedstaaten aber eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs einer Richtlinie begründen möchten, teilen diese Mitgliedstaaten dies binnen derselben Frist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In diesem Fall gilt die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Artikel 20 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union und Artikel 329 Absatz 1 dieses Vertrags als erteilt, und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung.

## **Art. 83 AEUV**

(1) Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben. Derartige Kriminalitätsbereiche sind: Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität. Je nach Entwicklung der Kriminalität kann der Rat einen Beschluss erlassen, in dem andere Kriminalitätsbereiche bestimmt werden, die die Kriterien dieses Absatzes erfüllen. Er beschließt einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.

(2) Erweist sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, so können durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt werden. Diese Richtlinien werden unbeschadet des Artikels 76 gemäß dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen erlassen.

(3) Ist ein Mitglied des Rates der Auffassung, dass der Entwurf einer Richtlinie nach den Absätzen 1 oder 2

e) die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel.

grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, so kann es beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Nach einer Aussprache verweist der Europäische Rat im Falle eines Einvernehmens den Entwurf binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück, wodurch die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet wird.

Sofern kein Einvernehmen erzielt wird, mindestens neun Mitgliedstaaten aber eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs einer Richtlinie begründen möchten,

teilen diese Mitgliedstaaten dies binnen derselben Frist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In diesem Fall gilt die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Artikel 20 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union und Artikel 329 Absatz 1 dieses Vertrags als erteilt, und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung.

### **Art. 84 AEUV**

Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten Maßnahmen festlegen, um das Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der Kriminalprävention zu fördern und zu unterstützen.

### **Art. 85 AEUV**

(1) Eurojust hat den Auftrag, die Koordinierung und Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden zu unterstützen und zu verstärken, die für die Ermittlung und Verfolgung von schwerer Kriminalität zuständig sind, wenn zwei oder mehr Mitgliedstaaten betroffen sind oder eine Verfolgung auf gemeinsamer Grundlage erforderlich ist; Eurojust stützt sich dabei auf die von den Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol durchgeführten Operationen und gelieferten Informationen.

Zu diesem Zweck legen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen den Aufbau, die Arbeitsweise, den Tätigkeitsbereich und die Aufgaben von Eurojust fest. Zu diesen Aufgaben kann Folgendes gehören:

- a) Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen sowie Vorschläge zur Einleitung von strafrechtlichen Verfolgungsmaßnahmen, die von den zuständigen nationalen Behörden durchgeführt werden, insbesondere bei Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union;
- b) Koordinierung der unter Buchstabe a genannten Ermittlungs- und Verfolgungsmaßnahmen;
- c) Verstärkung der justiziellen Zusammenarbeit, unter anderem auch durch die Beilegung von Kompetenzkonflikten und eine enge Zusammenarbeit mit dem Europäischen Justiziellen Netz.

Durch diese Verordnungen werden ferner die Einzelheiten für die Beteiligung des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente an der Bewertung der Tätigkeit von Eurojust festgelegt.

keine Entsprechung

### **Art. 31 EUV**

(2) Der Rat fördert die Zusammenarbeit durch Eurojust auf folgende Weise:

- a) Er ermöglicht Eurojust, zu einer sachgerechten Koordinierung zwischen den für die Strafverfolgung zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten beizutragen;
- b) er fördert die Unterstützung durch Eurojust bei den Ermittlungen in Fällen, die mit schwerer grenzüberschreitender, namentlich organisierter Kriminalität zusammenhängen, insbesondere unter Berücksichtigung von Europol-Analysen;
- c) er erleichtert die enge Zusammenarbeit von Eurojust mit dem Europäischen Justiziellen Netz, insbesondere mit dem Ziel, die Erledigung von Rechtshilfe- und Auslieferungsersuchen zu erleichtern.

(2) Im Rahmen der Strafverfolgungsmaßnahmen nach Absatz 1 werden die förmlichen Prozesshandlungen unbeschadet des Artikels 86 durch die zuständigen einzelstaatlichen Bediensteten vorgenommen.

### **Art. 86 AEUV**

keine Entsprechung

(1) Zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union kann der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen ausgehend von Eurojust eine Europäische Staatsanwaltschaft einsetzen. Der Rat beschließt einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.

Sofern keine Einstimmigkeit besteht, kann eine Gruppe von mindestens neun Mitgliedstaaten beantragen, dass der Europäische Rat mit dem Entwurf einer Verordnung befasst wird. In diesem Fall wird das Verfahren im Rat ausgesetzt. Nach einer Aussprache verweist der Europäische Rat im Falle eines Einvernehmens den Entwurf binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zur Annahme zurück.

Sofern kein Einvernehmen erzielt wird, mindestens neun Mitgliedstaaten aber eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des betreffenden Entwurfs einer Verordnung begründen möchten, teilen diese Mitgliedstaaten dies binnen derselben Frist dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mit. In diesem Fall gilt die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Artikel 20 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union und Artikel 329 Absatz 1 dieses Vertrags als erteilt, und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung.

(2) Die Europäische Staatsanwaltschaft ist, gegebenenfalls in Verbindung mit Europol, zuständig für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben, die in der Verordnung nach Absatz 1 festgelegt sind. Die Europäische Staatsanwaltschaft nimmt bei diesen Straftaten vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr.

### **Art. 325 AEUV**

(1) Die Union und die Mitgliedstaaten bekämpfen Betrügereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen mit Maßnahmen nach diesem Artikel, die abschreckend sind und in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union einen effektiven Schutz bewirken.

(2) Zur Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, ergreifen die Mitgliedstaaten die gleichen Maßnahmen, die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten.

(3) Die Mitgliedstaaten koordinieren unbeschadet der sonstigen Bestimmungen der Verträge ihre Tätigkeit zum Schutz der finanziellen Interessen der Union vor Betrügereien. Sie sorgen zu diesem Zweck zusammen mit der Kommission für eine enge, regelmäßige Zusammenarbeit

### **Art. 280 EGV**

(1) Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten bekämpfen Betrügereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gerichtete rechtswidrige Handlungen mit Maßnahmen nach diesem Artikel, die abschreckend sind und in den Mitgliedstaaten einen effektiven Schutz bewirken.

(2) identischer Wortlaut

(3) bis auf redaktionelle Abweichungen identischer Wortlaut



zwischen den zuständigen Behörden.

(4) Zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union beschließen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten.

(5) Die Kommission legt in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten dem Europäischen Parlament und dem Rat jährlich einen Bericht über die Maßnahmen vor, die zur Durchführung dieses Artikels getroffen wurden.

(4) Zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten beschließt der Rat gemäß dem Verfahren des Artikels 251 nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten. Die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege bleiben von diesen Maßnahmen unberührt.

(5) identischer Wortlaut

## Europäische Grundrechtscharta

### Art. 47

keine Entsprechung

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

### Art. 48

keine Entsprechung

(1) Jeder Angeklagte gilt bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis seiner Schuld als unschuldig.

(2) Jedem Angeklagten wird die Achtung der Verteidigungsrechte gewährleistet.

### Art. 49

keine Entsprechung

(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass eine Person wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war.

(3) Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein.

### Art. 50

Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.

### Art. 54 SDÜ

Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.

### Art. 55 SDÜ

(1) Eine Vertragspartei kann bei der Ratifikation, der Annahme oder der Genehmigung dieses Übereinkommens erklären, dass sie in einem oder mehreren der folgenden Fälle nicht durch Artikel 54 gebunden ist:

a) wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde; im letzteren Fall gilt diese Ausnahme jedoch nicht, wenn diese Tat teilweise im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen wurde, in dem das Urteil ergangen ist;

b) wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, eine gegen die Sicherheit des Staates oder andere gleichermaßen wesentliche Interessen dieser Vertragspartei gerichtete Straftat darstellt;

c) wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, von einem Bediensteten dieser Vertragspartei unter Verletzung seiner Amtspflichten begangen wurde.

(2) Eine Vertragspartei, die eine solche Erklärung betreffend eine der in Absatz 1 Buchstabe b) genannten Ausnahmen abgibt, bezeichnet die Arten von Straftaten, auf die solche Ausnahmen Anwendung finden können.

(3) Eine Vertragspartei kann eine solche Erklärung betreffend eine oder mehrere der in Absatz 1 genannten Ausnahmen jederzeit zurücknehmen.

(4) Ausnahmen, die Gegenstand einer Erklärung nach Absatz 1 waren, finden keine Anwendung, wenn die betreffende Vertragspartei die andere Vertragspartei wegen derselben Tat um Verfolgung ersucht oder die Auslieferung des Betroffenen bewilligt hat.

# „Wir übernehmen jeden Fall!“

## Anmerkung zum Urteil des BGH HRRS 2009 Nr. 717 unter Berücksichtigung von BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116.

Von Prof. Dr. Gunnar Duttge und Wiss. Mitarb. Stephanie Neumann, Göttingen

### I. Zur aktuellen Lage

Zu welchem Zweck sollte die Strafrechtswissenschaft eine eklatant gesetzeswidrige und auch in der Sache verfehltete Judikatur überhaupt noch zum Gegenstand ihrer kritischen Betrachtung machen, wenn ihr trotz der bekannten – fundamentalen – Einwände von höchstrichterlicher Seite entgegengehalten wird, es handle sich um eine „prinzipiell berechnete“, allenfalls „noch nicht näher ausgestaltete Rechtsprechung“<sup>1</sup>? Sollte sie sich zum kleingeistigen Gehilfen erklären bei der Durchsetzung dieser „neuen Linie“ oder sich schmolend in Sphären der Theorie zurückziehen und das Treiben der Rechtspraxis mit Ignoranz strafen? Das würde womöglich den falschen Eindruck erwecken, als sei der kontroverse Diskurs vom höheren Standpunkt der Ratio mit den jüngsten Bemühungen des BGH um Absicherung seines neuen Paradigmas einer „straffen Durchführung der Hauptverhandlung“<sup>2</sup> in seinem Sinne entschieden. Die tatsächliche Rechtsentwicklung allerdings dürfte jedenfalls innerhalb des deutschen Justizsystems bis auf weiteres unumkehrbar sein, seit dieser neuen Schöpfung richterlicher Kreativität vollumfänglich der bundesverfassungsgerichtliche Segen zuteil geworden ist.<sup>3</sup> Schon zuvor haben neben dem fünften<sup>4</sup> auch der dritte<sup>5</sup> und der erste<sup>6</sup> Strafsenat ihre Sympathien mit einer Verfahrensweise erkennen lassen, die sich beinahe wie eine Anleitung zum „kurzen Prozess“ liest: „Nach Abschluss der vom Gericht nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht für geboten gehaltenen Beweiserhebungen kann der Vorsitzende ... unter Fristsetzung auffordern, etwaige Beweisanträge zu stellen; (...) werden Anträge nicht innerhalb der gesetzten Frist gestellt (...) und besteht nach Überzeugung des Gerichts kein nachvollziehbarer Anlass für die *verfristete Antragstellung*, so kann es – falls nicht die Aufklärungs-

pflcht nach § 244 II StPO gleichwohl zur Beweiserhebung drängt<sup>7</sup> – grundsätzlich davon ausgehen, dass der Antrag nichts anderes als die Verzögerung des Verfahrens bezweckt“<sup>8</sup>.

Einzig der vierte Strafsenat scheint an der einst ganz unumstrittenen Interpretation des § 246 StPO festzuhalten, wonach „eine Beweiserhebung nicht deshalb abgelehnt werden darf, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache zu spät vorgebracht worden sei“<sup>9</sup>. Bei den unmissverständlichen Hinweisen seiner Vorsitzenden *Tepperwien*<sup>10</sup> dürfte über kurz oder lang eine Entscheidung des Großen Strafsenats wohl unvermeidlich sein, auch wenn man mit einer solchen bei den sich längst abzeichnenden Mehrheitsverhältnissen kaum Hoffnungen verbinden wird. Selbst wenn am Ende aber auch der EGMR „keine Bedenken“ gegen eine solche Verfahrensweise verspüren sollte,<sup>11</sup> bleibt hiervon unberührt die Notwendigkeit, die fundamentalen Einwände und gewichtigen Argumente nochmals festzuhalten und auf die untauglichen Rechtfertigungs- und Beschwichtigungsversuche der Rechtsprechung zu antworten.

### II. Zu den Argumenten

#### 1. § 246 I StPO: Sinngehalt und notwendige Folgerungen

Zentral ist die Behauptung des BGH, dass das vorgezeichnete Verfahren zur Abwehr von „massivem Missbrauch“<sup>12</sup> nicht das Präklusionsverbot des § 246 I StPO verletze: Zum einen bleibe es den Verfahrensbeteiligten „weiter freigestellt, auch nach der gesetzten Frist Beweisanträge zu stellen“, die vom Gericht entgegengenommen und verbeschieden werden müssen; zum anderen ergebe sich das Recht zur Zurückweisung der begehrten Beweisaufnahme „nicht allein aufgrund später Beweisantragstel-

<sup>1</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 717, B. II., 3. c).

<sup>2</sup> BGHSt 51, 333, 343 f. = HRRS 2007 Nr. 602.

<sup>3</sup> BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116 m. Kurzkritik in: NJW-Spezial 2009, 744.

<sup>4</sup> BGH NJW 2005, 2466 ff. = HRRS 2005 Nr. 543 m. abl. Bspr. *Dahs* StV 2006, 116 ff.; *Duttge* JZ 2005, 1012 ff.; *Gössel* JR 2006, 128 f.

<sup>5</sup> BGH NStZ 2007, 716 = HRRS 2007 Nr. 807.

<sup>6</sup> BGHSt 51, 333 ff. m. abl. Bspr. *Beulke/Ruhmannseder* NStZ 2008, 300 ff.; 52, 355 ff. = HRRS 2008 Nr. 1150 = NJW 2009, 605 ff. m. abl. Anm. *Gaede* = JZ 2009, 316 ff. m. abl. Anm. *Eidam*.

<sup>7</sup> Auf diese pflichtschuldige, formelhafte Beteuerung wird natürlich nicht verzichtet!

<sup>8</sup> BGHSt 51, 333, 344 [1. Senat].

<sup>9</sup> BGH NStZ-RR 2009, 21 f. = HRRS 2008 Nr. 944.

<sup>10</sup> In: *Widmaier-FS* 2008, S. 583, 589.

<sup>11</sup> BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116: „begegnet ... keinen verfassungsrechtlichen Bedenken“.

<sup>12</sup> BGH NJW 2005, 2466, 2467.

lung“, sondern wegen „Verschleppungsabsicht“ gem. § 244 III S. 2 Var. 6 StPO, für die eine Antragstellung jenseits der gesetzten Frist ein „signifikantes Indiz“ darstellt, wenn hierfür keine Gründe „nachvollziehbar und substantiiert“ dargelegt werden können.<sup>13</sup> Ausweislich seiner normtextlichen Fassung verbiete § 246 I StPO eine Ablehnung von Beweisanträgen wegen Verschleppungsabsicht nicht.

Es ist unschwer zu erkennen, dass mit dieser Wiederbelebung eines Gesetzespositivismus reinsten Wassers der Anwendungsbereich des – von der Zielvorstellung einer „stringenten, dem Zügigkeitsgebot des Art. 6 Abs. 1 MRK verpflichteten Verfahrenserledigung“<sup>14</sup> her betrachtet – „störenden“ § 246 I StPO so weit wie möglich reduziert werden soll. Nur bei gänzlichem Ausblenden seiner Sinngebung kann mit sophistischer Manier behauptet werden, bei lediglich mittelbarer (und sei es auch gewichtiger) Relevanz einer „Verfristung“ und keinem unmittelbaren Anknüpfen der Ablehnungsentscheidung an den Fristablauf sei das Präklusionsverbot („weil ... zu spät“) gar nicht berührt. Demgegenüber hat der Gesetzgeber hierdurch doch dem Anliegen Ausdruck verleihen wollen, dass die Pflicht zur Wahrheitsermittlung eine Aufgabe impliziere, die sich nicht in terminliche Schablonen pressen lasse;<sup>15</sup> auch muss die Einschätzung des Antragstellers von Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit eines Beweisantrages auch in zeitlicher Hinsicht nicht mit den Vorstellungen des Gerichts übereinstimmen<sup>16</sup> und ist deshalb zur eigenständigen Beurteilung der Prozessverantwortung der Verteidigung überlassen. Von dieser Eigenständigkeit bleibt aber kaum noch etwas übrig, wenn die Verteidigung nunmehr rechtfertigungspflichtig wird, sobald sie der gerichtlichen „Terminsvorstellung“ nicht gehorsam nachkommt; das Praktizieren einer hiermit nicht verträglichen Verteidigungsstrategie steht jetzt in dringendem Verdacht eines „dysfunktionalen Einsatzes des Beweisantragsrechts“<sup>17</sup>. De facto ist damit allen Beteuerungen zum Trotz eine gerichtliche Befugnis geschaffen, den Verfahrensbeteiligten vorschreiben zu dürfen, (bis) wann sie einen Beweisantrag zu stellen haben. Wie das BVerfG ein dahingehendes Verbot einerseits anerkennen<sup>18</sup> und andererseits zugleich die Verfahrensweise des BGH billigen kann, bleibt im Dunkel der verwinkelten Karlsruher Gedankengänge verborgen. Wenn aber – so die früher ständige

höchstrichterliche Rechtsprechung – „nicht der Verteidiger verpflichtet [ist], einen Beweisantrag zu dem vom Gericht für angemessen gehaltenen Zeitpunkt zu stellen, sondern das Gericht ..., Beweisanträge bis zum Beginn der Urteilsverkündung entgegenzunehmen“<sup>19</sup>, so liegt in jeder gerichtsseitig angemessenen Verkürzung dieses gesetzlich garantierten Zeitrahmens notwendig eine Missachtung des § 246 I StPO, der doch das Stadium der Antragstellung von Gesetzes wegen gerade für irrelevant erklärt. Diese gesetzliche Vorgabe darf dann jedoch auch nicht durch Ausweichen auf den Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht umgangen werden. So sehr also § 246 I StPO nicht die Ablehnung eines Beweisantrages nach § 244 III StPO hindert, so wenig darf hier das dort Verbotene fröhliche Urständ feiern, mithin die „verspätete Stellung eines Beweisantrages“ – „verspätet“ eigentlich in Bezug auf welche begrenzende Vorgabe? – zur wesentlichen oder gar alleinigen Bedingung für die Annahme von Verschleppungsabsicht erhoben werden. Denn damit verbände sich in der Tat die Anerkennung einer „verkappeten Präklusionsfrist“<sup>20</sup>.

Vor allem das BVerfG hält dem aber entgegen, dass der Ablauf einer richterlich gesetzten Frist nur „einer von mehreren Umständen [sei], der das Vorliegen auch nur einer Voraussetzung des Ablehnungsgrundes des § 244 III S. 2 Var. 6 StPO begründen“ könne: Deshalb sei „auch künftig ausgeschlossen, einen Beweisantrag allein aufgrund eines zeitlich verzögerten Verfahrens abzulehnen“<sup>21</sup>. Davon abgesehen, dass auch das BVerfG selbst keine weiteren Indizien konkret zu benennen weiß, die erst im Zusammenwirken mit dem Fristablauf die Annahme einer Verschleppungsabsicht rechtfertigen sollen: Die neuere Rechtsprechung des BGH erkennt die „Verfristung“ eines Antrags regelmäßig bereits als hinreichenden Beleg an, dass dieser „nichts anderes als die Verzögerung des Verfahrens bezweckt“<sup>22</sup>; in der jüngsten Entscheidung des fünften Strafsenats ist dementsprechend von einer wesentlich „leichteren Ablehnung *grundlos spät* gestellter Beweisanträge“ die Rede.<sup>23</sup> Damit werden jedoch weitere „Anzeichen“ nicht mehr zu ablehnungsbegründenden Voraussetzungen erklärt, sondern können nur noch – ausnahmsweise – als Gegengründe die Annahme von Verschleppungsabsicht hindern. Wie wahrscheinlich dieses Szenario in der Praxis sein wird, dass also ein Tatgericht eine vorgelegte Begründung für die nachträgliche Antragstellung (mit der die Verteidigung u.U. ihr Verteidigungskonzept offenbaren muss!) akzeptiert, steht dabei in den Sternen. Denn es fehlt an jedweder normativen Vorgabe für diese gerichtliche Entscheidungsbefugnis und an jedweder Kontrolle über deren Ausübung. Weit ehrlicher ist es da, wenn der erste Strafsenat auf solche Beschwichtigungen gleich ganz verzichtet und unmissverständlich formuliert: „Verspätete Stellung eines Beweisantrags kann allein schon für Verschleppungsabsicht sprechen“<sup>24</sup>. Damit zeigt sich aber,

<sup>13</sup> BGHSt 51, 333, 344 f.; 52, 355, 362 f.; ebenso BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116.

<sup>14</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 717.

<sup>15</sup> Gollwitzer, in: Löwe/Rosenberg (Hrsg.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 2001, § 246 Rn 1 (Stand: 1998); Schlüchter, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK/StPO), § 246 Rn 1 (Stand: 12. Aufbau-/Erg.Lfg. 1994); nachdrücklich Sommer, in: Krekel/Löffelmann (Hrsg.), Anwaltskommentar StPO, 2. Aufl. (2009), § 246 Rn 1: „Für die Ermittlung der materiellen Wahrheit und für ein gerechtes Urteil ist es niemals zu spät“.

<sup>16</sup> Julius, in: ders. (Hrsg.), Strafprozessordnung, 4. Aufl. (2009), § 246 Rn 2.

<sup>17</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 717; zum „dysfunktionalen Prozessieren“ bereits Rüping/Dornseifer JZ 1977, 417 ff.

<sup>18</sup> BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116; ebenso BGH NStZ 1986, 371; 1990, 350, 351; offen gelassen dagegen in BGHSt 52, 355, 363.

<sup>19</sup> BGHSt 21, 118, 123; zuvor bereits RGSt 59, 420, 421; 68, 88, 89; bekräftigend Tepperwien, in: Widmaier-FS (2008), S. 583, 589.

<sup>20</sup> Beulke/Ruhmannseder NStZ 2008, 300, 302.

<sup>21</sup> BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116.

<sup>22</sup> BGHSt 51, 333, 344; bestätigt durch BGHSt 52, 355, 362.

<sup>23</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 717.

<sup>24</sup> BGHSt 52, 355, 362.

dass die bundesverfassungsgerichtliche Absolution eine gar nicht existente strafverfahrensrechtliche Situation zum Gegenstand hat; sie verfehlt den wahren Kern der BGH-Rechtsprechung!

## 2. Beweisantragsrecht und Amtsaufklärungspflicht

Dies gilt um so mehr, als der Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren – wie das BVerfG selbst einräumt – sehr wohl durch „verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden“ kann, „die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen“: „Der in den Vordergrund gestellten Sicherung der Gerechtigkeit durch Aufklärung des wahren Sachverhalts entspricht das Recht des Angeklagten, sich durch die Stellung von Beweisanträgen, die nur unter engen Voraussetzungen abgelehnt werden können, an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv zu beteiligen“<sup>25</sup>. Wird ihm diese Partizipationschance wegen „Verfristung“ genommen, so gefährdet dies nicht nur seine Subjektstellung, sondern zugleich den fundamentalen rechtsstaatlichen Anspruch auf Gewähr einer *bestmöglichen* Wahrheitsermittlung als Grundlage einer evtl. Verurteilung des Angeklagten. Bekanntlich drückt sich im Beweisantragsrecht die Einsicht des Gesetzgebers aus, dass nicht etwa eine (gerichtliche) Monopolisierung der Wahrheitssuche (trotz aller gesetzlichen Verpflichtung zur Amtsaufklärung), sondern vielmehr erst eine „Konkurrenz der Vorverständnisse“<sup>26</sup> der gesuchten Objektivität näherbringt. Die „größere prozessuale Potenz“<sup>27</sup> des Beweisantragsrechts verschafft dem Antragsteller daher die Aussicht, „im Rahmen seiner eigenen Erfahrungshorizonte und Interpretations-schemata Hypothesen über aussichtsreiche Beweisführung zu bilden und diese auch durchsetzen zu können“<sup>28</sup> – u.U. eben in der Weise, dass dadurch „Wahrnehmungsfixierungen“ des Gerichts „aufgebrochen“ werden.<sup>29</sup> Demgegenüber haftet jeder einseitigen Beweisprognose – je früher im Prozess getroffen um so mehr – stets das Risiko an, Resultat und zugleich Perpetuierung einer defizitären Erkenntnis zu sein.

Nun behauptet der BGH aber, bei Nichteinhaltung der tatgerichtlich dekretierten Frist sei das Recht auf Stellung von Beweisanträgen „als solches“ gar nicht beschnitten:<sup>30</sup> Denn den Verfahrensbeteiligten bleibe es weiterhin „freigestellt, auch nach der gesetzten Frist Beweisanträge zu stellen“<sup>31</sup>. Das jüngste, für die vorliegende Besprechung zum Anlass genommene Urteil des fünften Senats spricht in derselben Weise von einer „leichter begründbaren ablehnenden Entscheidung über nach Fristablauf gestellte *Beweisanträge*“<sup>32</sup>. Bei diesen Formulierungen handelt es sich aber ersichtlich um einen Etikettenschwindel: Denn

wenn sich die gerichtliche Prüfung nach Fristablauf darauf beschränkt, ob „die Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO gleichwohl zur Beweiserhebung drängt“<sup>33</sup>, so werden die eingehenden „Anträge“ in Wahrheit nicht mehr als „Beweisanträge“ i.e.S., sondern als bloße Beweisanregungen behandelt. Ob diesen dann auch nachgegangen wird, kann nur Gegenstand einer Hoffnung sein, für den Antragsteller also gewissermaßen „prozessuales Glück“<sup>34</sup>, aber nicht Resultat seines dahingehenden Rechts.<sup>35</sup> Weit näher kommt der Wahrheit daher das BVerfG, wenn es von einem „Beweisermittlungsantrag“ spricht, sofern eine „plausible Antwort“ des Antragstellers ausbleibe.<sup>36</sup> Auf diese Weise wird allerdings – allen gegenteiligen Beteuerungen zuwider<sup>37</sup> – mit Blick auf § 244 III StPO ein gänzlich neuer Ablehnungsgrund der „mangelnden Plausibilität“ geschaffen, was allein dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten ist.

Was schließlich von der höchstrichterlichen „Beruhigungspille“ zu halten sein dürfte, wonach das Gericht selbst bei Beseitigung seiner Beweiserhebungspflicht doch noch immer von Amts wegen an die Sachaufklärungsmaxime gebunden sei, lässt sich angesichts jedweder fehlenden – „dank“ dem BGH jetzt auch fehlenden revisionsgerichtlichen – Kontrolle nicht nur lebensweltlich leicht ausmalen. Schon die innere Logik der neuen Verfahrensweise einer „Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung“ legt die Ablehnung „verspätet“ gestellter Beweisanträge nahe, weil die „Erledigung des gerichtlichen Prüfprogramms“ doch erst zur tatgerichtlichen Fristsetzung berechtigen soll.<sup>38</sup> Eine im Anschluss gleichwohl durchgeführte weitere Beweiserhebung würde somit unweigerlich den Finger in die Wunde einer nun sogar gerichtsseitig zugestandenen defizitären Wahrheitsermittlung legen und ggf. sogar den Verdacht einer pflichtwidrigen Verkürzung der Aufklärungsbemühungen erregen – ein Anschein, den zu erwecken ein Tatgericht sich gewiss sehr gründlich überlegen wird. Mit anderen Worten dürften daher mit der gerichtlichen Entschließung zur Beendigung der Beweisaufnahme und zur Gewähr einer „letzten Frist“ für die Verfahrensbeteiligten, das weitere Verfahren doch noch in eine andere Richtung zu lenken, die Würfel hinsichtlich einer weiteren Sachaufklärung von Amts wegen gefallen sein – mehr noch: Der mit jener Fristsetzung einhergehenden öffentlichen Verlautbarung der gerichtlichen Einschätzung über die (nach eigener Überzeugung: mangelnde) Sinnhaftigkeit weiterer Aufklärungsbemühungen haftet psychologisch die Gefahr an, hieran „blind“ festzuhalten: Nach dem sog. inertia- oder Persevanz-Effekt (= Trägheitseffektiv oder Mechanismus der Selbstbestätigung von Hypothesen) „werden Informationen, die eine zuvor schon einmal für richtig gehaltene Hypothese bestätigen, systematisch überschätzt, während entgegengesetzte, dissonante In-

<sup>25</sup> BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116.

<sup>26</sup> Hamm/Hassemer/Pauly, *Beweisantragsrecht*, 2. Aufl. (2007), Rn 27 ff.; zu den „diversen Wahrheiten“ vertiefend Volk, in: Salger-FS (1995), S. 411 ff.

<sup>27</sup> Schlüchter GA 1994, 397, 411 f.

<sup>28</sup> Weßlau, in: Fezer-FS (2008), S. 289, 302 ff.

<sup>29</sup> Hamm/Hassemer/Pauly (Fn. 26), Rn 30; siehe auch König StV 2009, 171, 172: kein „Anhängsel“ der Amtsaufklärung.

<sup>30</sup> BGH NJW 2005, 2466, 2467.

<sup>31</sup> BGHSt 52, 355, 363.

<sup>32</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 717.

<sup>33</sup> BGHSt 51, 333, 344; 52, 355, 363; siehe auch schon BGH NJW 2005, 2466, 2468: „vornehmlich (?) unter Aufklärungsgesichtspunkten“.

<sup>34</sup> Gaede NJW 2009, 608.

<sup>35</sup> Statt vieler z.B. König, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht: Handkommentar* (2008), § 244 StPO Rn 25.

<sup>36</sup> BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116, unmittelbar allerdings nur auf „Beweisbehauptungen ins Blaue hinein“ bezogen.

<sup>37</sup> BVerfG, ebd.

<sup>38</sup> Vgl. BGH HRRS 2009 Nr. 717.

formationen systematisch unterschätzt werden“<sup>39</sup>. In diesem Lichte müssen „Beweisanträge“, die erst nach Ablauf einer gerichtlich gesetzten Frist eingehen, regelmäßig als sachwidrig und Zeichen dysfunktionalen Verteidigerverhaltens erscheinen – aber nicht notwendig ihrer sachlichen Unbegründetheit wegen, sondern bereits wegen der gerichtsseitig zuvor schon getroffenen Festlegung und der damit einhergehenden kognitionspsychologisch einseitigen Erwartung und Orientierung. Aus objektiver Perspektive muss der Grund für die dann entstehende kommunikative Dissonanz aber nicht beim Antragsteller liegen, sondern kann auch durch die gerichtliche Festlegung begründet sein – zum Schaden für die allseitige Pflicht zur bestmöglichen Wahrheitsermittlung.<sup>40</sup> Der in der jüngsten Entscheidung des fünften Senats enthaltene Appell zur „vorsichtigen und zurückhaltenden Handhabung“<sup>41</sup> drückt nichts anderes als ein schlechtes Gewissen ob dieses Risikos aus, freilich ohne daraus konsequente Schlussfolgerungen mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit zu ziehen.

### 3. Untaugliche Rechtfertigungen: Beschleunigungsgrundsatz und Sachleitungsbefugnis

Zur Rechtfertigung der nunmehr höchstrichterlich anerkannten Befugnis des Tatgerichts zu solcher Verfahrensweise sucht kaum überraschend auch der fünfte Strafsenat Zuflucht beim „Zügigkeitsgebot des Art. 6 I MRK“.<sup>42</sup> Dass hierin aber nur ein Verfahrensabschluss „innerhalb angemessener Zeit“ und kein „kurzer Prozess“ („speedy trial“) jenseits des eigentlichen Verfahrensziels für geboten erklärt wird, scheint bei der Unbekümmertheit der in der höchstrichterlichen Praxis „freischwebenden“ Inanspruchnahme des „Beschleunigungsgrundsatzes“ offenbar zunehmend in Vergessenheit zu geraten. Es muss daher als bezeichnendes und erschreckendes Signal verstanden werden, wenn die Vorsitzende des vierten Senats sich dazu veranlasst sieht, diese Banalität eines jeden rechtsstaatlichen Verfahrens eigens zu betonen.<sup>43</sup> Nur innerhalb des Rahmens einer bestmöglichen Wahrheitsuche bildet die Sorge vor *unnötiger* Verlängerung des Verfahrens einen von Rechts wegen schützenswerten Belang; das Streben nach „beschleunigter“ Verfahrenserledigung berechtigt jedoch nicht zur Vernachlässigung der richterlichen Aufgaben, d.h. „den wahren Sachverhalt – unter Beachtung der Rechte von Anklage und Verteidigung auf Vorlage oder Nennung von Beweismitteln – sorgfältig und vollständig zu ermitteln, Anklage und Verteidigung ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Wahrnehmung ihrer Rechte zu geben und ein Urteil aufgrund sorgfältiger Prüfung des gesamten Pro-

zessstoffes zu fällen“<sup>44</sup> – so der erste Strafsenat vor 23 Jahren: Wie sich die Zeiten doch ändern!

Im Übrigen würde der in Art. 6 Abs. 1 MRK verbürgte Mindeststandard individualschützender<sup>45</sup> Rechtsgarantien gegenüber der strafverfolgenden Hoheitsgewalt in sein Gegenteil verkehrt, könnte das Beschleunigungsgebot zur Grundlage genommen werden, um gesetzlich verbürgte Rechte des Angeklagten einzuschränken oder diesem gar vorzuenthalten.<sup>46</sup> Als Optimierungsgebot findet der Beschleunigungsgedanke vielmehr gerade umgekehrt seine Grenzen in den gewährleisteten Verfahrensrechten und darf, wie der EGMR unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, der Inanspruchnahme des Rechts auf Vorbringen der „eigenen“ Beweismittel eben nicht entgegenstehen.<sup>47</sup> Würde man dies auch nur in einem einzigen Fall wie etwa vorliegend im Kontext der Ablehnung eines Beweisantrages gestatten, so wäre damit gleichsam das „trojanische Pferd“ erschaffen, mit dem sich auch andere Verfahrensrechte leichter Hand aushebeln ließen.<sup>48</sup> Allerdings: In den aktuellen Trend eines systematischen Abbaus der „schützenden Formen“<sup>49</sup> fügte sich eine solche Haltung bestens ein!

Beinahe schon einer „Verzweiflungstat“ kommt es schließlich nahe, wenn sich der BGH – allerdings nicht im jüngsten Urteil – auch noch auf die Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden (vgl. §§ 213 ff., 238 I StPO) stützen will. Bekanntermaßen dient diese lediglich der gerichtlichen Aufgabenverteilung sowie der organisatorischen Strukturierung der Hauptverhandlung, beides wiederum mit dem Ziel der Vermeidung *unnötiger* Verzögerungen. Eine Befugnis zur Beschneidung gesetzlich garantierter Verfahrensrechte ergibt sich hieraus nicht. So wie der Vorsitzende also nicht unter Berufung auf seine Sachleitungsbefugnis verbotene Vernehmungsmethoden anwenden, das Fragerecht des Angeklagten verkürzen oder die Öffentlichkeit gesetzeswidrig ausschließen darf, steht auch das Beweisantragsrecht nicht zu seiner Disposition. Was der „abenteuerliche“<sup>50</sup> Gedanke einer Berufung auf § 238 StPO aber als eigentliche Motivation verrät, tritt immer klarer zutage: Gerichte scheinen zunehmend weniger bereit zu sein, Beweiserhebungen zu tolerieren und Zeit hierfür zu verwenden, die sie selbst nicht für „sinnvoll“ halten. Vor solcher „Selbstintronisierung“ des Gerichts unter Verweis auf die eigene „Vernunft“, dem sich die anderen Verfahrensbeteiligten (-subjekte?) und insbesondere der Angeklagte nur noch unterordnen können, sich de facto ausgeliefert sehen müssen, sollten die „Formen“ der Strafprozessordnung aber gerade schützen. Sonst droht dasjenige, was *Wittig* treffend wie folgt beschrieben hat: Der kontradiktorische

<sup>39</sup> *Schünemann* StV 2000, 159 ff. m.w.N. aus der kognitionspsychologischen Fachliteratur.

<sup>40</sup> Im Ergebnis wie hier auch *Bachler*, in: BeckOK StPO (Stand: 15.6.2009), § 246 Rn 1.

<sup>41</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 717.

<sup>42</sup> Zuvor bereits BGH NJW 2005, 2466, 2468; BGHSt 52, 355, 362; zuletzt auch BVerfG HRRS 2009 Nr. 1116.

<sup>43</sup> Siehe *Tepperwien* NStZ 2009, 1 ff.: keine „Beschleunigung über alles“!

<sup>44</sup> BGH NStZ 1986, 371, 372.

<sup>45</sup> So auch BVerfG NStZ 2006, 680, 681 („vorwiegend“); BGHSt 26, 228, 232 („in erster Linie“); SK/StPO/Paeffgen (Fn. 15), Art. 6 EMRK Rn 5 (Stand: 35. Aufbau-Lfg., Januar 2004).

<sup>46</sup> Wie hier bereits *Ventzke* HRRS 2005, 233, 235.

<sup>47</sup> EGMR StV 2005, 136, 138 m. Anm. *Pauly*; siehe auch *Eidam* JZ 2009, 318, 320 m.w.N.; *Fezer*, in: *Widmaier-FS* (2008), S. 177, 184.

<sup>48</sup> Siehe auch *Fezer* HRRS 2009, 17, 18.

<sup>49</sup> Dazu ausführlich *Duttge*, in: *Karras-FS* (2010), S. 109 ff.

<sup>50</sup> Treffend *Fezer* HRRS 2009, 17, 18.

Prozess verwandelt sich sukzessive in einen „diktatorischen Prozess“<sup>51</sup>.

### III. Zu den Konsequenzen

Es ist gewiss nicht das erste Mal, dass der BGH seine verfassungsrechtlich vorgegebene Rolle eines „Gesetzesdieners“ kurzerhand vergessen und – natürlich stets Gutes wollend – sich zum eigentlichen „Herrn der Rechtsordnung“ aufgeschwungen hat. Frei nach Berthold Brecht kann „gut gemeint“ aber mitunter geradewegs zum Gegenteil von „gut“ und „richtig“ werden.<sup>52</sup> In seinem Beschluss vom 14.6.2005 war dem fünften Strafsenat noch bewusst, dass die Abwehr von „verfahrensver-

<sup>51</sup> Wittig, in: Volk-FS (2009), S. 885, 891 f.

<sup>52</sup> In der Formulierung Kants: man solle „den lebhaftesten Wunsch für das Gute nicht sofort für dessen Wirklichkeit ... halten“ (Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Weischedel [Hrsg.], Werke, Bd. 6, 1956/1983, S. 35).

zögerndem Missbrauch“ des Beweisanzpruchsrechts durch Beschreiten jenes extralegalen „Fristsetzungs- und Ablehnungsverfahrens“ letztlich in die Regelungskompetenz des Gesetzgebers fällt.<sup>53</sup> Offenbar hat er inzwischen jedoch jedwede Geduld verloren und glaubt wohl, angesichts der gesetzgeberischen Untätigkeit (in die von ihm erwünschte Richtung!) gleichsam in Ausübung eines fortwährenden „Notstandsrechts“ selbst für die nötigen Problemlösungen sorgen zu müssen. Dieser geradezu jugendliche Tatendrang erinnert fatal an das Motto einer bekannten Hörspielserie<sup>54</sup>, in der es stets heißt: „Wir übernehmen jeden Fall!“ – und das gute Ende ist gesichert! Bei aller Skepsis gegenüber den Ergebnissen der modernen Gesetzgebung: Mancher jugendliche Aktivismus nimmt bekanntlich einen fatalen Verlauf...

<sup>53</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 2466, 2468: „...für den Gesetzgeber Anlass zur Prüfung besteht, ob...“.

<sup>54</sup> Für Neugierige der Titel: „Die drei Fragezeichen“; Originaltitel: *The Three Investigators*.

#### Aufsätze und Anmerkungen

## Die „signifikante Erhöhung der Leistungswahrscheinlichkeit“ als Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB

Eine Besprechung des Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.08.2009 – 3 StR 552/08 – HRRS 2009 Nr. 890 – in Bezug auf die Betrugsentscheidung

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Strafrecht Jochen Thielmann, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Strafrecht Andrea Groß-Bölting, Wuppertal, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht und Medizinrecht Jochen Strauß, Düsseldorf

### I. Einleitung

Die Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 im ersten deutschen Al-Qaida-Verfahren<sup>1</sup> hatte in der Öffentlichkeit für Aufmerksamkeit gesorgt. Die Medien betrachteten die Entscheidung des 3. Strafsenats in erster Linie hinsichtlich des Terrorvorwurfs und berichtet davon, der BGH habe „hohe Hürden“<sup>2</sup> bzw. „strikte Vorgaben für Terrorismus-Urteile“<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890 = NJW 2009, 3448; in StV 2009, 675 wird die Urteilsbegründung im Hinblick auf die Betrugsentscheidung nicht abgedruckt.

<sup>2</sup> Vgl. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,642464,00.html>.

<sup>3</sup> Vgl. <http://www.sueddeutsche.de/politik/825/484264/text/>.

gesetzt. Zudem konzentrierte man sich auf die Aussage des Senats zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der durchgeführten Wohnraumüberwachung, ohne sich jedoch kritisch damit auseinander zu setzen, dass selbst verfassungswidrig erlangte Beweismittel aufgrund einer zugunsten der effektiven Strafverfolgung ausfallenden „Gesamtabwägung“ im Strafprozess verwertet werden dürfen.<sup>4</sup> Die Bestätigung der Verurteilungen wegen Betruges bzw. deren Verschärfung gegenüber dem ursprünglichen Urteil (von versuchten in vollendete Delikte) wurde dagegen kaum wahrgenommen. Das Urteil beinhaltet eine Erweiterung der Betrugsstrafbarkeit in

<sup>4</sup> Dies tat in der Fachpresse inzwischen Gusy in einer Anmerkung unter dem Titel „Verfassungsverwirklichung durch Verwendung und Nichtverwendung von Informationen im Strafprozess“ (HRRS 2009, 489).

das Vorfeld der eigentlichen Tat, die genau in den politisch-juristischen Zeitgeist der Prävention passt. Der Betrugstatbestand wird dabei weiter dogmatisch ausgehöhlt, indem bereits allein eine Täuschung über die Redlichkeit zu einem (nicht berechenbaren) Vermögensschaden führt. Die Unterscheidung zwischen einer „strafbaren“ und einer „erlaubten“ Handlung findet – im Vorfeld einer konkreten Vermögensgefährdung und erst recht eines Endschadens – allein im Kopf des Verdächtigen statt.

In der folgenden Analyse des Urteils hinsichtlich der Betrugsentscheidung sollen nach der kurzen Darstellung des Sachverhalts (II.) zunächst die verschiedenen rechtlichen Bewertungen von OLG, GBA und BGH geschildert werden (III.). Sodann wird die derzeitige Diskussion um den Gefährdungsschaden erläutert und das Urteil in diesem Kontext besprochen (IV.). Nach einer Analyse hinsichtlich der im Urteil in Bezug genommenen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Eingehungsbetrugs und derjenigen Entscheidungen, die nicht angesprochen worden sind (V.), wird ausführlich auf das Problem der Schadenshöhe eingegangen (VI.), bevor ein Fazit gezogen wird (VII.).

## II. Sachverhalt

Der zugrunde liegende Sachverhalt ist relativ simpel und man möchte meinen, dass er im Laufe der Zeit nicht selten vorgekommen ist, denn es handelt sich um den Plan eines klassischen Versicherungsbetruges. Einer von drei Angeklagten beantragte bei verschiedenen Unternehmen Risikolebensversicherungen. Nach dem Tatplan sollte er einige Monate nach Vertragsbeginn in Ägypten einen Todesfall vortäuschen, indem er mittels Beamtenbestechung eine Todesbescheinigung und einen Unfallbericht besorgen sollte. Durch seinen Bruder – einen Mitangeklagten – als Begünstigten sollten die Versicherungsunternehmen dann von seinem Ableben informiert werden. Die Finanzierung der Prämienzahlung sollte durch den dritten Angeklagten gewährleistet werden. Von den beantragten Versicherungsverträgen kam rund ein Drittel zustande. Vor der Abreise nach Ägypten wurde der Plan aufgrund einer – aus anderem Grunde durchgeführten – Wohnraumüberwachung aufgedeckt.

## III. Die unterschiedlichen juristischen Sichtweisen der Beteiligten

Der geschilderte Sachverhalt bereitete der Justiz hinsichtlich der Betrugsdogmatik offensichtlich große Probleme. Eine Einordnung als Betrug wäre offenkundig gewesen, wenn den Versicherungsgesellschaften tatsächlich der (fingierte) Tod des Versicherungsnehmers mitgeteilt oder die Versicherungssumme ausgezahlt worden wäre. Allein der Umstand, dass in Bezug auf den Betrugsplan der Tatplan durch den Zugriff der Polizei unterbrochen wurde, schafft die dogmatische Schwierigkeit. Die Probleme der Justiz werden dadurch deutlich, dass der 6. Strafsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf eine andere rechtliche Würdigung vornahm als der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs und der Generalbundesanwalt zwischen verschiedenen Positionen hin und her schwankte. Zur Ver-

anschaulichung sollen zunächst diese verschiedenen Positionen kurz dargestellt werden.

## 1. Der 6. Strafsenat des OLG Düsseldorf

Die rechtliche Konstruktion des Düsseldorfer Staatschutzsenates lässt sich wie folgt zusammenfassen: Durch die Antragstellung mit dem Hintergedanken, in Zukunft einen Unfall zu fingieren und zu Unrecht die Versicherungssumme zu kassieren, liegt eine tatbestandsmäßige Täuschung vor, so dass damit jedenfalls ein unmittelbares Ansetzen zum Betrug gegeben ist. Sobald dieser Antrag zu einem Vertragsabschluss führt, ist der Betrug wegen des Vorliegens einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ vollendet, falls die weitere Tatausführung unmittelbar bevorsteht. Wenn die weitere Tatausführung jedoch noch nicht unmittelbar bevorsteht, ist der Betrug auch noch nicht vollendet, sondern bleibt im Versuchsstadium stecken. Ausnahmsweise ist aber selbst dann, wenn die weitere Tatausführung unmittelbar bevorsteht, noch keine Vollendung eingetreten, wenn die umfassende Kenntnis der Ermittlungsbehörden einen Schadenseintritt ausschließt. Beendet ist ein solcher Betrug erst dann, wenn die Versicherungssumme an den Begünstigten ausgezahlt wird.

Aufgrund dieser rechtlichen Würdigung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Angeklagten wegen 28fachen versuchten bandenmäßigen Betruges verurteilt, obwohl von achtundzwanzig beantragten Verträgen neun Verträge abgeschlossen worden waren.

## 2. Der Generalbundesanwalt

Die rechtliche Wertung von Seiten der höchsten deutschen Strafverfolgungsbehörde ging im Laufe der Zeit ein wenig durcheinander.

- In der frühen Phase des Verfahrens wurde in einem Antrag an den Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, dass die tatplangemäße Ausreise nach Ägypten und „damit letztlich auch die Vollendung des gemeinsamen vielfachen Betruges zum Nachteil diverser Lebensversicherungsunternehmen“ nur an der Festnahme der Verdächtigen gescheitert sei. Anscheinend war zu diesem Zeitpunkt allenfalls ein Betrugsversuch die richtige Lösung aus Sicht der Bundesanwälte.

- Nach der Anklageschrift lag dagegen in der Antragstellung mit dem Hintergedanken, in Zukunft einen Unfall zu fingieren und zu Unrecht die Versicherungssumme zu kassieren, bereits eine tatbestandsmäßige Täuschung, die bei Vertragsschluss zu einer Vollendung und bei Ablehnung des Vertragsschlusses zu einem beendeten Versuch führt. Als Vermögensschaden wurde ein Gefährdungsschaden in Höhe der Summe der angestrebten Zahlungen aller Versicherungsgesellschaften genannt.

- Im Plädoyer der Sitzungsvertreter des Generalbundesanwalts erhöhte sich dann die Anzahl der vollendeten Fälle drastisch, weil in vielen Fällen von den Gesellschaften mit Antragstellung ein „vorläufiger Versicherungsschutz“ gewährt worden war und somit selbst bei am Ende nicht abgeschlossenen Verträgen eine gewisse Zeit



ein Versicherungsschutz bestand. Dieser Punkt war in der Beweisaufnahme ausführlich erörtert worden, auch wenn das Oberlandesgericht schließlich im Urteil darauf mit keinem Wort mehr einging.

- In der Revisionsgegenklärung kehrte der Generalbundesanwalt schließlich zur Würdigung der Anklageschrift zurück.

### 3. Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs

So wenig konstant die verschiedenen Rechtsauffassungen aus dem Haus des Generalbundesanwalt gewesen waren, so klar blieb der 3. Strafsenat in seiner – schon frühzeitig im Rahmen einer Haftentscheidung geäußerten – Meinung, dass bereits bei Vertragsabschluss ein vollendeter Eingehungsbetrag vorliege. Nachdem zunächst die so lautende Haftentscheidung veröffentlicht wurde<sup>5</sup>, ist auch das jetzige Urteil für die amtliche Sammlung vorgehen.

### 4. Die Abgrenzung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom Urteil des OLG Düsseldorf

Es erscheint auf den ersten Blick höchst verwunderlich, dass der Bundesgerichtshof das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf ganz offensichtlich nicht richtig verstanden zu haben scheint bzw. möglicherweise sogar nicht richtig verstehen will. Denn es ist schlicht falsch, wenn es im BGH-Urteil heißt, dass das Oberlandesgericht jeweils einen versuchten Erfüllungsbetrag angenommen hätte, bei dem es jedoch am unmittelbaren Ansetzen gefehlt habe.<sup>6</sup> Auch der Düsseldorfer Senat konzentrierte sich – im Einklang mit der Anklageschrift und anfangs auch mit der Haftentscheidung des 3. Strafsenats – auf den Eingehungsbetrag, auch wenn der endgültige Vermögensschaden bei den Versicherungsunternehmen erst in der Auszahlung der jeweiligen Versicherungsleistung gesehen wurde. Nichts anderes macht jedoch auch der 3. Strafsenat, wenn er ausdrücklich davon ausgeht, dass der Eingehungsbetrag erst mit Auszahlung der Todesfallsumme beendet gewesen wäre, weil dann der bereits eingetretene Schaden „vertieft“ worden wäre.<sup>7</sup>

Die Ursache dafür, dass der Düsseldorfer Staatsschutzsenat nur zur Versuchsstrafbarkeit eines Eingehungsbetrugs kam, war der Umstand, dass er den bis zu diesem Zeitpunkt zwar umstrittenen, aber in der höchstrichterlichen Rechtsprechung unangefochtenen Begriff des „Gefährdungsschadens“ ernst nahm – auch hinsichtlich sich daraus im vorliegenden Einzelfall ergebenden Folgen. Dies galt für zwei Punkte, die der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil nun nicht mit einem Wort erwähnt:

- die zeitliche Distanz zwischen dem abgeschlossenen Vertrag und der geplanten Meldung des fingierten Versicherungsfalles

<sup>5</sup> BGHR StGB § 263 Abs. 1 Eingehungsbetrag 2.

<sup>6</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890 Rn. 170, 171.

<sup>7</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890 Rn. 177.

- und die polizeiliche Überwachung des gesamten Verhaltens der Angeklagten ab einem sehr frühen Zeitpunkt.

Der Düsseldorfer Senat kam – wie oben dargelegt – zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich der ersten abgeschlossenen Verträge bis zur geplanten betrügerischen Ausnutzung noch eine so lange Zeit vergehen sollte, dass noch nicht von einer „konkreten Vermögensgefährdung“ ausgegangen werden könne; hinsichtlich der späteren abgeschlossenen Verträge würde hingegen die Überwachung der Polizei eine konkrete Gefährdung gar nicht mehr zulassen, weil ein erfolgreiches Ausnutzen der Verträge nicht mehr möglich wäre. Es soll im Folgenden nicht im Detail auf die Schwächen dieser rechtlichen Konstruktion eingegangen werden; jedoch muss die Frage gestellt werden, wann denn aus diesem versuchten ein vollendeter Betrug werden soll. Einen Monat oder eine Woche vor der Ausreise? Am Tag der Ausreise? Bei der erfolgreichen Bestechung eines ägyptischen Beamten? Oder aber doch erst bei der Mitteilung des (fingierten) Todes des Versicherungsnehmers? Nur die letzte Handlung führt zu einer rechtlich veränderten Situation und nur die letzte Handlung kann deshalb im Bezug auf die Gefährdung des Versicherungsvermögens als ein unmittelbares Ansetzen zum Betrug gesehen werden.

### IV. Das Urteil des 3. Strafsenats im Kontext der aktuellen Entwicklung beim Gefährdungsschaden

Während also das OLG Düsseldorf in seinem Urteil auf den klassischen „Gefährdungsschaden“ abgestellt hat, der regelmäßig Folge eines Eingehungsbetruges ist,<sup>8</sup> geht der 3. Strafsenat einen anderen Weg. Er macht aus dem einheitlichen Vorhaben eines Versicherungsbetrugs einen – auch rechtlich – zweigeteilten Tatplan, bei dem schon mit Durchführung der ersten Stufe (Abschluss des Vertrags) ein vollendeter Betrug gegeben sein soll. Die zweite Stufe (Mitteilung des fingierten Todesfalls) hat keinerlei rechtliche Folge mehr, abgesehen davon, dass die (Gesamt-)Tat erst mit Auszahlung der Versicherungssumme beendet sein soll, wenn nämlich der Schaden vertieft worden ist. Um einen solchen Weg zu gehen, war es notwendig, sich von der Rechtsfigur des „Gefährdungsschadens“ zu entfernen bzw. zu verabschieden. Insofern war durch die aktuelle Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung hierzu der Boden bereitet, auf dem der 3. Strafsenat seine Entscheidung dogmatisch begründete.

Es springt ins Auge, wie sehr sich der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im vorliegenden Urteil standhaft weigert, das Wort des „Gefährdungsschadens“ in Bezug auf den vorliegenden Fall zu Papier zu bringen. Zunächst wird beim Verweis auf das Urteil des Reichsgerichts von „Vermögensminderung (damals bezeichnet als Vermögensgefährdung)“<sup>9</sup> gesprochen, als ob dieser Begriff aus der damaligen Zeit vor dem 1. Weltkrieg stamme; bei der Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes

<sup>8</sup> Fischer, StGB, 56. Auflage (2009), § 263 Rn. 103.

<sup>9</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 165.

von 1953<sup>10</sup> wird dann der Begriff der „Vermögensgefährdung“ demonstrativ in Anführungsstriche gesetzt.<sup>11</sup> Durch dieses Vorgehen scheint sich der 3. Strafsenat in der innerhalb des Bundesgerichtshofs laufenden Diskussion zwischen dem 1. und dem 2. Strafsenat über den Begriff des „Gefährdungsschadens“ auf die Seite des 1. Strafsenats zu schlagen, indem die – vom 1. Strafsenat ausdrücklich als „entbehrlich“ bezeichnete<sup>12</sup> – Rechtsfigur des Gefährdungsschadens nicht angewendet wird. Insoweit überrascht es nicht, dass das hiesige Urteil auch zweimal explizit auf die Entscheidung des 1. Strafsenats zum Betrug verweist.<sup>13</sup> Es ist nicht schwer zu erklären, aus welchem Grund im vorliegenden Fall diese Zurückhaltung besteht, mit dem rechtlichen Begriff des „Gefährdungsschadens“ zu argumentieren. Dazu genügt ein erneuter Blick auf dessen die bisher unumstrittene Definition, wonach dazu „die Möglichkeit des **endgültigen** Verlustes eines Vermögensbestandteils zum Zeitpunkt der täuschungsbedingten Verfügung so groß sein muss, dass dies **schon jetzt** eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat.“<sup>14</sup> Dass der endgültige Verlust der Versicherungssumme bereits bei Vertragsabschluss mit dem unredlichen Kunden so wahrscheinlich ist, dass schon zu diesem Zeitpunkt das Gesamtvermögen eines Versicherungskonzerns gemindert ist, konnte und wollte wohl selbst der 3. Strafsenat nicht annehmen.

## 1. Der „Gefährdungsschaden“

Die höchstrichterliche Rechtsprechung im Bereich des Betrugstatbestands gem. § 263 StGB – ebenso wie bei der in mancherlei Hinsicht vergleichbaren Untreue gem. § 266 StGB – befindet sich derzeit in der Diskussion.<sup>15</sup> Dabei geht es maßgeblich um die Rechtsfigur des Eingehungsbetrug und den aus dieser Art Betrug folgenden Schaden für den Getäuschten. Nach der althergebrachten ständigen Rechtsprechung und Literaturmeinung führt ein Eingehungsbetrag zu einem „Gefährdungsschaden“ – auch bezeichnet als „schadensgleiche Vermögensgefährdung“. Zwar hat es an dieser Rechtsfigur schon lange Zeit in der Literatur kritische Stimmen gegeben,<sup>16</sup> aber die Rechtsprechung hat daran stets festgehalten. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dieser Ausle-

gung des Schadensbegriffs in § 263 StGB befasst. Zuletzt wurde die Figur des „Gefährdungsschadens“ – allerdings im Kontext des Untreuetatbestands – durch das Bundesverfassungsgericht 2009 als verfassungsmäßig bestätigt.<sup>17</sup> Es lässt sich somit sagen, dass die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ bzw. der „Gefährdungsschaden“ in der Betrugsdogmatik einen anerkannten und festen Platz besitzt.

## 2. Die neuere Rechtsprechung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofes

Durch die jüngste Rechtsprechung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs – als Antwort auf zwei Entscheidungen des 2. Strafsenats im Bereich des Untreuetatbestands<sup>18</sup> – ist jedoch in die Diskussion um den „Gefährdungsschaden“ Bewegung gekommen. Der 1. Strafsenat hat in zwei Beschlüssen aus den Jahren 2008 und 2009 die Rechtsfigur des „Gefährdungsschadens“ ausdrücklich infrage gestellt. Diese beiden Entscheidungen bezogen sich sowohl auf den Untreuetatbestand<sup>19</sup> als auch auf den Betrugstatbestand.<sup>20</sup> In der zweiten Entscheidung wird die Rechtsfigur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ bzw. „Gefährdungsschaden“ wörtlich als „entbehrlich“ und als eine „verschleiende Bezeichnung“ für einen echten Schaden bezeichnet.<sup>21</sup> Begründet wird diese Einschätzung wie folgt: „Die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens birgt (...) die Gefahr der Überdehnung des Betrugstatbestands hin zum Gefährdungsdelikt durch Einbeziehung tatsächlich nur abstrakter Risiken in sich.“ Weiterhin werden in diesem Beschluss auch verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet, wenn es heißt: „Schließlich wäre die Subsumtion wirklich nur „schadensgleicher“ Gefährdungen unter den Tatbestand des § 263 I StGB mit Art. 103 II GG kaum vereinbar. Auch deshalb ist schon die Formulierung bedenklich.“<sup>22</sup> Diese verfassungsrechtlichen Bedenken des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs in dem im Februar 2009 getroffenen Beschluss wurden vom Bundesverfassungsgericht in der angesprochenen Entscheidung vom 10.03.2009 indes nicht geteilt.<sup>23</sup>

Die Konsequenz dieser Problematik ist aus Sicht des 1. Strafsenats, dass ein Eingehungsbetrag keine „schadensgleiche Gefährdung“, sondern einen „wirklichen Schaden“ zur Folge haben muss, um den Tatbestand zu erfüllen: „Die Notwendigkeit, den mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretenen Schaden zu bewerten und zu benennen, zwingt demgegenüber zur Klarheit und vermeidet Grenzüberschreitungen.“<sup>24</sup> Dies hat aus Sicht des 1. Strafsenats auch Auswirkungen auf den subjektiven Tatbestand: „Allein auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Getäuschten eingetretenen tatbestandlichen Schaden muss sich das voluntative Element des Vorsatzes des Täters erstrecken. Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es nicht an.“<sup>25</sup>

<sup>10</sup> BGH NJW 1953, 836.

<sup>11</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 166.

<sup>12</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 = NJW 2009, 2390 = StV 2009, 242 = NStZ 2009, 330.

<sup>13</sup> Woran mag es aber liegen, dass der 3. Strafsenat diese Entscheidung des 1. Strafsenats vom 18.02.2009 an verschiedenen Stellen im Urteil mit unterschiedlichen Fundstellen zitiert: Rn. 63 verweist auf „BGH StV 2009, 242“, während Rn. 167 auf „BGH NJW 2009, 2390“ Bezug nimmt? Ist dies nur ein Zufall? Oder ist hierin möglicherweise der Versuch zu sehen, dem Urteil in diesem Punkt mehr Gewicht zu verleihen, als es eigentlich verdient?

<sup>14</sup> Vgl. BGHSt 48, 331, 346; 51, 165, 174 ff. = HRRS 2007 Nr. 1 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151; Fischer (Fn. 8), § 263 Rn. 94

<sup>15</sup> Vgl. Fischer, NStZ-Sonderheft 2009, 8, 9: „Im Kernbereich des Vermögensstrafrechts namentlich in §§ 263, 266 StGB, vollziehen sich möglicherweise folgenreiche Diskussionen. Die Rechtsprechung des BGH ist in einem Maße in Bewegung geraten, das in der Literatur zutreffend als „eher heftig“ bezeichnet wurde.“

<sup>16</sup> Vgl. u.a. Naucke StV 1985, 187.

<sup>17</sup> BVerfG HRRS 2009 Nr. 558 = NStZ 2009, 560.

<sup>18</sup> BGH HRRS 2007 Nr. 663 = StV 2007, 581 = NStZ 2007, 704.

<sup>19</sup> BGH NJW 2008, 2451 f.

<sup>20</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318.

<sup>21</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 14.

<sup>22</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 14.

<sup>23</sup> BVerfG NStZ 2009, 560 = HRRS 2009 Nr. 558.

<sup>24</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 14.

<sup>25</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 15.

### 3. Reaktionen auf diese Veränderung der Rechtsprechung zum Eingehungsbetrug

Über diese praktische Abschaffung des „Gefährdungsschadens“ wurde und wird im Schrifttum ausgiebig diskutiert.<sup>26</sup> Es wird auf die Gefahr hingewiesen, dass als Folge dieser Entwicklung nicht etwa die Eindämmung der „Vorfeldstrafbarkeit“ in diesem Bereich steht, sondern im Gegenteil die weitere Ausdehnung.<sup>27</sup> Es ist derzeit nicht abzusehen, wie sich die höchstrichterliche Rechtsprechung in diesem Punkt entwickeln wird.<sup>28</sup>

Dabei ist jedoch zu sehen, dass es offensichtlich nicht die Intention des 1. Strafsenats ist, die Strafbarkeit auszuweiten, indem man nicht mehr über die lästige Frage diskutiert, ob eine abstrakte (kein Schaden) oder bereits eine konkrete (Schaden!) Vermögensgefährdung vorliegt. Dies zeigt das Argument des 1. Strafsenats gegen den Gefährdungsschaden, dass nämlich diese Rechtsfigur „die Gefahr der Überdehnung des Betrugstatbestands hin zum Gefährdungsdelikt durch Einbeziehung tatsächlich nur abstrakter Risiken in sich“ berge.<sup>29</sup> Es ist also gerade nicht gewollt, durch einen Verzicht auf diese Rechtsfigur nun abstrakte Risiken ohne Schranken in den Begriff des Vermögensschadens einzubeziehen. Das vorliegende Urteil des 3. Strafsenats beweist allerdings, dass sich mit der Auflösung der Definition des „Gefährdungsschadens“ diese Gefahr realisiert, denn nach den alten Maßstäben wäre eine Verurteilung nicht möglich gewesen. Warum der Begriff des „Gefährdungsschadens“ entgegen der Ansicht des 1. Strafsenats sehr wohl Sinn macht, hat Fischer dargelegt, wenn er u.a. zu dem Schluss kommt: „In Wahrheit geht es seit jeher nicht darum, ob die so genannte konkrete Vermögensgefährdung ein „wirklicher“ Schaden ist, sondern wann sie dies ist, wie man das feststellt und warum sie (mit Recht!) immer noch „Gefährdung“ heißt.“<sup>30</sup> Aus diesem Satz ist der Schluss zu ziehen, dass es sehr wohl Vermögensgefährdungen gibt, die (noch) kein „wirklicher“ Schaden sind. Es muss somit festgestellt werden, wann eine Gefährdung des Gesamtvermögens als Schaden angesehen werden kann. Und genau an dieser Grenze zwischen einem „wirklichen“ und einem „noch nicht wirklichen“ Schaden spielt dieser Fall. Für den hier vorliegenden Fall kommt man damit zu der entscheidenden Frage:

„Führt der Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags mit einem Versicherungsnehmer, der eine zukünftige

<sup>26</sup> Vgl. die Diskussionsbeiträge im Jahre 2009 u.a. von Fischer (Fn. 15); Becker HRRS 2009, 334; Schlösser, NStZ 2009, 663; Ransiek/Reichling, ZIS 2009, 315; Küper, JZ 2009, 800; Rübenstahl, NJW 2009, 2392.

<sup>27</sup> Fischer (Fn. 15) spricht von einer „explosionsartigen Ausweitung des – bislang zumindest in einer Grauzone belassenen – strafbaren Bereichs und des von Amts wegen zu verfolgenden Dunkelfelds.“ Rübenstahl (Fn. 25) befürchtet, dass durch die Rechtsprechung der Tendenz zur Ausuferung der Tatbestände der §§ 263, 266 StGB Vorschub geleistet wird.

<sup>28</sup> Vgl. Fischer (Fn. 15) S. 13: „Die Diskussion, jedenfalls soweit sie entscheidungserheblich ist, wird zur Annäherung oder zur Entscheidung im dafür vorgesehenen Wege führen“; auch Schlösser NStZ 2009, 663 erwartet eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen.

<sup>29</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 14.

<sup>30</sup> Fischer (Fn. 15), S. 15; ebenso Becker (Fn. 26).

betrügerische Manipulation des Vertrages plant, bereits zu diesem Zeitpunkt zu einem wirtschaftlichen Schaden bei der Versicherungsgesellschaft?“

Es ist unbestreitbar, dass sich das Risiko einer Gesellschaft, in Anspruch genommen zu werden, bei Vertragsabschluss mit einem „böswilligen“ Kunden zum eigenen Nachteil verändert. Der 3. Strafsenat kommt demnach auch zu dem Schluss: „Damit war die Leistungswahrscheinlichkeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht.“<sup>31</sup> Damit ist die Prüfung des 3. Strafsenats beendet und der Vermögensschaden begründet. Allerdings gilt eine solche „signifikante Erhöhung der Wahrscheinlichkeit“ für jeden Vertrag, bei dem ein Vertragspartner böswillig ist. Hat diese Risikoerhöhung wirklich zwingend einen strafrechtlich relevanten Vermögensschaden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zur Folge?

### V. Der Verweis des 3. Strafsenats auf höchstrichterliche Rechtsprechung

Der 3. Strafsenat führt aus, dass das Ergebnis, vorliegend sei ein Vermögensschaden anzunehmen, „in Einklang mit bisheriger Rechtsprechung zum Eingehungsbetrug“ stehe.<sup>32</sup> Die Problematik zeigt sich schon bei der Formulierung: es wird sicher bewusst nicht von „der bisherigen Rechtsprechung zum Eingehungsbetrug“ gesprochen, denn eine einheitliche Linie findet sich hier nicht.

#### 1. Die drei angesprochenen Entscheidungen

Es soll zunächst überprüft werden, ob die drei vom Senat herangezogenen Entscheidungen aus fast einhundert Jahren höchstrichterlicher Rechtsprechung (1914-1953-2009) tatsächlich denselben Weg beschritten haben, wie ihn nun der 3. Senat geht.

##### a) Das Urteil des Reichsgerichts 1914

Der 3. Strafsenat musste schon weit in der deutschen Rechtsgeschichte zurückgehen, um einen Fall zu finden, der in etwa vergleichbare Züge aufwies, der sich jedoch gleichzeitig in entscheidenden Details anders darstellt. Die Entscheidung des Reichsgerichts<sup>33</sup> aus dem Jahre 1914 behandelt den Fall von zwei Männern, die für ihre „Orgelbauanstalt“ eine Brandversicherung in der geheimen Absicht abschlossen, in Kürze selbst einen Brand zu legen. Sie machten bei Vertragsschluss falsche Angaben hinsichtlich ihrer Bestände und der Werte (Überversicherung). Tatsächlich kam es kurz darauf zu einem Brand, dessen Ursache jedoch nicht zweifelsfrei den beiden Männern zugerechnet werden konnte, so dass das Strafverfahren wegen Brandstiftung und Versicherungsbetrugs mit einem Freispruch endete. Sodann wurden die Männer jedoch wegen vollendeten Eingehungsbetruges bei Vertragsabschluss erneut vor Gericht gestellt und verurteilt. Ihre gegen diese Verurteilung eingelegte Revision

<sup>31</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890 Rn. 159.

<sup>32</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890 Rn. 164.

<sup>33</sup> RGSt 48, 186 f.

verwarf das Reichsgericht mit dem in Bezug genommenen Urteil.

Die Auffassung des Reichsgerichts, dass es sich bei dem geschilderten Sachverhalt um zwei sowohl materiell-rechtlich als auch prozessual unterschiedliche Taten handelt, ergibt sich aus der Urteilsbegründung, wenn darauf abgestellt wird, dass durch den Freispruch im Verfahren um Brandstiftung und Inanspruchnahme der Versicherungsgesellschaft kein Strafklageverbrauch bezüglich des Verhaltens bei Vertragsabschluss zu sehen ist.<sup>34</sup> Das Ergebnis, dass der Grundsatz „ne bis in idem“ in einem solchen Fall nicht zur Anwendung kommt, ist vom Bundesgerichtshof später ausdrücklich nicht geteilt worden.<sup>35</sup> Es ist schon aus diesem Grund ungewöhnlich, dass sich der 3. Strafsenat jetzt auf diese Entscheidung bezieht.

Wenn der 3. Strafsenat des BGH dieses Urteil als Stütze der eigenen Rechtsauffassung aufgreift, so ist dies nachzuvollziehen, wobei jedoch die zitierten Passagen damals eben nicht allein entscheidungserheblich waren. Im Gegensatz zum vorliegenden Fall hatte das Reichsgericht nicht darüber zu entscheiden, ob ein unredlicher Versicherungsabschluss bereits zu einem Vermögensschaden bei dem Unternehmen führt. Es muss daher offen bleiben, wie das Reichsgericht entschieden hätte, wenn keine „Übersicherung“ stattgefunden hätte. Im damaligen Fall war jedenfalls das Tatbestandsmerkmal der Täuschung problemlos und das Tatbestandsmerkmal des Schadens auch noch nach späterer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>36</sup> als gegeben anzusehen. Die damaligen Ausführungen zur Unredlichkeit waren also im damaligen Urteil weitere Argumente für eine Verurteilung, die schon auf anderem Wege gesichert schien.

Es darf nicht übersehen werden, dass durch die Fingierung eines Todesfalls und die diesbezügliche Mitteilung keine automatische Zahlungspflicht auf Seiten des Versicherers entsteht, sondern sich stattdessen nur die Gefahr für das Vermögen der Versicherungsgesellschaften noch einmal erhöht. Dies unterscheidet den hiesigen Fall in einem weiteren entscheidenden Punkt von dem Fall des Reichsgerichts 1914, wo tatsächlich ein Brand ausgebrochen ist und dadurch der Versicherungsfall nachweisbar eingetreten ist. Vorliegend sollte dagegen in Zukunft ein in Wahrheit nicht eingetretener Versicherungsfall vorgetäuscht werden. Es bedeutet aber bei der Beurteilung der Gefährdung des Vermögens auf Seiten der Versicherer eine höhere Gefährdungsstufe, wenn ein Versicherungsfall zweifelsfrei eintritt, denn in einem solchen Fall besteht eine viel weiter eingeschränkte Möglichkeit, die Zahlung der Versicherungssumme abzulehnen. Wenn jedoch die unzutreffende Meldung eines Versicherungsfalles nur die Gefährdung für das Vermögen noch weiter erhöht, so hat dies zur Folge, dass das Vermögen zuvor nicht so stark gefährdet gewesen sein kann, dass bereits von einer „schadensgleichen“ Gefährdung ausgegangen werden kann.

<sup>34</sup> RGSt 48, 186, 189.

<sup>35</sup> BGHSt 45, 212

<sup>36</sup> BGH StV 1985, 368.

## b) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 1953

Das zweite zitierte Urteil des 3. Strafsenats stammt aus dem Jahr 1953 und behandelt einen Kaufvertrag über Feinkohle, bei dem der eine Vertragspartner schon bei Vertragsschluss vorhatte, nur minderwertige Qualität zu liefern.<sup>37</sup> Danach kann eine Vermögensgefährdung schon darin bestehen, dass der Geschädigte überhaupt in vertragliche Beziehungen zu einem böswilligen Vertragspartner getreten ist, der von vornherein davon ausging, den Vertragsgegner unter planmäßige Ausnutzung eines beim Vertragsschluss durch Vorspiegelung von Tatsachen erregten Irrtums zur Entgegennahme einer vertragswidrigen Leistung zu veranlassen.

Es ist auch bei dieser Entscheidung fraglich, ob sie heute noch so getroffen werden würde. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat seitdem in nicht wenigen Entscheidungen beim möglichen Eingehungsbetrug bei Kaufverträgen im Hinblick auf die Frage des Schadens darauf abgestellt, dass noch kein Vermögensschaden vorliegt, wenn der Getäuschte nur zur „Zug-um-Zug-Leistung“ verpflichtet war. Wenn aber trotz eines Vertragsschlusses mit einem böswilligen Vertragspartner ein solches Vorgehen nicht dazu führt, dass ein Vermögensschaden vorliegt, kann allein die Böswilligkeit bei Vertragsschluss nicht ausreichend sein, um von einem Vermögensschaden auszugehen.

Es wird auf das Urteil des 1. Strafsenats vom 26.02.1987 verwiesen,<sup>38</sup> in dem der Vertragsschluss über die Erstellung von Gutachten nicht als Eingehungsbetrug gewertet wurde, obwohl der Gutachter offenbar schon zu diesem Zeitpunkt vorhatte, ein mangelhaftes Gutachten vorzulegen. Dies begründete der 1. Strafsenat damit, dass „die Gefahr, dass der Vertragspartner aufgrund nicht erkannter Mängel der erbrachten Leistung seinerseits seine vertraglichen Pflichten erfüllt, (...) grundsätzlich als konkrete Vermögensgefährdung im Sinne des Betrugstatbestands nicht“ genüge.

Es wird weiter auf die Entscheidung des 5. Strafsenats vom 18.09.1997 Bezug genommen,<sup>39</sup> in der es heißt: „Der Abschluss eines Kaufvertrages erfüllt die Voraussetzungen eines (Eingehungs-) Betruges oder versuchten Betruges noch nicht, wenn der durch Täuschung zustande gekommene Vertrag nur zur Zug-um-Zug-Leistung verpflichtet. In solchen Fällen liegt in dem Vertragsschluss regelmäßig noch keine schadensgleiche Vermögensgefährdung.“

Schließlich hat der 4. Strafsenat 2005 entschieden, dass bei vertraglich festgelegter Zug-um-Zug-Leistung noch kein Gefährdungsschaden vorliegt und die in Folge der Nichtdurchführung des Vertrages entstandenen Schäden mangels Stoffgleichheit keine Schäden im Sinne des § 263 Abs.1 StGB sind.<sup>40</sup>

Obwohl also in diesen Fällen stets die Unredlichkeit des Vertragspartners schon bei Vertragsschluss im Raum stand – sonst würde ein Eingehungsbetrug stets schon am Vorsatz scheitern –, war nach Ansicht der obersten

<sup>37</sup> BGH NJW 1953, 836.

<sup>38</sup> 1 StR 615/86.

<sup>39</sup> BGH StV 1999, 24 f.

<sup>40</sup> BGH NStZ-RR 2005, 181.

Richter kein Gefährdungsschaden gegeben, weil der „Schädiger“ mit seiner Leistung vorleistungspflichtig war.

Diese bislang gesicherte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in den verschiedenen Fällen lässt sich durchaus auf den vorliegenden Fall übertragen: nicht der Getäuschte ist zuerst am Zug, sondern der „Täuschende“ muss zuerst handeln, wenn er die Versicherungssumme erhalten will, indem er den angeblichen Todesfall meldet. Nach Meldung des Todesfalls hat jede Versicherungsgesellschaft die Möglichkeit zu überprüfen, ob tatsächlich eine Zahlungsverpflichtung besteht. Die Gefahr, dass das Unternehmen aufgrund nicht erkannter Fingierung des Versicherungsfalles seinerseits seine vertraglichen Pflichten erfüllt, genügt aber nach der zitierten Rechtsprechung grundsätzlich nicht als konkrete Vermögensgefährdung im Sinne des Betrugstatbestands schon bei Vertragsschluss.

Schließlich ist zu sehen, dass der vorliegende Fall in der Hinsicht von einem Kaufvertrag abweicht, als dort der Anspruch des Täuschenden schon entstanden ist, aber vom Erbringen seiner eigenen Gegenleistung abhängt. Im Gegensatz dazu ist ein Anspruch hier gegen die Versicherungsunternehmen auf Auszahlung der Versicherungssumme mit dem Vertragsabschluss noch nicht einmal entstanden. Dieser Anspruch ist von dem Eintritt einer Bedingung abhängig, die nach dem Tatplan auch nicht tatsächlich eintreten, sondern nur fingiert werden soll.

### c) Der Beschluss des 1. Strafsenats vom Februar 2009

Der 3. Strafsenat stützt sich bei seiner Entscheidung letztlich auf den bereits zitierten Beschluss des 1. Strafsenats vom 18.02.2009.<sup>41</sup> Dort wurde durch den Vertragsschluss der Getäuschte dazu verpflichtet, an den Täuschenden einen Geldbetrag zu überweisen, der später infolge erfolgreicher Anlage mit einem Gewinn zurückgezahlt werden sollte. Allerdings war eine solche Rückzahlung wegen des angewendeten Schneeballsystems von Beginn an fraglich. In den meisten Fällen erfolgte auch die vertragsgemäße Zahlung, nur in den wenigsten Fällen erhielten die Anleger Geld zurück.

Nach dem Zitat im vorliegenden Urteil habe der 1. Strafsenat in diesem Beschluss ausgeführt, „*der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden sei durch das Verlustrisiko im Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt*“.<sup>42</sup> Damit stellt sich die entscheidende Frage, was genau in diesem Fall als Vermögensverfügung anzusehen ist? In dem Beschluss des 1. Strafsenats über den Anlagebetrug wird diese Frage ausdrücklich beantwortet: „*Ein Schaden i.S.d. § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung (hier: die vertragsgemäße Bezahlung der Anlagesumme an den Angeklagten bzw. eines seiner Unternehmen) unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwertes des Vermögens des Verfügenden führt (Prinzip der Gesamtsaldierung...)*“.<sup>43</sup> Die Vermö-

gensverfügung ist damit nach Auffassung des 1. Strafsenats „**die vertragsgemäße Bezahlung der Summe an den Angeklagten**“. Die Vermögensverfügung wird also nach Ansicht des 1. Strafsenats gerade nicht in dem vorgelagerten Vertragsschluss gesehen, auf dem diese Überweisung basiert. Dies ist bemerkenswert und für den vorliegenden Fall von ganz erheblicher, wenn nicht gar entscheidender Bedeutung. Somit wird bei einem Vergleich beider BGH-Entscheidungen das ganze Dilemma offensichtlich.

Sieht man mit dem 1. Strafsenat die vertragsbedingte Einzahlung des Geldes als schädigende Vermögensverfügung an, so kommt man zu dem Ergebnis, dass vorliegend ein solcher Abfluss von Geldmitteln aus dem Vermögen der Versicherungsgesellschaft nicht stattgefunden hat. Dann würde der Tatbestand des § 263 StGB deshalb nicht gegeben sein, weil das Tatbestandsmerkmal „Vermögensverfügung“ nicht erfüllt worden wäre.

Sieht man stattdessen – entgegen der ausdrücklichen Ansicht des 1. Strafsenats in der zitierten Entscheidung – den Vertragsabschluss als Vermögensverfügung an, so kommt man zu dem Ergebnis, dass vorliegend durch den Vertrag auf Seiten des Versicherers keine Verpflichtung zur und auf Seiten des Täuschenden kein Anspruch auf unmittelbare Auszahlung von Geldmitteln bestand.<sup>44</sup> Die Verpflichtung zur Auszahlung der Versicherungssumme besteht erst bei Eintritt einer Bedingung, dem tatsächlichen Tod des Versicherungsnehmers.

In beiden rechtlichen Konstellationen ist der Beschluss des 1. Strafsenats, auf den das angegriffene Urteil in diesem Punkt verweist, also nicht mit dem hiesigen Sachverhalt vergleichbar. Wenn es im Beschluss des 1. Strafsenats heißt, „*Dass mit dem Eingehen eines Risikogeschäfts – mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr – ein unmittelbarer Wertverlust, eine Vermögenseinbuße einhergeht, liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf der Hand*“,<sup>45</sup> so liegt bei der hier vorliegenden Variante eines Risikogeschäfts bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf der Hand, dass (noch) kein unmittelbarer Wertverlust, keine Vermögenseinbuße vorliegt.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem vom 1. Strafsenat behandelten Betrugsfall und dem Sachverhalt des 3. Strafsenats besteht darin, dass der Versicherungsnehmer Einfluss auf den Eintritt des Risikos nehmen will, da er beabsichtigt, den Vertrag zu manipulieren. Es liegt somit in seiner Hand, ob er den Versuch wagen will, zukünftig mit falschen Angaben die – nach dem Vertrag nicht gebotene(!) – Auszahlung der Versicherungssumme zu erreichen. Er hat somit noch nicht alles getan, was notwendig ist, um den von ihm angestrebten Gewinn zu erreichen. Solange er diese weitere Handlung aber nicht tätigt, hat die Versicherung nur das normale Risiko zu tragen, nämlich dass der Versicherungsnehmer tatsächlich stirbt.

Die beiden Fallkonstellationen sind eigentlich nicht recht vergleichbar; wenn man sie aber doch miteinander vergleicht, kommt man bei genauer Betrachtung zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung des 1. Strafsenats dem

<sup>41</sup> BGH HRRS 2009 Nr.318.

<sup>42</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 167.

<sup>43</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 10.

<sup>44</sup> Folge des Vertragsschlusses sind im Gegenteil zunächst Zahlungen des Täuschenden.

<sup>45</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 13.

Urteil des 3. Strafsenats eher widerspricht, als dass es dieses unterstützt. Insoweit ist der Verweis darauf auch nicht weiterführend.

## 2. Die ignorierten Entscheidungen

Während somit die vom 3. Strafsenat angesprochenen Entscheidungen aus dem letzten Jahrhundert zwar bestätigen können, dass auch früher schon strafwürdig erachtetes Verhalten mit großer dogmatischer Mühe und Not in rechtskräftigen Verurteilungen mündete, so zeigen andere Urteile aus dem letzten Vierteljahrhundert eine andere Richtung der Rechtsprechung, die indes im vorliegenden Fall den Freispruch der Angeklagten vom Betrugsvorwurf zur Folge gehabt hätten. Überraschenderweise beginnt diese Übersicht mit einem Urteil des 1. Strafsenats aus dem Jahre 1985, auf das der 3. Strafsenat in der veröffentlichten Haftentscheidung noch allein verwiesen hatte,<sup>46</sup> das er im besprochenen Urteil jedoch nur an einer unproblematischen Stelle kurz zitiert.

### a) Das Urteil des 1. Strafsenats aus dem Jahre 1985

Im damaligen Fall des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs<sup>47</sup> hatte ein verschuldeter Mann mit akuten Kniebeschwerden zehn Unfallversicherungen abgeschlossen und dabei trotz entsprechender Fragen im Antragsformular die jeweils anderen Abschlüsse verschwiegen. Wie von ihm erwartet, zog er sich kurz darauf beim Joggen einen Meniskusriß zu und kam ins Krankenhaus. Er wurde wegen vollendeten Betrugs in zehn Fällen verurteilt. Der Bundesgerichtshof hob diesen Schuldspruch auf, weil nicht zweifelsfrei geklärt sei, ob und in welcher Höhe den Versicherungsunternehmen ein Vermögensschaden entstanden sei.

Liest man die Urteilsgründe dieses Urteils, so ist der Grund dafür schnell gefunden, dass der 3. Strafsenat nun nicht mehr explizit auf diese Entscheidung eingeht, denn der Weg des 1. Strafsenats im Jahre 1985 widerspricht ausdrücklich der nun gefundenen Wertung des 3. Strafsenats, dass der Abschluss eines Versicherungsvertrages mit einem böswilligen (sprich: zur späteren Manipulation bereiten) Versicherungsnehmer zu einem Vermögensschaden führt.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1985 hob eine Verurteilung auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts im Schuldspruch auf und stellte trotz festgestellter falscher Angaben im Antragsformular fest, dass es zweifelhaft sei, „ob und in welcher Höhe eine Vermögensbeschädigung im Sinne des Tatbestandes eingetreten ist.“<sup>48</sup> Dies zeigt, dass der Bundesgerichtshof in der damaligen Entscheidung nicht einmal zu dem zweifelsfreien Schluss kam, dass bei einer Konstellation mit Unredlichkeit und falschen Angaben überhaupt ein Vermögensschaden vorliegt. Schon aus diesem Grund stellt sich der Verweis auf diese Entscheidung in der vom 3. Strafsenat veröffentlichten Haftentscheidung als höchst problematisch dar.

<sup>46</sup> BGHR StGB § 263 Abs.1 Eingehungsbetrug 2.

<sup>47</sup> BGH StV 1985, 368.

<sup>48</sup> BGH StV 1985, 368.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs macht sodann zum „subjektiven Risiko“ der Versicherungsunternehmen, dessen Veränderung einen Schaden zur Folge haben könnte, folgende Ausführungen: „Das subjektive Risiko lässt sich wie folgt umschreiben (vgl. BGH NJW 1971, 1891): Der Abschluss der Versicherung setzt den Versicherer der Gefahr aus, dass er zu Unrecht in Anspruch genommen wird, etwa durch Vortäuschung des Versicherungsfalls oder sonstiger Anspruchsvoraussetzungen zu Grund oder Höhe. Diese Gefahren sind umso größer, je höher die Summen sind, die der Versicherungsnehmer nach den Vereinbarungen zu erwarten hat. Die Gefahr, die besteht, wenn der Versicherungsnehmer nur bei einer Versicherungsgesellschaft eine übliche Unfallversicherung abgeschlossen hat, gehört zu dem normalen Risiko dieser Gesellschaft. Es ist überschaubar.“<sup>49</sup>

Der Schaden der Gesellschaft liegt nach diesem Urteil des Bundesgerichtshofs nicht in dem Vertragsabschluss mit einem Kunden, der vorhat, den Versicherungsfall zu fingieren. Dies hat der 1. Strafsenat in seiner Entscheidung ausdrücklich klargestellt, wenn er das subjektive Risiko des Versicherers beschreibt. Danach setzt der Abschluss einer jeden Versicherung den Versicherer der Gefahr aus, „dass er zu Unrecht in Anspruch genommen wird, etwa durch Vortäuschung des Versicherungsfalls.“ Diese Gefahr, die besteht, wenn der Versicherungsnehmer bei einer Versicherungsgesellschaft eine übliche Versicherung abgeschlossen hat, gehört laut Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung „zu dem normalen Risiko dieser Gesellschaft. Es ist überschaubar.“ Mit anderen Worten: Durch den Abschluss einer Versicherung mit einem unredlichen Kunden wird die Gesellschaft (noch) nicht geschädigt, weil sie sehenden Auges ein – für diese Geschäftsart – „normales und unvermeidbares Risiko“ eingeht.

Konsequenterweise hob der 1. Strafsenat die Verurteilung mit dem Hinweis an den neuen Tatrichter auf, es bedürfe ergänzender Feststellungen zur Höhe und Bewertung des jeweiligen subjektiven Risikos anhand der Erfahrungen der Unfallversicherer sowie zur Frage, in welchem Umfang jeweils ein subjektives Risiko prämienerhöhend kalkuliert worden ist. Wäre der 1. Strafsenat damals nach den Grundsätzen vorgegangen, die der 3. Strafsenat im hiesigen Urteil aufgestellt hat, wäre eine Verurteilung zwingend gewesen und eine Zurückverweisung überflüssig.

### b) Die Entscheidung des 1. Strafsenats aus dem Jahre 2003

Weiterhin zeigt die Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 05.11.2003, dass im hiesigen Fall nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung noch keine schadensgleiche Vermögensverfügung gegeben ist.<sup>50</sup> Danach ist „bei einem fingierten, auf den Todesfall bezogenen Vertrag zugunsten Dritter eine schadensgleiche Vermögensgefährdung noch nicht eingetreten, solange derjenige, mit dessen Tod die Begünstigung eintreten soll, noch lebt.“ Auf den hiesigen Fall übertragen, bedeutet dies, dass solange der Versicherungsnehmer noch nicht gestorben

<sup>49</sup> BGH StV 1985, 368.

<sup>50</sup> BGH NSStZ 2004, 264 f.

bzw. fälschlicherweise als tot gemeldet worden ist, ein Gefährdungsschaden nicht eintreten kann. Hätte sich der 3. Strafsenat an diese Bewertung des 1. Strafsenats gehalten, so wäre man nicht von einem Vermögensschaden ausgegangen und hätte das Urteil des OLG Düsseldorf aufheben müssen.

### c) Das Urteil des 2. Strafsenats aus dem Jahre 2000

Ein besonders deutliches Beispiel für die bisherige Rechtsprechung, in der ein unredlicher Vertragsschluss nicht zu einem Vermögensschaden führt, zeigt das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12.07.2000.<sup>51</sup> Der Entscheidung lag folgender grob geschilderter Ausgangspunkt zugrunde: Um einen Großauftrag zu erhalten, bestechen die beiden Verurteilten einen für das Projekt zuständigen Sachbearbeiter des Auftraggebers. Dabei besteht zwischen den Beteiligten schon Einigkeit darüber, dass der Sachbearbeiter den Verurteilten später „die Möglichkeit eröffnen werde, die Bestechungsleistungen durch Abrechnung tatsächlich nicht erbrachter Leistungen gegenüber dem Vertragspartner zumindest teilweise zu kompensieren.“ Später wurden manipulierte Rechnungen erstellt, ohne dass es aber nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs zu einem unmittelbaren Ansetzen zum Betrug kam.

Die Verurteilten hatten mit ihrem Vertragspartner einen Vertrag geschlossen, den sie betrügerisch zu dessen Lasten manipulieren wollten, indem sie tatsächlich nicht erbrachte Leistungen abrechnen wollten, um die gezahlten Bestechungsgelder wieder auszugleichen. Die Täter waren schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fest entschlossen, den Vertragspartner später zu schädigen. In diesem Fall geht es sogar über die „feste Entschlossenheit“ insoweit hinaus, als bereits Schmiergelder geflossen waren und damit der Grund schon entstanden war, weswegen teilweise manipulierte Rechnungen ausgestellt werden sollten. Obwohl dies der Ausgangspunkt des Falles war, geht die Entscheidung des 2. Strafsenats aber mit keinem einzigen Wort auf die Möglichkeit eines vollendeten Eingehungsbetrugs durch Vertragsabschluss ein. Stattdessen behandelt dieses Urteil die Schnittstelle zwischen einer straflosen Vorbereitungshandlung und unmittelbarem Ansetzen zum Betrug. Nach den rechtlichen Vorstellungen des Bundesgerichtshofs im vorliegenden Verfahren läge hingegen durch den Vertragsabschluss nicht etwa eine Vorbereitungshandlung zum späteren Betrug vor, sondern es wäre bereits ein vollendeter Eingehungsbetrag gegeben, weil über die eigene Redlichkeit getäuscht worden wäre und das Vermögen des Auftraggebers dadurch bereits einen endgültigen Vermögensschaden erlitten hätte. Das spätere Erstellen von überhöhten Rechnungen wäre kein eigenständiger Betrug mehr, sondern nur der Versuch der Beendigung des bereits vollendeten Betrugs und – falls erfolgreich – die Vertiefung des bereits eingetretenen Schadens. Danach hätte das angesprochene Urteil des 2. Strafsenats zu einem nicht akzeptablen Freispruch des damaligen Revisionsführers in diesem Punkt geführt.

<sup>51</sup> BGHR StGB § 22 Ansetzen 27.

## 3. Zusammenfassung

Die angesprochenen höchstrichterlichen Entscheidungen zeigen, dass das Ergebnis des 3. Strafsenats im vorliegenden Fall nicht zwingend war, sondern im Gegenteil gewichtige Urteile aus der Vergangenheit unbeachtet ließ. Hätte sich der 3. Strafsenat auf die anderen angesprochenen Urteile bezogen, wäre er zu einem gegenteiligen Ergebnis gekommen.

## VI. Das Problem der Schadenshöhe

Die genaue Berechnung des Schadens stellt ein Gericht in einem solchen Fall vor kaum lösbare Probleme, denn es scheint aus tatsächlichen Gründen unmöglich zu sein, den vom 3. Strafsenat behaupteten Vermögensschaden auf Seiten der Versicherungsgesellschaften zu beziffern. Der Umstand, dass eine Bezifferung des Schadens kaum möglich ist, ist ein starkes Indiz dafür, dass kein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB vorliegt. Allerdings stellt sich die Frage, ob ein Vermögensschaden überhaupt beziffert werden muss, was in der jüngsten Vergangenheit von verschiedenen Senaten des Bundesgerichtshofs unterschiedlich beurteilt wurde.<sup>52</sup>

### 1. Der Weg des 3. Strafsenats

Der 3. Strafsenat erkennt, dass sich die Bestimmung der Schadenshöhe „als problematisch erweist“, wobei diese Schwierigkeiten lediglich dazu führen sollen, „dass der Tatrichter grundsätzlich unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung Mindestfeststellungen zu treffen hat (vgl. BGH aaO S.243). Hierzu wird er sich erforderlicherweise der Hilfe von Sachverständigen aus den Gebieten der Versicherungsmathematik bzw. der Versicherungsökonomie und/oder des Bilanzwesens bedienen.“<sup>53</sup> Hier verweist der 3. Strafsenat einerseits erneut auf den Beschluss des 1. Strafsenats vom 18.02.2009, in dem es ebenfalls heißt: „Wenn eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung nicht möglich ist, wird der Tatrichter im Hinblick auf die Besonderheiten des Strafrechts Mindestfeststellungen zu treffen haben, (BGHSt 30, 388 (390)). Dies kann durch Schätzung im Rahmen des dabei eingeräumten Beurteilungsspielraums geschehen.“<sup>54</sup> Andererseits wendet er sich von dessen Lösung ab, wenn er ausführt, dass die dort bevorzugten Berechnungen nach bilanziellen Maßstäben sich vorliegend „deswegen als schwierig darstellen, weil es für die Bewertung der Verpflichtung aus einem täuschungsbedingt abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag keine anerkannten Richtgrößen gibt Diese Schwierigkeiten lassen indes den Schaden nicht entfallen.“<sup>55</sup>

Nun hat das Urteil des OLG Düsseldorf einen anderen Vermögensschaden gesehen als der 3. Strafsenat in seinem Urteil. Der Düsseldorfer Staatsschutzsenat ging von einem Gefährdungsschaden in Höhe der auszuzahlenden

<sup>52</sup> Der 5. Strafsenat sprach sich im Hoyzer-Urteil dagegen (HRRS 2007 Nr. 1), der 1. Strafsenat im mehrfach angesprochenen Beschluss vom 18.02.2009 hingegen dafür aus (HRRS 2009 Nr. 318).

<sup>53</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 163.

<sup>54</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 13.

<sup>55</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 163.

Vermögenssumme aus und machte aus diesem Grund keinerlei Ausführungen zu dem „Endschaden“ bei Vertragsschluss. Aus diesem Grund enthält das Urteil des Tatrichters in diesem Fall nicht einmal Mindestfeststellungen zu dem Vermögensschaden, den der Bundesgerichtshof für gegeben ansieht. Dieses Problem löst der 3. Strafsenat kurzerhand dadurch, dass im vorliegenden Fall auf einer Expertenschätzung beruhenden Mindestfeststellungen aus Gründen der Strafzumessung „nicht geboten“ gewesen seien.<sup>56</sup> Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass es durchaus Fälle gibt, in denen es nicht einmal geboten sein soll, bei einem Betrugsfall Mindestfeststellungen zur Schadenshöhe zu treffen.

## 2. Mindestfeststellungen als unterste Grenze

Dieser Ansatz des 3. Strafsenats widerspricht der ständigen Rechtsprechung, wonach „Mindestfeststellungen“ zur Schadenshöhe erforderlich sind, wenn die genaue Schadenshöhe nicht ermittelt werden kann. Im vorliegenden Fall hat aber das Tatgericht weder die genaue Höhe des Schadens ermittelt, noch Mindestfeststellungen getroffen. Der Begriff der „Mindestfeststellungen“ beinhaltet jedoch denklösig, dass sämtliche Feststellungen unterhalb dieser Grenze rechtlich nicht mehr akzeptabel sind. Es geht um das Mindeste, was noch zu tolerieren ist, in dem Wissen, dass es bereits eine erhebliche Einschränkung darstellt. Wenn im Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf „Mindestfeststellungen“ zur Schadenshöhe nicht vorhanden sind – bzw. andere Feststellungen zu einem (nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht maßgeblichen) Gefährdungsschaden – fehlt es an der Tatsachenbasis für eine darauf zu stützende Verurteilung und damit an einer Grundvoraussetzung für ein strafrechtliches Urteil.

Es ist nicht möglich, auf Mindestfeststellungen zur Schadenshöhe zu verzichten, nur weil diese bei der Strafzumessung nicht ins Gewicht fallen – so wie dies der 3. Strafsenat im angegriffenen Urteil getan hat. Mindestfeststellungen sind verfassungsrechtlich geboten, um sicherzustellen, dass ein Vermögensschaden und damit der Tatbestand der Strafnorm überhaupt vorliegt. Ohne Mindestfeststellungen zum Schadensumfang ist eine Beurteilung darüber, **ob** ein Vermögensschaden vorliegt, nicht denkbar. Die Klärung des Vorliegens ist eine Frage im Rahmen der Schuldfeststellung, die nicht mit dem Argument zur Seite gewischt werden kann, dass sie im Rahmen der Strafzumessung aus Gründen des Einzelfalles keine entscheidende Bedeutung hat. Es wird somit von Seiten des 3. Strafsenats eine Art Zirkelschluss geboten, indem ein Vermögensschaden festgestellt wird, ohne zu dessen Höhe etwas sagen zu können, und dann die Schwierigkeit der Ermittlung der Schadenshöhe als unerheblich bezeichnet wird, weil ja bereits das Vorliegen des Schadens feststehe.

Der 1. Strafsenat spricht in der Entscheidung vom 18.2.2009 dagegen ausdrücklich von der „Notwendigkeit, den mit der Vermögensverfügung unmittelbar real eingetretenen Schaden zu bewerten und zu benennen“. Dies zwingt – gegenüber der Rechtsfigur des Gefährdungsschadens – „zur

<sup>56</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 163.

Klarheit und vermeidet Grenzüberschreitungen.“<sup>57</sup> Die hier angemahnte „Notwendigkeit der Bewertung und Benennung des Schadens“ findet sich in dem Urteil des 3. Strafsenats vom 14.08.2009 nicht wieder, wo nicht einmal „Mindestfeststellungen“ über die Höhe des Vermögensschadens geboten gewesen sein sollen. Es ließe sich sogar behaupten, genau das Gegenteil des vom 1. Strafsenat Angemahnten ist hier praktiziert worden: es besteht weder Klarheit, worin der Vermögensschaden zu sehen ist, noch kann die Gefahr von Grenzüberschreitung ausgeschlossen werden. Insofern liegt deutlich eine Grenzüberschreitung mit verfassungsrechtlichen Dimensionen vor.

## 3. Die Möglichkeit des Nichtschadens

Nähme man einmal an, es würden tatsächlich von einem Tatrichter in einem solchen Fall die Sachverständigen aus den Gebieten der Versicherungsmathematik bzw. der Versicherungsökonomie und/oder des Bilanzwesens geladen, um endlich festzustellen, wie hoch der den Versicherungsunternehmen zugefügte Vermögensschaden nun wirklich ist.<sup>58</sup> Und man käme zu dem – aus Sicht der Verfasser nicht sonderlich überraschenden – Ergebnis, dass den Gesellschaften durch den Vertragsschluss (noch) gar kein finanzieller Schaden bzw. ein geringer, jedoch nicht stoffgleicher Schaden im Sinne des § 263 StGB entstanden ist.<sup>59</sup> Ein solches Ergebnis wäre schon deshalb rechtlich nicht überraschend, weil es im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1985 steht, wonach ein Vermögensschaden bei den Gesellschaften allein durch den Vertragsschluss nicht gegeben ist. Wenn aber kein Vermögensschaden vorliegt, kommt allenfalls Versuch in Betracht, den der 3. Strafsenat jedoch zu Recht im Hinblick auf das fehlende unmittelbare Ansetzen ablehnt.<sup>60</sup> Diesem möglichen Dilemma geht der 3. Strafsenat aus dem Weg, indem er eine Ermittlung der Schadenshöhe für nicht geboten hält. Die Bundesrichter machen den zweiten Schritt vor dem ersten, wenn sie zunächst mit rein juristischen Argumenten einen wirtschaftlichen Schaden begründen, dessen Höhe sie dann nicht beziffern können. Es stellt sich die Frage, ob nicht erst einmal der Frage nachgegangen werden musste, in welchen Bereichen welche finanziellen Schäden auf Seiten der Versicherungen denn überhaupt möglich sind, bevor man zu der Feststellung gelangt, dass ein stoffgleicher Vermögensschaden vorliegt.

<sup>57</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318 Rn. 14.

<sup>58</sup> Vehement für die Feststellung von Schadenshöhe durch Sachverständige *Schlösser* NSTz 2009, 663, 666; dagegen spricht sich *Becker* HRRS 2009, 334, für die „Perspektive eines Nichtsachverständigen mit profunden wirtschaftlichen Kenntnissen, wie es ein Strafrichter idealtypischerweise“ sei, aus und argumentiert, dass eine Vermögensminderung, die nicht ohne einen Sachverständigen feststellbar ist, ein Indiz dafür sei, dass eben kein strafrechtlich relevanter Schaden vorliege.

<sup>59</sup> Die Antworten der Versicherungsgesellschaften auf das schriftliche Angebot des Versicherungsnehmers, den entstandenen Schaden auszugleichen, zeigen eindrucksvoll die Sicht der Dinge der „Geschädigten“: entweder wird ausdrücklich mitgeteilt, dass kein Schaden eingetreten sei oder aber auf eine Wiedergutmachung pauschal verzichtet.

<sup>60</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 172.



## 4. Schadenshöhe als Problem der Strafzumessung?

Die Höhe des Vermögensschadens beim Betrugstatbestand ist nicht allein für die Strafzumessung von Bedeutung. Unter bestimmten Umständen bestimmt die Höhe des Schadens sogar den Strafraum.

### a) Der auf die Erlangung geringwertiger Sachen gerichtete Betrug

Aus dem Umstand, dass eine Bezifferung des Schadens nicht vorgenommen worden ist, folgt die Möglichkeit, dass der eingetretene Vermögensschaden nur von geringem Wert sein könnte. Der 3. Strafsenat gibt vor, dass „der Tatrichter grundsätzlich unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung Mindestfeststellungen zu treffen“ hat.<sup>61</sup> Dies kann aber dazu führen, dass von dem Ergebnis ausgegangen werden muss „im Zweifel für die Geringwertigkeit“. Das führt zu der Problematik, dass der Betrugstatbestand in § 263 Abs. 4 StGB auf andere Regelungen verweist, die entsprechend geltend sollen.

Der Verweis auf § 248a StGB hat zur Folge, dass ein Betrug hinsichtlich eines geringwertigen Schadens nur auf einen Strafantrag oder bei einem besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung verfolgt werden kann.<sup>62</sup> Ist es aber unmöglich festzustellen, wie hoch der Schaden denn nun wirklich ist – und kann man insofern nicht sicher ausschließen, dass es sich um einen geringwertigen Schaden handelt – führt die Lösung des 3. Strafsenats dazu, dass es rechtlich unmöglich ist, § 248a StGB anzuwenden. Die faktische Unmöglichkeit der Umsetzung einer gesetzlichen Norm als Konsequenz einer höchstrichterlichen Rechtsprechung zeigt deutlich die Fehlerhaftigkeit dieses Verdikts.

Der Verweis auf § 243 Abs.2 StGB führt dazu, dass ein besonders schwerer Fall des Betruges gem. § 263 Abs.3 StGB ausgeschlossen ist, wenn es sich um einen geringwertigen Vermögensschaden handelt. Selbst wenn die Tat somit gewerbsmäßig oder von einer Bande verübt wird, verbleibt es bei dem ursprünglichen Strafraum.<sup>63</sup>

Liegt nun vorliegend ein Betrug vor, der sich auf eine Sache von geringem Wert bezog? Wenn man mit dem 3. Strafsenat allein den Vertragsabschluss als die zum „Endschaden“ führenden Straftat ansieht, so stellt sich die Frage, was der Wert eines Risikolebensversicherungsvertrags ist. Schließlich gibt es auch nach Auffassung des 3. Strafsenats „keine anerkannten Richtgrößen“<sup>64</sup> für die Be-

<sup>61</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 163.

<sup>62</sup> Im vorliegenden Fall waren vom OLG Düsseldorf weder Strafanträge der Unternehmen festgestellt worden noch jemals das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung vom Generalbundesanwalt ausgesprochen worden. Es stellt sich insofern die Frage, ob überhaupt wegen Betruges verurteilt werden durfte.

<sup>63</sup> Das OLG Düsseldorf und der Bundesgerichtshof waren sich einig über die Anwendung des § 263 Abs.3 StGB, auch wenn diese Strafraumverschiebung im Ergebnis keine Auswirkungen hatte.

<sup>64</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 890, Rn. 163.

wertung der Verpflichtung aus einem Versicherungsvertrag mit einem unredlichen Kunden. Nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Ansicht in der Literatur zum Diebstahl geringwertiger Sachen werden Gegenstände, die keinen messbaren objektiven Verkehrswert haben oder bei denen sich ihr Wert für den Täter in dem mit der Sachherrschaft verknüpften Wert funktioneller Möglichkeiten erschöpft, nicht als geringwertig angesehen.<sup>65</sup> Bei dem Erreichen eines Vertragsabschlusses könnte man möglicherweise auch von einem solchen „nicht messbaren“ Verkehrswert ausgehen. Allerdings stammen diese Erwägungen aus dem Bereich der Eigentumsdelikte, wo es auf einen messbaren Vermögenswert insoweit nicht unbedingt ankommt. Bei einer Vermögensstraftat ergibt sich jedoch die Tatbestandserfüllung gerade aus dem Umstand, dass ein (zur Bereicherung stoffgleicher) Vermögensschaden vorliegt.

### b) Die fehlende Möglichkeit der Schadenswiedergutmachung

Weitere unmittelbare Folge der Unmöglichkeit, einen Vermögensschaden festzustellen, ist spiegelbildlich, dass es auch unmöglich ist, den (angeblich) angerichteten Schaden wieder gut zu machen.

Die Schadenswiedergutmachung ist im Gesetz ausdrücklich als ein Kriterium der Strafzumessung genannt. In § 46 Abs.2 S.2 StGB heißt es, dass bei der Zumessung namentlich das Verhalten des Täters nach der Tat, „besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen“ in Betracht kommt. Hier wird also beim Nachtatverhalten das Bemühen um Schadenswiedergutmachung besonders hervorgehoben. Dieser Gedanke steckt weiterhin in § 46a StGB. Schon aufgrund dieser gesetzlichen Regelungen wird deutlich, dass der Ausgleich für den entstandenen Schaden als Strafzumessungskriterium von hoher Bedeutung ist.

In dem Fall des 1. Strafsenats, auf den sich das hiesige Urteil beruft,<sup>66</sup> ist die Rückzahlung des erhaltenen Geldes durch den Täuschenden ausdrücklich als ein Punkt gewertet worden, der für die Strafzumessung wichtig ist oder sogar ein Vorgehen gem. § 154 StPO zur Folge haben könne. Dabei ist jedoch zu sehen, dass es in diesem Fall auch grundsätzlich möglich war, den eingetretenen Schaden auszugleichen, um die Strafzumessung positiv zu beeinflussen. Der Getäuschte hatte eine bestimmte Summe an den Täuschenden übergeben; in dieser Höhe konnte der Täter den Schaden insoweit ausgleichen.

Es stellt sich die Frage, wie eine Wiedergutmachung des vom Bundesgerichtshof behaupteten Schadens im vorliegenden Fall überhaupt möglich sein könnte.

- Allein die Aufgabe der Tatausführung vor Mitteilung vom Tod des Versicherungsnehmers führt nicht zu „Schadenswiedergutmachung“. Stattdessen scheint es so zu sein, als ob die Aufgabe des Plans rechtlich den Schaden rückwirkend entfallen lässt, so dass keine Wiedergut-

<sup>65</sup> Vgl. Fischer (Fn. 8) § 248a Rn. 4.

<sup>66</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318.

machung, sondern eine nachträgliche Heilung des Schadens vorliegt. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vertrag dann bis zum Vertragsende erfüllt wird.

- Die Kündigung des Vertrages oder aber die Nichtzahlung weiterer Prämien mit der Konsequenz des Entfallens des Versicherungsschutzes und der weiteren Konsequenz der Unmöglichkeit der Auszahlung der Versicherungssumme ist im Grunde keine Schadenswiedergutmachung, sondern allein Schadensverhinderung hinsichtlich des zukünftigen „Erfüllungsschadens“
- Erst wenn es zu einer Auszahlung der Versicherungssumme kommt, ist eine Schadenswiedergutmachung problemlos möglich.

Die rechtliche Konstruktion des Schadensbegriffs im Revisionsurteil lässt damit im konkreten Fall keinen Raum für eine Schadenswiedergutmachung. Wenn es aber nicht die Möglichkeit der Schadenswiedergutmachung oder des Täter-Opfer-Ausgleiches gibt, obwohl dies nach den gesetzlichen Bestimmungen ein wichtiger Punkt bei der Strafzumessung ist, so zeigt auch dies, dass die Konstruktion des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs entscheidende dogmatische und verfassungsrechtliche Mängel hat, weil sie mit geltendem Strafrecht nicht vereinbar ist.

## VII. Fazit

Nach dem Urteil des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs soll bereits eine festgestellte „signifikante Erhöhung der Leistungswahrscheinlichkeit bereits bei Vertragsschluss“ einen Vermögensschaden darstellen.<sup>67</sup> Die Umschreibung „signifikante Erhöhung der Wahrscheinlich-

<sup>67</sup> Die weiteren dogmatischen Probleme des Falles – vor allem im Bereich der Bereicherungsabsicht oder der Stoffgleichheit –, die der 3. Strafsenat im Urteil nur gestreift hat, sind es wert, ebenfalls einmal genauer untersucht zu werden.

keit“ ist jedoch nichts anderes als eine andere Formulierung für den Begriff des „Gefährdungsschadens“. Der 3. Strafsenat betreibt insofern einen „Etikettenschwindel“ und löst sich vollends von der althergebrachten Betrugsdogmatik und dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff.<sup>68</sup> Dies führt im Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung dazu, dass die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung über Jahrzehnte für die Rechtsfigur des „Gefährdungsschadens“ entwickelt hat, nun nicht mehr zur Anwendung kommen und damit „abstrakte Vermögensgefährdungen“ ebenso unter diese neue Formulierung fallen können wie „konkrete Vermögensgefährdungen“.

Der Al-Qaida-Fall spielt an der Grenze zwischen einer „konkreten“ und einer „abstrakten“ Gefährdung und damit an der Grenze zwischen dem „noch nicht wirklichen“ und dem „wirklichen“ Vermögensschaden. Und genau diese Grenze verschiebt der 3. Strafsenat in diesem Urteil mithilfe der Formulierung der „signifikanten Erhöhung der Leistungswahrscheinlichkeit“ in Richtung einer ins Vorbereitungsstadium verlagerten Strafbarkeit. Dies widerspricht der Rechtsprechung sowohl des 1. Strafsenats<sup>69</sup>, auf die sich der 3. Strafsenat – zu Unrecht – ausdrücklich bezieht, als auch des Bundesverfassungsgerichts, das zuletzt im März 2009 (zum Untreuetatbestand) bekräftigt hat, dass Art. 103 Abs. 2 GG einer zu weiten Auslegung auch des Schadensbegriffs des § 263 Abs. 1 StGB entgegensteht.<sup>70</sup> Das Urteil des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs ist ein Beispiel für einen landläufigen Satz im anglo-amerikanischen Recht: „Hard cases make bad law.“

<sup>68</sup> Ransiek/Reichling (Fn. 25) stellen im Hinblick auf den Beschluss des 1. Strafsenats vom 18.02.2009 zunächst auch in den Raum, die Entscheidung sei eine „Mogelpackung“, um diesen Gesichtspunkt dann selbst zu widerlegen und der Entscheidung zuzustimmen. War es aber bei diesem Beschluss noch nachvollziehbar, in einer Auszahlung von Geld einen unmittelbaren Vermögensschaden zu sehen, so fehlt vorliegend eine dem entsprechende Vermögensverfügung.

<sup>69</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 318.

<sup>70</sup> BVerfG NStZ 2009, 560 (= HRRS 2009 Nr. 558).

# Verhandlung über die Entlassung des Zeugen und Augenscheinseinnahme in Abwesenheit des gemäß § 247 StPO entfernten Angeklagten als Fälle des absoluten Revisionsgrundes nach § 338 Nr. 5 StPO

Anmerkung zu dem Vorlagebeschluss BGH 5 StR 460/08 (HRRS 2009 Nr. 1060) sowie zu dem Urteil BGH 5 StR 530/08 vom 11. November 2009 (HRRS 2009 Nr. 1061)

Von PD Dr. Jochen Bung, M.A., Humboldt-Universität zu Berlin

Das Absolute ist nicht relativ.<sup>1</sup> Wer dennoch eine Relativierung unternimmt, muss zeigen, dass sie nicht den Grundgedanken des Absoluten verletzt. Das gilt nicht nur für den prominenten Fall der Würdegarantie des Grundgesetzes, sondern für alle „absolut“ gewährten Rechtspositionen und Verfahrensinstitute. Eine hervorgehobene Stellung haben zumal die absoluten Revisionsgründe der Strafprozessordnung. Ihr Grundgedanke ist, dass die Anfechtbarkeit eines Urteils wegen des Beruhens auf einer Gesetzesverletzung unwiderlegbar vermutet wird.<sup>2</sup> Diese absolute Vermutung ist dadurch gerechtfertigt, dass es um besonders schwere Rechtsverstöße geht, bei denen der Nachweis des Beruhens gleichwohl nur sehr schwer oder gar nicht geführt werden kann.<sup>3</sup>

Einen wichtigen Fall regelt § 338 Nr. 5 StPO, wonach ein Urteil „stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen [ist], wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft oder einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, stattgefunden hat“. Eine Person, deren Anwesenheit in der Hauptverhandlung das Gesetz vorschreibt, ist der Angeklagte, § 230 Abs. 1 StPO. Seine Anwesenheit hat normativ bekanntlich zwei Seiten, bedeutet zugleich Recht und Pflicht. Auf die Anwesenheitspflicht (vgl. § 231 StPO) oder das Verhältnis von Recht und Pflicht kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Das *Recht* des Angeklagten auf Anwesenheit im Verfahren ist im rechtsstaatlichen Strafprozess eine Selbstverständlichkeit und folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), dem Recht auf Verteidigung (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) und dem Interesse an der Wahrheitsermittlung.

Die Anwesenheit des Angeklagten ist überdies ein *Menschenrecht*: Nach Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR hat „[j]eder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte [...] das Recht, bei der Verhandlung anwesend zu sein und sich selbst zu verteidigen oder durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen“.<sup>5</sup>

Dieses grundlegende Recht auf *ununterbrochene* prozessuale Präsenz<sup>6</sup> kann nur in streng begrenzten Ausnahmefällen eingeschränkt werden.<sup>7</sup> Bedeutsam im deutschen Strafverfahren sind die Ausnahmen in § 247 StPO, wonach die Zeugenvernehmung in Abwesenheit des Angeklagten stattfinden kann, wenn durch die Anwesenheit des Angeklagten die Bereitschaft des Zeugen (oder Mitangeklagten) zur wahrheitsgemäßen Aussage oder das Wohl des (minderjährigen oder erwachsenen) Zeugen gefährdet ist, § 247 S. 1 und 2 StPO. In diesen Fällen „kann [das Gericht] anordnen, dass sich der Angeklagte während einer Vernehmung aus dem Sitzungszimmer entfernt“ (§ 247 S. 1 StPO).<sup>8</sup>

<sup>4</sup> BVerfG NJW 2007, 2977, 2979 = HRRS 2009 Nr. 647 m. Bespr. Gaede GA 2008, 394 ff.

<sup>5</sup> Zur Ableitung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in seinem Prozess vgl. z.B. EGMR, Krombach v. FRA, Rep. 2001-II, §§ 84 ff.; m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK (2007), S. 294 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Meyer-Gößner (Fn. 2), § 230 Rn. 5; HK-Julius, 3. Aufl. (2001), § 247 Rn. 1 (Neuaufgabe erschienen).

<sup>7</sup> Nach HK-Julius (Fn. 6), § 247 Rn. 1, handelt es sich bei § 247 StPO um „eine der rechtspolitisch sensibelsten Vorschriften der StPO [...], da das Gericht ermächtigt wird, den für eine wirksame Verteidigung unentbehrlichen Anspruch des Angeklagten auf ununterbrochene Teilnahme an der Hauptverhandlung [...] zu verkürzen, ohne das dies- wie z.B. in §§ 231 Abs. 2, 231a, 231b Folge eines verantwortlichen Handelns des Angeklagten wäre“.

<sup>8</sup> Zusätzlich normiert § 247 S. 3 StPO die Möglichkeit einer Entfernung des Angeklagten zu seinem eigenen Wohl „für

<sup>1</sup> Anders Herdegen, Das Absolute ist relativ, FAZ v. 18.12. 2008.

<sup>2</sup> Meyer-Gößner, StPO, 52. Aufl. (2009), § 338 Rn. 1 m.w.N.

<sup>3</sup> Vgl. Schroeder, Strafprozessrecht, 4. Aufl. (2007), § 32 Rn. 320.

## I. Prozessualer Status der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen

Ein Fall der Entfernung des Angeklagten aus Gründen des Zeugenschutzes liegt dem Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats vom 11. November 2009 BGH 5 StR 460/08<sup>9</sup> – zugrunde. In einem Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes war auf der Grundlage des § 247 S. 2 StPO die kindliche Zeugin und Nebenklägerin vor dem LG in Abwesenheit des Angeklagten vernommen worden. Der Vorlagebeschluss behandelt die Frage, ob die Fortdauer der Abwesenheit des Angeklagten während der Verhandlung über die Entlassung der Zeugin einen Verstoß gegen das Anwesenheitsrecht des Angeklagten (§ 230 Abs. 1 StPO) darstellt und eine auf Verletzung des § 247 StPO gestützte Verfahrensrüge gem. § 338 Nr. 5 StPO begründet.<sup>10</sup>

Voraussetzung für eine erfolgreiche Rüge ist hier, dass die Verhandlung über die Zeugenentlassung nicht mehr zur Vernehmung i.S.v. § 247 StPO gehört, hinsichtlich der ein zulässiger Ausschluss vorliegt, und dass es sich bei diesem Verfahrensvorgang um einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO handelt.<sup>11</sup> An der erforderlichen Wesentlichkeit kann im Hinblick auf den in Frage stehenden Vorgang kein Zweifel bestehen, denn als unwesentlich sind im Zusammenhang des § 247 StPO nur solche Teile der Hauptverhandlung anzusehen, die der Angeklagte auch im Falle seiner Anwesenheit nicht hätte beeinflussen können.<sup>12</sup> An einer solchen Einfluss-

die Dauer von Erörterungen über den Zustand des Angeklagten und die Behandlungsaussichten [...], wenn ein erheblicher Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist“. Zur Problematik dieses Ausnahmetatbestands im Hinblick auf die Angeklagtenautonomie siehe SK-Frister, 61. Lfg. (April 2009), § 247 Rn. 47.

<sup>9</sup> HRRS 2009 Nr. 1060.

<sup>10</sup> Für „offensichtlich unbegründet“ hält der Senat die Rüge der Fortdauer der Abwesenheit des Angeklagten bei der Verhandlung über die Vernehmung der Zeugin (HRRS 2009 Nr. 1060 Rz. 3), und zwar unter Berufung auf BGHSt 51, 81, wonach es nach der Abschaffung der Regelvernehmung an der Wesentlichkeit dieses Verhandlungsteils fehlen soll, wenn die Frage der Vernehmung eines unvernehmungspflichtigen Zeugen weder kontrovers erörtert noch zum Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO gemacht wurde, vgl. dazu KK-Diemer, 6. Aufl. (2008), § 247 Rn. 7; Meyer-Göfner (Fn. 2), § 247 Rn. 20. Zustimmung zu dieser Rechtsprechungsänderung Müller JR 2007, 79, krit. dagegen SK-Frister (Fn. 8), § 247 Rn. 85 mit dem überzeugenden Hinweis, dass ein Einfluss des Angeklagten auf die gem. § 59 Abs. 1 S. 1 StPO als Ermessensentscheidung ausgestaltete Entscheidung des Vorsitzenden „durchaus denkbar ist“, womit das Wesentlichkeitserfordernis erfüllt ist. Daher überzeugt die Schlussfolgerung von Frister, a.a.O., wonach die Entscheidung über die Vernehmung des Zeugen unverändert stets als wesentlicher Hauptverhandlungsteil i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO anzusehen ist.

<sup>11</sup> Zum Erfordernis der Wesentlichkeit des Hauptverhandlungsteils im Zusammenhang des § 247 StPO vgl. LR-Gollwitzer, 25. Aufl. (2001), § 247 Rn. 53; KK-Diemer (Fn. 10), § 247 Rn. 16; SK-Frister (Fn. 8), § 247 Rn. 80.

<sup>12</sup> BGH NStZ 1986, 133; 1987, 335. Zur Begründung der Nichtanwendbarkeit des § 338 StPO, wenn das Beruhen

losigkeit fehlt es im Fall der Entlassungsverhandlung jedoch schon aus gesetzlichen Gründen, nämlich durch die von § 248 S. 2 StPO vorgeschriebene Anhörung des Angeklagten über die Entlassung, die dem Angeklagten rechtliches Gehör gewähren und sein Fragerecht (§ 240 Abs. 2 StPO) sichern soll.<sup>13</sup> Zwar soll nach zum Teil vertretener Ansicht die Wesentlichkeit entfallen, wenn der Angeklagte ausdrücklich oder konkludent auf Fragen an den Zeugen verzichtet<sup>14</sup>, doch begegnet diese Auffassung durchgreifenden Bedenken, weil in den Konstellationen der Verletzung des § 247 StPO niemals auszuschließen ist, dass der (nachträgliche) Verzicht des Angeklagten auf die Wahrnehmung seines Fragerechts auf einem Wissensmangel beruht, der auf die notwendigerweise selektive Unterrichtung gem. § 247 S. 4 StPO zurückzuführen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung und nahezu unangefochtener Ansicht in der Literatur besteht auch kein Zweifel, dass die Verhandlung über die Entlassung des Zeugen nicht dem Vernehmungsbegriff des § 247 StPO unterfällt.<sup>15</sup> Es besteht grundsätzlich Einigkeit, dass § 247 StPO als Ausnahmebestimmung eng auszulegen ist.<sup>16</sup> Die Entfernungsanordnung kann sich auch auf eine einzige Frage an den Zeugen erstrecken<sup>17</sup>, nach deren Beantwortung der Angeklagte sofort wieder zuzulassen ist. Zwar findet sich die Umschreibung, wonach sich der Ausschluss auf alle Verfahrensvorgänge bezieht, die mit der Vernehmung in enger Verbindung stehen oder sich daraus entwickeln.<sup>18</sup> Doch darf dies nicht in dem Sinne missverstanden werden, als könnten dem Vernehmungsbegriff Verfahrensvorgänge mit selbständiger verfahrensrechtlicher Bedeutung subsumiert werden.<sup>19</sup> Gegen dieses Missverständnis ist in solchen Fällen der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO gegeben.

des Urteils auf dem Mangel „denkgesetzlich“ ausgeschlossen ist, Meyer-Göfner (Fn. 2), § 338 Rn. 36.

<sup>13</sup> SK-Frister (Fn. 8), § 247 Rn. 86, vgl. schon RGSt 46, 196, 198.

<sup>14</sup> BGH NJW 1986, 267; 1998, 2541, offen gelassen in BGH StV 2000, 238; weitere Nachweise bei SK-Frister (Fn. 8), § 247 Rn. 86 Fn. 280; vgl. auch KK-Diemer (Fn. 10), § 247 Rn. 16.

<sup>15</sup> BGH NJW 1986, 267; BGH NStZ 1995, 667; BGH StV 1996, 471; BGH StV 1996, 530; BGH StV 1997, 511; weitere Nachweise bei LR-Gollwitzer (Fn. 11), § 247 Rn. 53 Fn. 141.

<sup>16</sup> BGHSt 15, 194, 195; 21, 333, 333; 22, 18, 20; 26, 218, 220. Weitere Nachweise bei Meyer-Göfner (Fn. 2), § 247 Rn. 1. Nach LR-Gollwitzer (Fn. 11), § 247 Rn. 4, ist § 247 „[e]iner ausdehnenden Auslegung [...] grundsätzlich nicht zugänglich“, vgl. auch BGHSt 15, 195 wonach keine erweiternde Auslegung von Vorschriften zulässig ist, die das Anwesenheitsprinzip durchbrechen.

<sup>17</sup> BGH MDR 1975, 544: Entfernung im Umfang von „dreieinhalb Zeilen des Protokolls“.

<sup>18</sup> Aus BGH MDR 1975, 544 geht allerdings ganz deutlich hervor, dass diese Formel gerade nicht als erweiternde Lesart des Vernehmungsbegriffs angelegt ist.

<sup>19</sup> Meyer-Göfner (Fn. 2), § 247 Rn. 6.

## II. Die Anfragebeschlüsse BGH 5 StR 460/08 und BGH 5 StR 530/08 vom 10. März 2009

Diese gut begründete und fest etablierte Rechtsprechung möchte der 5. Strafsenat des BGH ändern. Der Änderungswunsch artikuliert sich im Wesentlichen entlang zweier Argumentationslinien. Zum einen wird der Vorschlag einer erweiternden Lesart des Vernehmungsbegriffs in § 247 StPO gemacht. Zum anderen wird für die Möglichkeit der Heilung von Verfahrensfehlern im Zusammenhang der sich an die Wiederzulassung des Angeklagten unmittelbar anschließenden Unterrichtung gem. § 247 S. 4 StPO argumentiert, wobei es dem Senat vor allem darauf ankommt, dass Verletzungen der Unterrichtungspflicht nach § 247 S. 4 StPO lediglich eine Revision unter Rückgriff auf einen relativen Revisionsgrund nach § 337 StPO stützen.<sup>20</sup> Argumentationsstrategisch handelt es sich damit um eine Kombination aus direktem Angriff und Umgehungstaktik.

Die Argumente des 5. Strafsenats gehen auf eine Konzeption zurück, die *Basdorf* bereits in seinem Beitrag zur *Salger-Festschrift* 1995 dargelegt hat.<sup>21</sup> Sie sind in zwei Anfragebeschlüssen des 5. Strafsenats vom 10. März 2009 den anderen Senaten vorgelegt worden<sup>22</sup> und haben bereits eine kritische Resonanz in der Literatur gefunden.<sup>23</sup> Lediglich der 1. Strafsenat hat sich den Argumenten des 5. Senats angeschlossen, während in den Stellungnahmen des 2., 3. und 4. Strafsenats – mit z.T. variiertender Argumentation – Skepsis und Ablehnung überwiegen.<sup>24</sup> Deswegen hat der 5. Strafsenat nun dem Großen Senat für Strafsachen gem. § 132 Abs. 2 GVG die Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt, 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 [begründet]“. In der thematisch eng damit zusammenhängenden Rechtsfrage des Anfragebeschlusses 5 StR 530/08 (absoluter Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO bei Augenscheinseinnahme in Abwesenheit des gemäß § 247 StPO entfernten Angeklagten?) wurde von einer Divergenzvorlage abgesehen. Vergleicht man die Argumentation des Vorlagebeschlusses mit der Darstellung im Anfrageverfahren hat der vorliegende Senat seine Argumentation auf die kritischen Einwände zumindest teil-

<sup>20</sup> Dass die unterlassene, verspätete oder unzureichende Unterrichtung des Angeklagten nur nach § 337 StPO gerügt werden kann, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, BVerfG NJW 2002, 814; vgl. SK-Frister (Fn. 8), § 247 Rn. 89.

<sup>21</sup> *Basdorf*, Reformbedürftigkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 247 StPO, *Salger-FS* (1995), S. 203.

<sup>22</sup> BGH 5 StR 460/08, Beschluss v. 10.03.2009, HRRS 2009 Nr. 719 = StV 2009, 342; BGH 5 StR 530/08, Beschluss v. 10.03.2009, StV 2009, 226

<sup>23</sup> *Eisenberg* StV 2009, 344; *Schlothauer* StV 2009, 228; s. auch *Wölky* StraFo 2009, 397.

<sup>24</sup> BGH 1 ARs 6/09, Beschluss v. 22.04.2009, HRRS 2009 Nr. 836; BGH 2 ARs 138/09, Beschluss v. 17.06.2009, HRRS 2009 Nr. 759; BGH 3 ARs 7/09, Beschluss v. 07.07.2009, HRRS 2009 Nr. 887; BGH 4 ARs 6/09, Beschluss v. 25.08.2009, HRRS 2009 Nr. 865.

weise eingestellt. Gleichwohl bleiben die Argumente und damit auch die Einwände gegen den Vorschlag einer revisionsrechtlichen Neubehandlung des § 247 StPO im Kern unverändert bestehen.

Im Mittelpunkt der Anfragebeschlüsse steht noch die Idee, den Vernehmungsbegriff in Analogie zu der im Kontext des § 338 Nr. 6 StPO entwickelten „Zusammenhangsformel“ zu konzipieren. Bei Rügen nach § 338 Nr. 6 StPO, mit denen ein zu weit gehender Ausschluss der Öffentlichkeit beanstandet wird, wenn dieser gem. § 171a bis § 172 GVG für die Dauer einer Vernehmung erfolgt ist, folgt die Rechtsprechung bislang einer Auffassung, wonach zur „Vernehmung“ alle Verfahrensabschnitte zu rechnen sind, die mit der eigentlichen Vernehmung eng in Zusammenhang stehen oder sich aus ihr entwickeln.<sup>25</sup> Wenn die Wiederzulassung der Öffentlichkeit erst nach Entlassung des Zeugen im Lichte der Zusammenhangsformel noch rechtzeitig erfolge, dann sei eine solche Auslegung auch für § 338 Nr. 5 i.V.m. § 247 StPO „sachgerecht“.<sup>26</sup>

Diese Auffassung, wonach Verfahrensabschnitte mit selbständiger verfahrensrechtlicher Bedeutung noch dem Vernehmungsbegriff des § 247 StPO zugeschlagen werden können, ist nicht haltbar. Dabei kann dahin stehen, ob dies schon aus einem Wortlautargument folgt, wie der 2. und der 3. Strafsenat zu bedenken geben<sup>27</sup> oder ob das Wortlautargument, wie aus den Ausführungen des 4. Strafsenats hervorgeht, noch nicht hinreicht.<sup>28</sup> Jedenfalls aus der Systematik, nämlich insbesondere der Norm des § 248 StPO sowie der spezifischen Unterrichtungspflicht gem. § 247 S. 4 StPO, vor allem aber der normativ völlig unterschiedlichen Bedeutungen der Öffentlichkeitspräsenz und der Angeklagtenpräsenz, die ja wesentlich auch einen *partizipativen* Sinn hat,<sup>29</sup> ist die analoge Anwendung des im Kontext des § 338 Nr. 6 StPO gebräuchlichen Zusammenhangsarguments zurückzuweisen.<sup>30</sup>

## III. Der Vorlagebeschluss BGH 5 StR 460/08 vom 11. November 2009

Unter dem Eindruck der Einwände des 2., 3. und 4. Strafsenats nimmt sich die Argumentation im Vorlagebe-

<sup>25</sup> BGH 5 StR 460/08, Beschluss v. 10.03.2009, HRRS 2009 Nr. 719 = StV 2009, 342 Rz. 7; BGH 5 StR 530/08, Beschluss v. 10.03.2009, HRRS 2009 Nr. 720 = StV 2009, 227 Rz. 6; jeweils m.w.N.

<sup>26</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 719 Rn. 7.

<sup>27</sup> BGH 2 ARs 138/09, Beschluss v. 17.06.2009, HRRS Nr. 719 Rz. 4 und 6; BGH 3 ARs 7/09, Beschluss v. 07.07.2009, HRRS 2009 Nr. 887 Rz. 8: „Die Erhebung von Sachbeweisen in Abwesenheit des nach § 247 StPO ausgeschlossenen Angeklagten ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht zulässig.“

<sup>28</sup> BGH 4 ARs 6/09, Beschluss v. 25.08.2009, HRRS 2009 Nr. 865, äußert die Ansicht, „dass der Wortlaut des § 247 StPO der vom 5. Strafsenat beabsichtigten weiten Auslegung des Vernehmungsbegriffs nicht entgegensteht“.

<sup>29</sup> Siehe zu dieser vom EGMR sehr deutlich gemachten Bedeutung der Teilhabe ermöglichenden Anwesenheit m.w.N. *Gaede* (Fn. 5), S. 294 ff., 299 ff.

<sup>30</sup> So im Ergebnis übereinstimmend auch der 2., 3. und 4. Strafsenat in den genannten Beschlüssen im Anfrageverfahren.

schluss etwas zurück, wenngleich der 5. Strafsenat der vorgetragenen Auffassung zur analogen Anwendung der Zusammenhangsformel „ungeachtet unterschiedlicher Wertigkeit von Angeklagten- und Öffentlichkeitspräsenz und abweichenden Wortlauts der Ausschließungsnormen unverändert zuneigt“<sup>31</sup>. Im Vorlagebeschluss geht der Senat „insoweit lediglich von einer etwas engeren Auslegung des Vernehmungsbegriffs, als von ihm noch in dem Anfragebeschluss zugrunde gelegt, aus“<sup>32</sup>. Die Kriterien des „etwas engeren“ Vernehmungsbegriffs beschränken sich allerdings auf die Darlegung, dass der Begriff der Vernehmung in verschiedenen Zusammenhängen der Strafprozessordnung Verschiedenes bedeutet (Abschnitt 4.a des Beschlusses). Wichtiger für den Fortgang der Argumentation wird nunmehr die erwähnte zweite Argumentationslinie, wonach das Eingreifen des absoluten Revisionsgrundes nach § 338 Nr. 5 StPO für Fälle der Verletzung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten im Kontext des § 247 StPO schon deswegen nicht erforderlich sei, weil die Verletzung der Anwesenheit im Rahmen der Unterrichtung nach § 247 S. 4 StPO geheilt werden und eine Verletzung der Unterrichtungspflicht nur über § 337 StPO gerügt werden könne. Insbesondere könne die unzulässige Verkürzung des Fragerechts des Angeklagten durch vorzeitige Entlassung des Zeugen dadurch geheilt werden, dass im Rahmen der Unterrichtung gem. § 247 S. 4 StPO die Möglichkeit eingeräumt wird, das Fragerecht im Wege der erneuten Vorladung des Zeugen nachzuholen. Der Senat resümiert: „Danach entfällt jedes Bedürfnis, unter Annahme eines absoluten Revisionsgrundes wegen Nichtmitwirkung an einem effektivem Verteidigungshandeln lediglich vorgelagerten Formalakt [gemeint ist § 248 S. 2 StPO] ein ansonsten fehlerfreies Urteil aufheben zu müssen.“<sup>33</sup>

Dieses Ergebnis und seine Begründung – letztlich: der Spurwechsel vom weiten Vernehmungsbegriff zu einem Begriff der Unterrichtung, der im Anschluss an den Gedanken der Heilung von Verfahrensfehlern offenkundig als Surrogat des weiten Vernehmungsbegriffs in Stellung gebracht wird – können nicht überzeugen. Die Reduzierung des absoluten auf einen relativen Revisionsgrund stellt keine ausreichende Kompensation für die aus der einschneidenden Rechtsbeschränkung einer Anordnung nach § 247 StPO hervorgehenden Risiken für den Angeklagten dar, zumal diese Anordnung selbst schon gemäß Art. 6 EMRK sehr fragwürdig ist und daher keine engerzige Handhabung ihrer Revisibilität verträgt.<sup>34</sup> Der 5. Strafsenat sieht dies offenkundig anders: „Der Gesetzgeber hat die grundlegende Beschneidung des Anwesenheitsrechts des Angeklagten mit § 247 StPO in weitem Maße dem tatgerichtlichen Ermessen überantwortet [...]. Hierdurch bleibt der Angeklagte oftmals von den ganz entscheidenden, ihn belastenden Passagen der Hauptverhandlung ausgeschlossen [...]. Eine unzulängliche Unterrichtung des Angeklagten ist nur unter außerordentlich engen Voraussetzungen, insbesondere bezogen auf die inhaltlichen Mängel, über einen relativen Revisions-

grund zu beanstanden [...] Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht angemessen, die Position des (lediglich) verspätet [nämlich nach der Entlassung des Zeugen] unterrichteten Angeklagten gemäß der bisherigen Rechtsprechung durch den absoluten Revisionsgrund ohne Rücksicht darauf zu verstärken, ob er von seinem Fragerecht überhaupt Gebrauch machen wollte.“<sup>35</sup>

Diese Argumentation überzeugt nicht, denn gerade „vor diesem Hintergrund“, nämlich der Gefahr einer verfahrensfehlerhaft bewirkten Vereitelung des Fragerechts des Beschuldigten, kann es nicht ausschließlich darauf ankommen, was der Angeklagte will, denn vielleicht kann er gar nicht wissen, was er will, weil er wegen seiner Entfernung aus der Verhandlung und der anschließenden selektiven Unterrichtung *aktuell* nicht genug weiß. Die Vereitelung des Fragerechts durch den Verstoß gegen § 247 StPO bedeutet immer die Gefahr, dass der Angeklagte gar nicht imstande ist, eine vollverantwortliche Entscheidung darüber zu treffen, ob er von seinem Fragerecht Gebrauch machen soll oder nicht.

Diese spezielle Frage müsste noch ausführlicher erörtert werden. Überwiegend wird nämlich angenommen, dass Verletzungen des § 247 StPO durch eine Verzichtserklärung des Angeklagten geheilt werden können.<sup>36</sup> So argumentiert der 4. Strafsenat in dem Anfrageverfahren, eine Heilung könne „dadurch erfolgen, dass der Angeklagte auf ausdrückliches Befragen [im Anschluss an seine Unterrichtung nach § 247 S. 4 StPO] mitteilt, keine Fragen mehr an den bereits entlassenen Zeugen stellen zu wollen.“<sup>37</sup> Auf der anderen Seite macht der Senat unmissverständlich deutlich, dass er nicht bereit ist, auf die Absicherung des durch einen Verstoß gegen § 247 StPO bedrohten Fragerechts des Angeklagten durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO zu verzichten „Wird dem Angeklagten die Möglichkeit das Fragerecht auszuüben nach der Entlassung des Zeugen nicht eingeräumt [...], muss es bei dem absoluten Revisionsgrund verbleiben.“<sup>38</sup> Denn die Herabstufung zu einem relativen Revisionsgrund würde „dem fundamentalen Recht des Angeklagten nicht gerecht, nicht ohne übergeordnete Gründe von der Verhandlung über seine Strafsache ausgeschlossen zu werden“<sup>39</sup>.

#### IV. Heilung von Verfahrensfehlern durch unvollständige Wiederholung (BGH 5 StR 530/08)?

Den Gedanken der Heilung von Verfahrensfehlern muss man im vorliegenden Zusammenhang einer genaueren Betrachtung unterziehen, damit man nicht vorschnell dem schönen Klang der Rede von Heilung erliegt. Heilung von Verfahrensfehlern mit der Folge, dass das revisionsbegründende Beruhen entfällt, ist grundsätzlich nur unter der Voraussetzung einer vollständigen Wiederho-

<sup>31</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 1060 Rz. 14.

<sup>32</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 1060 Rz. 16.

<sup>33</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 1060 Rz. 19.

<sup>34</sup> Zur Vereinbarkeit des § 247 StPO mit Art. 6 EMRK vgl. statt vieler krit. m.w.N. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 675 ff.

<sup>35</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 1060 Rz. 20 f.

<sup>36</sup> Für den Fall der Verhandlung über die Zeugenentlassung vgl. die Hinweise bei SK-Frister (Fn. 8), § 247 Rn. 86, insbes. Fn. 280.

<sup>37</sup> BGH 4 ARs 6/09, Beschluss v. 25.08.2009, HRRS 2009 Nr. 865 Rz. 7.

<sup>38</sup> Ebd.

<sup>39</sup> Ebd.

lung des fehlerhaften Verfahrensvorgangs „in einwandfreier Form“ akzeptabel.<sup>40</sup> Auch von diesem Prinzip möchte der 5. Strafsenat abrücken. Er schlägt eine neue Linie vor, nach der zur wirksamen Heilung keine vollständige Wiederholung des Verfahrensvorgangs erforderlich ist. Das wird deutlich im Zusammenhang der Frage nach der Revisibilität einer in Abwesenheit des nach § 247 StPO entfernten Angeklagten durchgeführten Augenscheinseinnahme, also der Rechtsfrage des Anfragebeschlusses 5 StR 530/08 vom 10. März 2009. Der 5. Strafsenat hielt insoweit eine Divergenzvorlage an den Großen Senat nicht für erforderlich, weil er der Ansicht ist, zumindest sei der (mögliche) Verfahrensfehler geheilt, wenn dem Angeklagten – wie im vorliegenden Fall geschehen – das Augenscheinobjekt im Rahmen der Unterrichtung nach § 247 S. 4 StPO gezeigt wird.

Auch diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen, weil ihr, wie *Schlothauer* in einer Anmerkung zu dem Anfragebeschluss hervorgehoben hat, „ein rein mechanisches bzw. rechtstechnisches Verständnis des Beweiserhebungsakts der Augenscheinseinnahme“<sup>41</sup> zugrunde liegt. Der Beitrag des Augenscheinobjekts zur prozessualen Wahrheit erschließt sich nicht in der privaten nachträglichen Besichtigung. Das Augenscheinobjekt zeigt sich entgegen einer verbreiteten Fehlvorstellung nicht von sich selbst her, sondern ist deutungsabhängiger Bezugspunkt einer Kommunikation über seinen Beweiswert, von welcher der Angeklagte endgültig ausgeschlossen bleibt, wenn man eine „Heilung“ durch nachträgliches Besichtigenlassen im Rahmen des § 247 S. 4 StPO annimmt.

In diesem Zusammenhang bezieht der 3. Strafsenat deutlich Stellung, wenn er hervorhebt, „dass die Verwertung des in Abwesenheit des Angeklagten erhobenen Augenscheinbeweises nur dann statthaft ist, wenn die Augenscheinseinnahme in Anwesenheit des Angeklagten und auch im Übrigen fehlerfrei wiederholt wird, der Beweisgegenstand als solcher damit ordnungsgemäß in die Verhandlung eingeführt wird“<sup>42</sup>. Der vom anfragenden Senat vorgeschlagene Weg sei jedenfalls „keine fehlerfreie Wiederholung der Beweisaufnahme“<sup>43</sup>.

Der 5. Strafsenat weist dieses Argument ebenso wie die vom 3. Strafsenat ausgesprochene Empfehlung einer Vorlage an den Großen Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache nach § 132 Abs. 4 GVG zurück und begründet dies mit der nicht weiter belegten Feststellung, er sehe „bei Annahme einer Heilung in Form des hier in Frage stehenden Vorgehens keine Anhaltspunkte

für ernste rechtsstaatliche Defizite“<sup>44</sup>, die Gefahr drohe vielmehr von der Fortführung der „bisherigen überformalen Rechtsprechung“<sup>45</sup>. Auch die Anregung des 3. Strafsenats, das Verhältnis des § 338 Nr. 5 und Nr. 6 StPO in umgekehrter Richtung zu konzipieren, also sich von den strengeren Anforderungen des § 338 Nr. 5 i.V.m. § 247 StPO zu einer Aufgabe der Zusammenhangsformel bei § 338 Nr. 6 StPO bewegen zu lassen, folgt der 5. Strafsenat (erwartbar) nicht.<sup>46</sup>

## V. Abschließende Stellungnahme

Das Urteil und der Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats vom 11. November 2009 werfen außer den behandelten eher prozessrechtsdogmatischen weitere, überwiegend kriminalpolitische Fragen auf, die hier nicht behandelt, aber wenigstens angesprochen werden sollen. Der 5. Strafsenat argumentiert in einer bedenklich selbstverständlichen Weise aus dem in der kriminalpolitischen Diskussion häufig gebrauchten und nicht selten instrumentalisierten Schlagwort des Zeugen- und Opferschutzes.<sup>47</sup> Es steht zu befürchten, dass sich der Topos vom Zeugen- und Opferschutz in ähnlicher Weise wie jener der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege zu einer Art Generalklausel zum Abbau von Beschuldigteninteressen etabliert. Was den Funktionstüchtigkeitstopos betrifft, spricht der 5. Strafsenat ohnehin eine klare Sprache, wenn er das Erfordernis der „zügigen Verfahrensförderung“ und „Belange einer stringenter Gestaltung der Hauptverhandlung“ gegen die Fortführung der „bisherigen überformalen Rechtsprechung“ geltend macht. Hier erscheint allerdings der Hinweis angebracht, dass die vom Senat aufgezeigte Heilungsprozedur sicherlich nicht zu einer besseren Verfahrensökonomie führt: Unterrichtung über die Möglichkeit der erneuten Ladung des Zeugen, erneute Ladung des Zeugen, evtl. wieder mit der Ausnahme des § 247 StPO usw. Es ist rein logisch – und damit im Ergebnis unvernünftig – eine unendliche Iteration dieses prozeduralen Modus denkbar. Demgegenüber erscheint es auch aus prozessökonomischen Gründen sinnvoller, es bei der Regelung zu belassen, die Anwesenheit des Angeklagten bei allen Verfahrenshandlungen die nicht zur Vernehmung im strengen Sinne des § 247 StPO gehören, konsequent und ausnahmslos durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO abzusichern.

Daher ist zu hoffen, dass der Große Senat sich auf den guten Grund der „Absolutheit“ der absoluten Revisionsgründe besinnt und eine Entscheidung gegen die vom 5. Strafsenat angeregte Änderung des Revisionsverständnisses trifft.

<sup>40</sup> *Meyer-Gößner*, StGB (Fn. 2), § 337 Rn. 39 m.w.N.; siehe in diesem Sinne auch zu Art. 6 EMRK, der die hier gegebenenfalls beeinträchtigten Rechte garantiert, *Gaede* (Fn. 5), S. 451 ff.: Heilung nur durch Verfahrenshandlungen, welche die Rechte nicht nur pro forma, sondern wirksam gewähren.

<sup>41</sup> *Schlothauer* StV 2009, 229.

<sup>42</sup> BGH 3 ARs 7/09, Beschluss v. 07.07.2009, HRRS 2009 Nr. 886 Rz. 6.

<sup>43</sup> Ebd.

<sup>44</sup> BGH HRRS 2009 Nr. 1061 Rz. 14.

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> A.a.O. Rz. 15.

<sup>47</sup> Dazu bereits krit. *Eisenberg* StV 2009, 345.

Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

# Schrifttum

**Stephan Werner. Zur Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung; Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien Band 106; Peter Lang Verlag; 216 S.; Diss. Frankfurt am Main; 39,00 € ; Frankfurt am Main 2008.**

Die Arbeit von *Stephan Werner*, die im Jahr 2006 an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. als Dissertation angenommen wurde, befasst sich auf 187 Seiten mit der oftmals für das ganze weitere Strafverfahren weichenstellenden polizeilichen Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren. Diese von Beginn an auf ein Über- und Unterordnungsverhältnis von Vernehmungsperson zu Beschuldigtem ausgerichtete Vernehmung stellt sich für den Betroffenen oftmals als eine Art „existenzielles Erlebnis“ dar.

Im ersten Teil der Untersuchung setzt sich *Werner* auf gut 60 Seiten mit den normativen Voraussetzungen von Verteidigerpräsenz im Ermittlungsverfahren auseinander. Dort werden im Rahmen einer Bestandsaufnahme alle erforderlichen rechtlichen Grundlagen für die nachfolgenden Betrachtungen geschaffen. Bei seiner Auseinandersetzung mit dem Wesen des Ermittlungsverfahrens geht *Werner* näher auf dessen Bedeutung, Prinzipien, Strukturen und Funktionen ein. Daran schließt sich – insbesondere unter dem Gesichtspunkt des verfassungsmäßig garantierten Rechts auf Verteidigerbeistand – eine umfassende Darstellung der rechtlichen Folgen, die für den Beschuldigten mit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens verbunden sind, an.

Im zweiten Teil setzt sich *Werner* dann mit der normativen Zielsetzung sowie der tatsächlichen Praxis polizeilicher Beschuldigtenvernehmungen auseinander. Der Fokus liegt dabei auf der Sozialpsychologie, wobei sowohl

die institutionellen Rahmenbedingungen als auch der Umstand, dass die polizeiliche Vernehmung einer Art Zwangskommunikation gleichkommt, thematisiert werden. *Werner* legt dort besonderes Augenmerk auf die polizeilichen Vernehmungsmethoden sowie -taktiken. Abgerundet wird dieser Teil der Untersuchung mit einer ausführlichen Analyse des polizeilichen Vernehmungsprotokolls als Produkt einer „ausgehandelten Wahrheit“, das aus vielerlei Gründen problembehaftet erscheint.

Im dritten und damit letzten Abschnitt findet sich eine Evaluierung zur Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung. Dort befasst sich *Werner* zudem mit den möglichen Argumenten und Gegenargumenten einer gesetzlichen Normierung der Verteidigeranwesenheit und kommt dabei zu dem Schluss, dass das Schaffen eines während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung bestehenden **Rechts** auf Verteidigeranwesenheit aus seiner Sicht als Endergebnis nicht ausreicht, sondern dass die Forderung vielmehr nur dahingehen kann, eine Verteidigeranwesenheits**pflicht** bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung gesetzlich zu verankern, „*sofern ein Fall vorliegt, in welchem der Beschuldigte wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage, wegen der Schwere mutmaßlicher Rechtsfolgen, wegen besonderer Behinderungen durch strafprozessuale Zwangsmaßnahmen oder wegen Fehlens oder fühlbarer Beeinträchtigung der sozialen Handlungskompetenz zu einer hinreichenden Wahrnehmung seine Rechte und Interessen nicht in der Lage ist*“ (S. 183).

Die nicht nur sprachlich gelungene und insbesondere im zweiten und dritten Teil sehr lesenswerte Untersuchung von *Werner* zeichnet sich vor allem durch die sozialpsychologische Analyse von polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen aus. An dieser Stelle muss insbesondere *Werners* verdienstvolle Analyse von polizeispezifischer Literatur, die in vielen Fällen der Öffentlichkeit nicht



direkt zugänglich ist, herausgestellt werden. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil er bei seinen näheren Betrachtungen Erkenntnisse über die Polizeiarbeit zutage fördert, die sich unmittelbar auf den Berufsalltag all derjenigen Personen auswirken, die mit polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen zu tun haben und damit gerade Strafverteidiger betreffen. Gerade jenen sei deshalb auch die Lektüre dieses Abschnitts dringend anempfohlen. Die Darstellung der vernehmungsspezifischen Fragetypen sowie polizeilichen Vernehmungsmethoden und -taktiken mag zwar nicht gänzlich abschließend sein, jedoch zweifelsohne den allergrößten Teil erfassen. Wer sich bislang noch nie darüber Gedanken gemacht hat, der wird nach der Lektüre sicherlich polizeilichen Vernehmungen bzw. Vernehmungsstilen wegen ihrer immensen und unmittelbaren Auswirkungen auf den Rechtsalltag größtmögliche Aufmerksamkeit entgegenbringen. Diejenigen, die derartiges schon immer als problematisch empfunden und kritisch beäugt haben, sehen sich nun wieder einmal – und dies wissenschaftlich aufbereitet – bestätigt.

Ausgehend von diesen Befunden stellt *Werner* fest, dass die vergleichsweise schwache Rechtstellung des Beschuldigten innerhalb des Ermittlungsverfahrens mit starken und stetig wachsenden Informations- und Handlungsmöglichkeiten von Polizei und Staatsanwaltschaft einhergeht. Dabei ist es den Polizeibehörden aus vielerlei Gründen gelungen, innerhalb des Ermittlungsverfahrens eine überaus dominante Position einzunehmen. In der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle liegen nämlich sowohl die Einleitung als auch die Durchführung und damit die faktische Sachleitung des Ermittlungsverfahrens nicht mehr wie eigentlich vorgesehen bei den Staatsanwaltschaften, sondern – entgegen der gesetzlichen Regelung – in Händen der Polizei. Weil ferner etwa 90 % der Vernehmungen durch die Polizei durchgeführt werden und richterliche bzw. staatsanwaltschaftliche Vernehmungen damit nur eine ganz marginale Rolle spielen und außerdem festzustellen ist, dass die Effizienz von polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsstilen zu einem Großteil von den Einwirkungsmöglichkeiten der Verteidigung auf die Verfahrensgestaltung abhängig ist, muss der Umstand, dass nach bestehender Gesetzeslage gerade im besonders wichtigen Stadium des Ermittlungsverfahrens die Anwesenheits-, Antrags- und Beteiligungsrechte des Beschuldigten am schwächsten ausgeprägt sind, Besorgnis erregen! Mit dieser schwachen Stellung des Beschuldigten korreliert natürlich auch das fehlende Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei den polizeilichen Vernehmungen.

*Werner* kann nachweisen, wie die aufgezeigten institutionellen Rahmenbedingungen in ein strukturell bedingtes Handlungsziel der Polizei münden, das auf die Erlangung eines Geständnisses des Beschuldigten abzielt. Vergewärtigt man sich dann noch die Tatsache, dass die zentralen Weichen für das gesamte Strafverfahren mittlerweile immer häufiger in dem von der Polizei beherrschten Ermittlungsverfahren gestellt werden, so muss die im Fair-Trail-Prinzip angelegte Beistandsfunktion des Verteidigers zukünftig bereits im Ermittlungsverfahren vollumfänglich zur Geltung kommen, damit alle dem Beschuldigten theoretisch zur Verfügung stehenden Verteidigungsmöglichkeiten voll ausgeschöpft werden

können, und, um auf diese Weise das für eine effektive Strafverteidigung erforderliche Gegengewicht zu den ermittelnden Polizeibeamten bilden zu können. Der Beschuldigte selbst wird dazu in der Regel aufgrund seiner juristischen Unkenntnis, emotionalen Befangenheit, persönlichen Betroffenheit sowie der daraus resultierenden mangelhaften Fähigkeit zur Artikulation und Selbstbehauptung nicht in der Lage sein. Der Verteidiger als professioneller Rechtsbeistand vermag hingegen die strukturellen und in der Natur der Sache liegenden Autonomiedefizite seines Mandanten zu kompensieren und ermöglicht seinem Mandanten so, seine ihm als Prozesssubjekt zustehenden Beschuldigtenrechte effektiv wahrzunehmen. Durch die Übernahme der dem Verteidiger gesetzlich zugewiesenen Funktion gelingt es diesem – als ein vom Gesetzgeber im dialektischen Prozess der Wahrheitsfindung bewusst einkalkuliertes Gegengewicht – den notwendigen Widerpart zum Vorbringen der Strafverfolgungsbehörden darzustellen und durch das Vorbringen von entlastenden Umständen den gegen seinen Mandanten seitens der Strafverfolgungsbehörden erhobenen Anschuldigungen etwas entgegenzusetzen. Nach *Werner* ist allein ein während der Beschuldigtenvernehmung anwesender Rechtsbeistand in der Lage, die zielgerichteten bzw. normorientierten Fragen der speziell geschulten, entsprechend professionell vorgehenden und zudem mit situativer Definitionsmacht versehenen Vernehmungsbeamten zu erkennen und angemessen darauf zu reagieren. Die Notwendigkeit eines solchen Gegengewichts weist *Werner* im Rahmen seiner empirischen Untersuchung nach und macht dabei die aus rechtsstaatlicher Sicht völlig unzureichende Einhaltung der Belehrungsvorschriften durch die Vernehmungsbeamten deutlich; ein Umstand übrigens, von dem Mandanten, die zum Zeitpunkt ihrer Vernehmung noch unverteidigt waren, regelmäßig berichten! Da die zwischen den Beteiligten bestehende Asymmetrie nach Ansicht von *Werner* nur durch einen während der polizeilichen Vernehmung anwesenden Verteidiger kompensiert werden kann, befasst er sich gegen Ende seiner Untersuchung noch eingehender mit sämtlichen gegen die gesetzliche Statuierung eines Verteidigeranwesenheitsrechts vorgebrachten Auffassungen und stellt dabei letztlich fest, dass diese im Ergebnis alle nicht verfangen. Im Gegenteil, wegen der sich bei den polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren ergebenden Ungleichgewichten und Verzerrungen kommt *Werner* zu dem zentralen, bereits oben erwähnten Ergebnis seiner Untersuchung, nämlich dass ein bloßes Recht auf Verteidigeranwesenheit nur schwerlich befriedigen könnte und fordert deshalb als Konsequenz seiner Studie, unter bestimmten Voraussetzungen, die den Fällen notwendiger Verteidigung gleichkommen, eine gesetzlich zu statuierende Verteidigeranwesenheitspflicht.

**Fazit:** Die Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung vermag sowohl formell als auch materiell unrichtigen Ermittlungsergebnissen – und damit im Ergebnis Fehlurteilen – entgegenzuwirken. Dabei beeinträchtigt der Verteidiger nicht die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, sondern trägt vielmehr durch die adäquate Ausübung seiner Rechte zur Ermittlung der objektiven Wahrheit bei. Das Bestehen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege beinhaltet die Überführung und Verurteilung des wahren Täters unter

Berücksichtigung aller Umstände, auch solcher, die den Verdächtigen entlasten. Auf diese hinzuweisen, ist vornehmste Aufgabe des Strafverteidigers. Er muss den Ermittlungsbehörden gegebenenfalls die konkreten Tatumstände und Tatbegebenheiten durch das Infragestellen der bisherigen Ermittlungsansätze sowie durch Präsentieren von möglichen Alternativen aufzeigen. Dabei ist mit Werner festzustellen, dass sich die Tätigkeit eines Strafverteidigers auf ein justizförmiges, rechtsstaatliches und damit gerechtes Verfahren richtet. Der Ausgang dieses Verfahrens wird durch die tatsächlichen Tatumstände bestimmt, die der Verteidiger mit Hilfe der ihm zustehenden Rechte darzulegen und in das justizielle Prozedere einzubringen versucht.

Werner stellt schließlich am Schluss seiner Ausführung wörtlich fest: „Das Strafverfahrensrecht verliert Würde und Rechtfertigung in dem Maße, in dem es seine Formulierungsleistung reduziert und zur Stabilisierung seiner Effektivität auf den Schutz von Freiheit, Inventionschancen und Handlungskompetenz der Betroffenen tendenziell verzichtet. (...) Wer die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege auf die bloße Steigerung der Effizienz bzw. auf die Erhöhung der Überführungsquote reduziert, verkürzt damit den sozial-ethischen Gesichtspunkt des Strafverfahrens auf dessen Technik und Technizität. (...) Da der Staat jedoch über einen intakten und effektiven Strafverfolgungsapparat verfügt, dem ebenso vielfältige wie weitreichende Untersuchungsmittel und –methoden zur

umfassenden Aufklärung von Straftaten zur Verfügung stehen, sind durch die Anwesenheit des Verteidigers hervorgerufene Lähmungserscheinungen der Verbrechenverfolgung nicht ernstlich zu befürchten. (...) Dies gilt umso mehr, wenn man sich ins Gedächtnis ruft, dass das Fehlen eines Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung zumindest ebenso geeignet ist, die Wahrheitsfindung zu behindern oder zu gefährden – nur eben zu Lasten des Beschuldigten. (...) Abschließend gilt es daher nochmals explizit hervorzuheben, dass der Verteidiger im Rechtsstreit kein systemwidriger, sondern ein ganz bewusst installierter „Störfaktor“ ist, der als Beistand des Beschuldigten die Übermacht des Staates kompensieren und verhindern soll, dass mit dem Beschuldigten „kurzer Prozess“ gemacht wird. (...) Strafverteidigung ist daher ihrer Konzeption nach nicht „professionelle Strafvereitelung“, sondern integraler Bestandteil des Rechtsstaats. (...) Gerade die Erfahrung, dass jeder Beschuldigte in einem Strafverfahren werden kann, sollte dazu beitragen, die Rechtsbeschränkung und Belastung, die einem Beschuldigten auferlegt werden, auf das zur Verdachtsklärung unerlässliche Maß zu begrenzen.“

Dem ist nichts hinzuzufügen!

**Marvin Schroth**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Karlsruhe

\*\*\*

## 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.

### **1. EGMR Nr. 19359/04 (5. Kammer) – Urteil vom 17. Dezember 2009 (M. v. Germany)**

Rückwirkende Aufhebung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung (Verurteilung; Gesetzlichkeitsprinzip (Rückwirkungsverbot; Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutz; Maßregeln der Besserung und Sicherung als Strafe); Recht auf Freiheit (Vollzug der Sicherungsverwahrung).

Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 67d Abs. 3 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

### **2. EuGH C-45/08 (3. Kammer) – Urteil vom 23. Dezember 2009 (Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck vs. Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen [CBFA])**

Richtlinie 2003/6/EG; Voraussetzungen der Sanktionen wegen Insidergeschäften (entbehrlicher Nachweis des Vorsatzes); Begriff der Nutzung von Insiderinformationen; Recht auf Verteidigung; Recht auf ein faires Verfahren; Unschuldsvermutung; Schuldgrundsatz; Strafzumessung nach dem erlangten Vermögensvorteil; Sanktionsbemessung im parallelen Verwaltungsverfahren; Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens.

Art. 1 GG; Richtlinie 2003/6/EG; § 13 WpHG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 lit. c EMRK; § 46 StGB; Art. 234 EG

### **3. BVerfG 1 BvR 1716/09 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 2. November 2009 (OLG Bamberg/AG Ingolstadt/StA Ingolstadt)**

Objektiv willkürliche Rechtsanwendung; Rechtsberatungsgesetz (keine Anwendung der Ordnungswidrigkeitentatbestände nach dem Inkrafttreten des RDG).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 1 RBERG; Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG; § 20 Abs. 1 RDG; § 20 OWiG; § 4 Abs. 3 OWiG

**4. BVerfG 1 BvR 3229/06 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 16. November 2009 (LG Bamberg)**

Auslagenerstattung (Verteidigungskosten; erfolgreicher Antrag auf gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer nichtrichterlich angeordneten Durchsuchung; Einstellung des Ermittlungsverfahrens); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Unterlassen einer sofortigen Beschwerde bei Fehlen eines günstigen Kostenauspruchs im Verfahren nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO).

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 464 StPO; § 464a Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 2 Abs. 2 Nr. 4 StrEG; § 10 StrEG; § 9 StrEG; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 170 Abs. 2 StPO; § 304 StPO; § 311 StPO

**5. BVerfG 2 BvL 5/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (AG Meißen)**

Sächsisches Denkmalschutzgesetz (Zerstörung und Beschädigung auch privater Denkmäler; fahrlässiges Handeln); Vorrang von Bundesrecht; konkurrierende Gesetzgebungskompetenz; (unzulässige) Richtervorlage (fehlende Auseinandersetzung mit Gesetzgebungsgeschichte und -materialien).

Art. 31 GG; Art. 70 Abs. 1 GG; Art. 72 Abs. 1 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 304 StGB; Art. 4 Abs. 2 EGStG; § 35 Abs. 1 Nr. 1 SächsDSchG; § 35 Abs. 2 SächsDSchG

**6. BVerfG 2 BvR 388/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Mai 2009 (OLG Düsseldorf/LG Mönchengladbach/AG Mönchengladbach)**

Beschleunigungsgebot bei Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft (Prüfungs- und Darlegungsanforderungen bei Haftfortdauerbeschlüssen; keine „floskelhaften“ Begründungen; Analyse des Verfahrensablaufs).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 5 Abs. 3 EMRK; § 112 StPO; § 121 StPO

**7. BVerfG 2 BvR 2365/09 – Entscheidung vom 22. Dezember 2009 (OLG Nürnberg)**

Einstweilige Anordnung; Recht auf Freiheit der Person; Gesetzlichkeitsprinzip (Rückwirkungsverbot bei Maßregeln); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 93d Abs. 2 BVerfGG; § 66 StGB

**8. BVerfG 2 BvR 2520/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. September 2009 (LG Hildesheim/AG Gifhorn)**

Gerichtliche Überprüfung einer nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden vorläufigen Festnahme (verfassungsrechtliche Prüfungsanforderungen); Freiheit der Person (Freiheitsentziehungen ohne richterliche Anord-

nung; unverzügliche Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung; Verhältnis von Art. 104 Abs. 2 zu Abs. 3 GG).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 3 Satz 1 GG; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG

**9. BVerfG 2 BvR 2549/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Oktober 2009 (OLG Frankfurt am Main/LG Kassel)**

Aussetzung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (Verbüßung von zwei Drittel der verhängten Strafe; Sozialprognose; Risiko erneuter Straffälligkeit; Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung); Freiheit der Person.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 57 Abs. 1 StGB

**10. BGH 4 ARs 18/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (BGH)**

Erstreckung der Revision bei Verstoß gegen § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB.

§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB; § 357 StPO

**11. BGH 1 StR 478/09 – Beschluss vom 2. Dezember 2009 (LG München II)**

Unbegründete Anhörungsrüge; Reichweite des rechtlichen Gehörs.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

**12. BGH 1 StR 521/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (BGH)**

Unzulässige Anhörungsrüge (Frist).

§ 356a StPO

**13. BGH 1 StR 526/09 – Urteil vom 24. November 2009 (LG München I)**

Verneinung eines minder schweren Falles nur durch Kundgabe der Wahl eines Strafrahmens (Strafrahmenvwahl; Erörterungsmangel); schwere räuberische Erpressung; Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung von Vortaten).

§ 250 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 46 StGB

**14. BGH 1 StR 537/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Schwerin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**15. BGH 1 StR 549/09 – Beschluss vom 11. November 2009 (LG Hof)**

Überzeugungsbildung (Beweiswürdigung); Strafzumessung (Strafschärfung wegen Vortaten; übersehene Tilgungsreife).

§ 261 StPO; § 46 Abs. 1 Ziff. 2 Buchst. b BZRG; § 47 Abs. 1 BZRG; § 36 Abs. 1 Satz 1 BZRG; § 51 Abs. 1 BZRG

**16. BGH 1 StR 565/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Heidelberg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**17. BGH 1 StR 622/09 – Beschluss vom 15. Dezember 2009 (LG Ravensburg)**

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

**18. BGH 2 StR 324/09 – Beschluss vom 5. November 2009 (LG Wiesbaden)**

Unzulässige Revision der Staatsanwaltschaft (Verfristung; allgemeine Sachrüge; Revision der Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten).  
§ 344 Abs. 1 StPO

**19. BGH 2 StR 347/09 – Urteil vom 4. November 2009 (LG Trier)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Sicherungsverwahrung (Hang bei „Gelegenheitstaten“ und Spätkriminalität; Gefährlichkeitsprognose).  
§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**20. BGH 2 StR 351/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Gera)**

Fahrerlaubnisperre (Aufrechterhaltung der Sperre; Ende der Sperrfrist; Tenorierung zuvor bei erledigten Maßnahmen).  
§ 69a StGB; § 55 StGB

**21. BGH 2 StR 362/09 – Beschluss vom 18. November 2009 (LG Koblenz)**

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

**22. BGH 2 StR 369/09 – Beschluss vom 11. November 2009 (LG Frankfurt am Main)**

Schuldpruchänderung bei Vergehen gegen das Waffenrecht; unerlaubter Besitz einer Schusswaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Munition.  
§ 52 Abs. 1 WaffG; § 52 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe a WaffG; § 52 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe b WaffG

**23. BGH 2 StR 383/09 – Beschluss vom 28. Oktober 2009 (LG Köln)**

Erheblich verminderte Steuerfähigkeit (Erheblichkeit als Rechtsfrage; andere schwere seelische Abartigkeit).  
§ 21 StGB

**24. BGH 2 StR 424/09 – Beschluss vom 4. November 2009 (LG Erfurt)**

Bemessung der Jugendstrafe (Erziehungsgedanke; Erörterungsmangel).  
§ 18 JGG; § 46 StGB

**25. BGH 2 StR 426/09 – Beschluss vom 2. Dezember 2009 (LG Frankfurt am Main)**

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

**26. BGH 2 StR 429/09 – Beschluss vom 11. November 2009 (LG Koblenz)**

Bewaffnete Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen); bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Eigenkonsum).  
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG

**27. BGH 2 StR 434/09 – Beschluss vom 4. November 2009 (LG Mühlhausen)**

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

**28. BGH 2 StR 435/09 – Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Darmstadt)**

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

**29. BGH 2 StR 461/09 – Beschluss vom 18. November 2009 (LG Frankfurt am Main)**

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

**30. BGH 2 StR 462/09 – Beschluss vom 18. November 2009 (LG Bonn)**

Formelle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Beachtung des Verbots der Schlechterstellung bei der Schuldpruchänderung zu lasten des revidierenden Angeklagten).  
§ 66 Abs. 3 Satz 1 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

**31. BGH 2 StR 465/09 – Beschluss vom 25. November 2009 (LG Kassel)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (gebotene Auflösung einbeziehungsfähiger früherer Gesamtstrafen; mangelndes Beruhen; mangelnde Beschwer).  
§ 55 StGB; § 337 StPO

**32. BGH 2 StR 483/09 – Beschluss vom 18. November 2009 (LG Köln)**

Strafzumessung und minder schwerer Fall des Totschlages (Provokation).  
§ 46 StGB; § 213 StGB

**33. BGH 2 StR 495/09 – Beschluss vom 25. November 2009 (LG Erfurt)**

Schwere räuberische Erpressung (Vermögensnachteil; schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung; Schuldschein); Nötigung; schwerer Raub  
§ 255 StGB; § 253 StGB; § 250 Abs. 2 StGB; § 249 StGB; § 240 StGB

**34. BGH 2 StR 496/09 – Beschluss vom 27. November 2009 (LG Darmstadt)**

Unzulässige Revision.  
§ 344 Abs. 1 StPO

**35. BGH 2 StR 499/09 – Beschluss vom 11. November 2009 (LG Trier)**

Unzulässige Revision (Erhebung unzulässiger Revisionsrügen); keine Revision gegen die Kosten- und Auslagenentscheidung (keine Umdeutung nach Verfristung; sofortige Beschwerde).  
§ 349 Abs. 1 StPO; § 311 Abs. 2 StPO; § 464 Abs. 3 StPO

**36. BGH 4 StR 164/09 – Beschluss vom 30. November 2009 (LG Magdeburg)**

Unzulässige Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**37. BGH 4 StR 194/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Rostock)**

Untreue (Vermögensnachteil durch „Kick-Back-Zahlung“: Bewertung von Architektenleistungen, Mindestansätze nach der HOAI, individueller Schadenseinschlag; Pflichtwidrigkeit).

§ 266 StGB; § 15 HOAI; § 16 HOAI

**38. BGH 4 StR 227/09 – Urteil vom 12. November 2009 (LG Siegen)**

Totschlag durch Unterlassen (Garantenstellung der Mutter für das Neugeborene; Ingerenz; Schwerpunkt der Handlung; Kausalität; objektive Zurechnung; Vorsatz; Irrtum über den Kausalverlauf, Hemmschwellentheorie; minder schwerer Fall); Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz (Erörterungsmängel beim Ansichpressen eines Neugeborenen).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 13 StGB; § 212 StGB; § 222 StGB; § 213 2. Alt. StGB; § 261 StPO

**39. BGH 4 StR 239/09 – Urteil vom 29. Oktober 2009 (LG Halle)**

Sichverschaffen von Betäubungsmitteln (Mittäterschaft); Geldwäsche (keine Anwendung auf den Raub eines inkriminierten Gegenstandes); Verletzter bei der Sachbeschädigung (Mieter; Vermieter); Umfang der Kognitionsspflicht (Anlagegrundsatz).

§ 261 Abs. 2 StGB; § 303c StGB; § 303 StGB; § 172 StPO; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**40. BGH 4 StR 245/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Bochum)**

Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung im Revisionsverfahren (Vollstreckungslösung).

Art. 13 EMRK; Art. 6 EMRK; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

**41. BGH 4 StR 97/09 – Urteil vom 29. Oktober 2009 (LG Dessau)**

Rechtsbeugung (Erfordernis des elementaren Rechtsbruchs; Beachtung der Verhältnismäßigkeit bei der Haftfortdauerentscheidung); Strafvereitelung im Amt (Anwendung auf richterliches Handeln; Aufhebung eines Haftbefehls; Sperrwirkung); Inbegriff der Hauptverhandlung (letztes Wort).

§ 339 StGB; § 258a StGB; § 258 StGB; § 261 StPO; § 258 StPO; § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO

**42. BGH 4 StR 246/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Bochum)**

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nur durch Feststellung des Verstoßes (Recht auf Beschwerde; Abhilfe; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 51 StGB

**43. BGH 4 StR 275/09 – Urteil vom 12. November 2009 (LG Essen)**

Besorgnis der Befangenheit (Unparteilichkeit des Richters); rechtsfehlerhafte Belehrung über ein mögliches Auskunftsverweigerungsrecht; gewerbsmäßig begangenes Herstellen einer unechten Urkunde (Reichweite der Mittäterschaft; Divergenz).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 55 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**44. BGH 4 StR 304/09 – Beschluss vom 15. Dezember 2009 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**45. BGH 4 StR 328/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Dortmund)**

Abfassung der Urteilsgründe.

§ 267 StPO; § 260 StPO

**46. BGH 4 StR 330/09 – Beschluss vom 17. November 2009 (LG Halle)**

Unzulässiger Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision; unbegründeter Antrag des Angeklagten auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 44 StPO; § 346 Abs. 1 StPO

**47. BGH 4 StR 341/09 – Urteil vom 26. November 2009 (LG Rostock)**

Unterbliebene Hinzuziehung eines Sachverständigen bei der ablehnenden Entscheidung über eine mögliche Sicherungsverwahrung; Beschränkung der Revision auf die Ablehnung der Sicherungsverwahrung.

§ 66 StGB; § 246a StPO

**48. BGH 4 StR 368/09 – Urteil vom 29. Oktober 2009 (LG Dortmund)**

Rechtsfehlerhaft begründeter Freispruch vom Vorwurf der Brandstiftung (Revisibilität der Beweiswürdigung; Überzeugungsmaßstab).

§ 261 StPO

**49. BGH 4 StR 375/09 – Beschluss vom 17. November 2009 (LG Bielefeld)**

Begriff des Beweisantrages und Ablehnung wegen mangelnder Konnexität (erweiterte Konnexität; Divergenz).

§ 244 Abs. 3 StPO

**50. BGH 4 StR 375/09 – Beschluss vom 17. November 2009 (LG Bielefeld)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Bedeutung der Sollvorschrift).

§ 64 StGB

**51. BGH 4 StR 384/09 – Beschluss vom 1. Oktober 2009 (LG Detmold)**

Konkurrenz zwischen Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger und Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung; Gesamtstrafenbildung.

§ 180 Abs. 2 StGB; § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 52 StGB; § 55 StGB

**52. BGH 4 StR 400/09 – Beschluss vom 17. November 2009 (LG Neuruppin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**53. BGH 4 StR 422/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Konstanz)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht; rechtsfehlerhafte Bemessung des Vor-

wegvollzugs: Halbstrafenzeitpunkt; keine Revisionserstreckung).  
 § 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 StGB; § 357 StPO

**54. BGH 4 StR 429/09 – Urteil vom 26. November 2009 (LG Halle)**

Erfolgreiche Revision der Staatsanwaltschaft.  
 § 349 StPO

**55. BGH 4 StR 443/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Stralsund)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung des Verfalls (Ansprüche des Verletzten: Erstreckung auf Ersatzgegenstände); Verfall von Wertersatz (Rückgewinnungshilfe).  
 § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73a StGB; § 111i StPO

**56. BGH 4 StR 445/09 – Beschluss vom 3. November 2009 (LG Essen)**

Strafzumessung (Berücksichtigung der Wirkungen der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft; berufsrechtliche und standesrechtliche Folgen); minder schwerer Fall des schweren Raubes.  
 § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 250 Abs. 3 StGB

**57. BGH 4 StR 464/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Hagen)**

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

**58. BGH 4 StR 507/09 – Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Magdeburg)**

Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot; eigene Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts.  
 § 46 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**59. BGH 4 StR 528/09 – Beschluss vom 8. Dezember 2009 (LG Essen)**

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

**60. BGH 4 StR 540/09 – Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Stralsund)**

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

**61. BGH 4 StR 550/09 – Beschluss vom 26. November 2009 (LG Frankenthal)**

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

**62. BGH 4 StR 552/09 – Beschluss vom 8. Dezember 2009 (LG Halle)**

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

**63. BGH 4 ARs 17/09 – Beschluss vom 8. Dezember 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