

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

Kluszczewski (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 a.M.); Prof. Dr. Christoph

Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-

Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof.

Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Hendrik Schneider*, Leipzig – **Strafrechtliche Grenzen des Pharmamarketings** S. 241

Rechtsanwalt Dr. *Markus Adick*, Bonn – **Zur Fluchtgefahr bei Sachverhalten mit Auslandsbezug** S. 247

Privatdozent Dr. *Jochen Bung*, M.A., Humboldt-Universität zu Berlin – **Informationelle Selbstbestimmung im Strafvollzug: Anspruch des Gefangenen auf Einsichtnahme in seine Krankenakte** Zugl. Anm. zu KG HRRS 2010 Nr. 370 S. 251

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

Entscheidungen

BVerfG **Zulässigkeit der Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen**

BVerfG **Sterben in Würde außerhalb der Haftanstalt**

BGHSt **Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts durch andere Vertragsstaaten der EMRK**

BGHSt **Erforderlicher Zwischenrechtsbehelf bei verweigerter Berufung auf ein Verlöbnis**

BGHSt **Wirksame Revisionsrücknahme nach Verständigung**

BGH **Verlesung der Niederschriften über polizeiliche Vernehmungen bei Berufung des Zeugen auf § 55 StPO**

BGHSt **Rückwirkungsverbot, AWG und Dual-use-Güter, Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen in Auslandsfällen**

BGHR **Begriff der kriminellen Vereinigung**

BGH **Nachträgliche Sicherungsverwahrung gemäß § 7 II JGG verfassungs- und konventionsgemäß**

BGH **Anfrageverfahren zur Strafbarkeit des Skimming**

BGH **Gefährliche Körperverletzung beim Einsatz eines Kabels**

Die Ausgabe umfasst 121 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

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
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 Kluszczewski (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 a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

11. Jahrgang, Mai 2010, Ausgabe

5

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

372. BVerfG 2 BvR 2092/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. März 2010 (BGH/LG Hamburg)

Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren (Grenzen; unzulässige 24-Stunden-Frist im Einzelfall; Zulässigkeit gegenüber allen Angeklagten); Befangenheit (verfassungsrechtliche Grenzen); BGH 5 StR 263/08.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 24 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 6; § 246 Abs. 1 StPO

1. Nicht jede fehlerhafte Anwendung der einfachgesetzlichen Bestimmungen über die Richterablehnung rechtfertigt das Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind erst überschritten,

wenn sich die Handhabung der §§ 24 ff. StPO im Einzelfall als willkürlich oder offensichtlich unhaltbar erweist oder wenn die richterliche Entscheidung über das Ablehnungsgesuch Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt (vgl. BVerfGE 82, 286, 299). Ob solche Umstände gegeben sind, kann nur anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. (Vorliegend verneint im Falle einer 24-Stunden-Frist zur Stellung von Beweisanträgen.)

2. Das Setzen einer Frist zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren ist verfassungsrechtlich dem Grunde nach nicht zu beanstanden. Eine solche Fristsetzung wird jedoch nur in gewissen Prozesskonstellationen ernsthaft in Betracht zu ziehen sein. Der Bundesgerichtshof spricht von einer „vorsichtigen und zurückhaltenden“ Handhabung und konkretisiert die Voraussetzungen vorliegend

dahingehend, dass regelmäßig zehn Verhandlungstage verstrichen sein müssen, das gerichtliche Beweisprogramm erledigt ist und bestimmte Anzeichen für Verschleppungsabsicht im bisherigen Verteidigungsverhalten gegeben sein müssen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 23. September 2008 – 1 StR 484/08 –, NJW 2009, S. 605 607). Unabhängig von den einfachrechtlichen Voraussetzungen im Einzelnen steht die Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts und damit zur Wahrheitserforschung im Vordergrund. Hieran kann sich der Angeklagte durch die Stellung von Beweisanträgen aktiv beteiligen.

3. Die Frist muss es den Verfahrensbeteiligten ermöglichen, auf der Basis des bisherigen Prozessverlaufs darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls welche Beweisanträge noch gestellt werden sollen. Dies setzt die Zubilligung eines derartigen Zeitrahmens voraus, der eine sachgerechte Überzeugungsbildung sowie anschließende Entscheidung und damit eine effektive Verfahrensteilnahme ermöglicht. Ob hierzu weniger als 24 Stunden ausreichen, ist im Einzelfall zu entscheiden und erforderlichenfalls zu begründen. (Vorliegend unzulässige 24-Stunden-Frist).

4. Die mit einer Fristsetzung intendierte Beschleunigung des Verfahrens kann nur erreicht werden, wenn diese gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten gesetzt wird. Dabei liegt die rechtsstaatlich geforderte Beschleunigung des Strafverfahrens sowohl im Interesse des Opfers als auch des Beschuldigten. Gerade der Angeklagte, der durch sein vorheriges Verhalten zur Fristsetzung nicht unmittelbar Veranlassung bot, dürfte ein Interesse an einer zügigen Durchführung des Verfahrens haben. Der fehlende Ursachenbeitrag kann im Folgenden bei der Prüfung der Zurückweisung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht berücksichtigt werden. Hat der Angeklagte im bisherigen Prozessverlauf keine Anzeichen eines nicht primär auf die Wahrheitsermittlung ausgerichteten Verhaltens gezeigt, werden strengere Anforderungen an das Vorliegen der subjektiven Voraussetzung der Prozessverschleppungsabsicht zu stellen sein.

373. BVerfG 2 BvR 3012/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2010 (OLG Karlsruhe/LG Mannheim/StA Mannheim)

Ablehnung einer Strafunterbrechung gemäß § 455 Abs. 4 StPO (Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft; Darlegungsanforderungen; Grundsatz zureichender Sachverhaltsaufklärung); Sterben in Würde außerhalb der Haftanstalt (schwere Krebserkrankung; Gefährlichkeitsprognose); Freiheit der Person; Menschenwürde.

Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 455 Abs. 4 StPO

1. Das Gebot, den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen, findet seine Grenzen im Grundrecht des Verurteilten auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Bei Gesundheitsgefährdungen eines Strafgefangenen entsteht zwischen der Pflicht des Staates zur Durchsetzung des Strafanspruchs und dem Interesse des Verurteilten an der Wahrung seiner verfassungsmäßig verbürgten Rechte ein Spannungsverhältnis. Keiner die-

ser Belange genießt schlechthin den Vorrang. Ein Konflikt ist nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das bei der Beurteilung von Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Beachtung erfordert, durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zu lösen. Führt diese Abwägung zu dem Ergebnis, dass die dem Eingriff entgegenstehenden Interessen des Verurteilten ersichtlich wesentlich schwerer wiegen als diejenigen Belange, deren Wahrung die Strafvollstreckung dienen soll, so verletzt der gleichwohl erfolgte Eingriff das Verhältnismäßigkeitsprinzip und damit das Grundrecht des Verurteilten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 51, 324, 343 f.). Die Grenze ist jedenfalls erreicht, wenn angesichts des Gesundheitszustands des Verurteilten ernsthaft zu befürchten ist, dass er bei Durchführung der Strafvollstreckung sein Leben einbüßen oder schwerwiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen wird (vgl. BVerfGE 51, 324, 345 ff.).

2. Mit der Würde des Menschen wäre es unvereinbar, die vom Bundesverfassungsgericht geforderte konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden (vgl. BVerfGE 45, 187, 245; 117, 71, 95), auf einen von Siechtum und Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest zu reduzieren (vgl. BVerfGE 72, 105, 116 f.). Je nach den Umständen des Einzelfalls kann dem Interesse des Gefangenen an der Erhaltung seiner Lebenstüchtigkeit ein Gewicht zukommen, welches das der Gründe für einen weiteren, ununterbrochenen Vollzug zu übertreffen vermag (vgl. BVerfGE 64, 261, 277).

3. Die §§ 56 ff. StVollzG und § 455 Abs. 4 StPO tragen diesem Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zur Durchsetzung seines Strafanspruchs einerseits und dem Interesse des Verurteilten an der Wahrung seiner Gesundheit und Erhaltung seiner Lebenstüchtigkeit andererseits Rechnung. Bei der Auslegung von § 455 Abs. 4 StPO hat die Vollstreckungsbehörde die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts des Strafgefangenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in Rechnung zu stellen. Diese kann im Einzelfall eine Strafunterbrechung auch über den Wortlaut von § 455 Abs. 4 StPO hinaus gebieten.

4. § 455 StPO verbietet einen Vollzug, von dem eine nahe Lebensgefahr oder schwere Gesundheitsgefahr droht. Allerdings muss bei einer solchen Gefahr nicht stets die Straftat unterbrochen werden, denn vom Vollzug droht die Gefahr dann nicht, wenn er Mittel zur Abhilfe bereit hält. Solche Mittel sind nicht nur die in § 455 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 StPO ausdrücklich genannte Untersuchung und Behandlung in Vollzugseinrichtungen, sondern auch diejenigen in einem externen Krankenhaus (§ 65 Abs. 2 StVollzG), die ebenfalls ohne Unterbrechung des Vollzugs vonstatten gehen können. Dies gilt aber nur, soweit die Behandlung noch als adäquat angesehen werden kann.

5. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender Sachaufklärung beruhen (vgl. BVerfGE 70, 297, 308; 109, 133, 162). Drängen sich Anhaltspunkte für eine Ausnahmesituation auf, die in Anbetracht der Bedeutung und

Tragweite des Grundrechts des Strafgefangenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG eine Strafunterbrechung über den Wortlaut von § 455 Abs. 4 StPO hinaus gebieten könnte, ist die Vollstreckungsbehörde von Verfassungs wegen gehalten, Einzelheiten insbesondere des Gesundheitszustands, der Lebenserwartung und der Gefährlichkeit des Verurteilten zu klären. Gegebenenfalls hat sie insoweit (ergänzende) ärztliche Stellungnahmen oder ein Sachverständigengutachten einzuholen.

6. Die von der Vollstreckungsbehörde gemäß § 455 Abs. 4 StPO zu treffende Entscheidung ist eine Ermessensent-

scheidung. Die gerichtliche Entscheidung nach § 458 Abs. 2 StPO über die Einwendungen beinhaltet lediglich die Überprüfung, ob die Vollstreckungsbehörde ermessensfehlerfrei entschieden hat. Diese Ermessensprüfung setzt voraus, dass die Vollstreckungsbehörde eine nachprüfbar Ermessensentscheidung trifft. Dem hat die Vollstreckungsbehörde angesichts der in besonderem Maße wertenden Natur der Entscheidung, ob die Strafe zu unterbrechen ist, dadurch Rechnung zu tragen, dass sie ihre Würdigung je nach den Umständen des Einzelfalls eingehender abfasst, sich also nicht mit knappen, allgemeinen Wendungen begnügt.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

392. BGH 4 StR 605/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (LG Dessau-Roßlau)

Unbeendeter oder beendeter Versuch des Totschlags (strafbefreiender Rücktritt; endgültige Aufgabe); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 63 StGB

1. Für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch kommt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darauf an, ob der Täter nach der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; vgl. BGHSt 39, 221, 227; 35, 90; 33, 295, 298; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, unbeendeter 29). Ist dies der Fall, so ist der Versuch beendet und damit ein strafbefreiender Rücktritt durch bloßes Absehen von weiteren tatbestandsmäßigen Handlungen nicht möglich. Rechnet der Täter dagegen nach der letzten Ausführungshandlung nach seinem Kenntnisstand (noch) nicht mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges, und sei es auch nur in Verkennung der durch seine Handlung verursachten Gefährdung, so ist der Versuch unbeendet, wenn die Vollendung aus der Sicht des Täters noch möglich ist (BGHSt 39, 221, 227), so dass die freiwillige Aufgabe der weiteren Tatausführung genügt.

2. Hätte sich der Angeklagte bei Aufgabe der weiteren Tatausführung keine Vorstellungen über die Folgen seines Angriffs auf die Geschädigte gemacht, kommt ein beendeter Versuch in Betracht (BGHSt 40, 304, 306).

3. Die Strafbefreiung im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. StGB setzt den Entschluss des Täters voraussetzt, auf die weitere Durchführung der Tat im Ganzen und endgültig zu verzichten (BGHSt 7, 296, 297; 35, 184, 187). Nicht aufgegeben ist die Tat dagegen, solange der

Täter mit dem Versuch ihrer Begehung lediglich vorübergehend innehält (BGH, Urteil vom 1. April 2009 – 2 StR 571/08, NStZ 2009, 501).

455. BGH 1 StR 601/09 – Urteil vom 25. März 2010 (LG Augsburg)

Rücktritt von der versuchten schweren räuberischen Erpressung (beendeter und unbeendeter Versuch); Nötigung.

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 240 StGB

1. Bei einem fehlgeschlagenen Versuch kommt ein strafbefreiender Rücktritt von vornherein nicht in Betracht. Ein beendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter glaubt, alles zur Verwirklichung des Tatbestandes Erforderliche getan zu haben (st. Rspr.; vgl. BGHSt 14, 75, 79). Unbeendet ist der Versuch, wenn er glaubt, zur Vollendung des Tatbestands bedürfe es noch weiteren Handelns. Für die Abgrenzung kommt es dabei auf die Vorstellung des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (BGHSt 31, 170, 175; 40, 304, 306). Entscheidend ist, ob der Täter zu diesem Zeitpunkt den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont, vgl. BGHSt 39, 221, 227).

2. Zu den erforderlichen Feststellungen bei der Anwendung auf eine mögliche räuberische Erpressung.

3. Es kann bei versuchter räuberischer Erpressung Fälle geben, in denen noch ein unbeendeter Versuch vorliegt, obwohl der Täter glaubt, dass die von ihm vorgenommene Nötigungshandlung ausreicht, um die geforderte Zahlung noch zu erhalten (vgl. BGH StraFo 2007, 422). Dies sind aber Fälle, in denen zur Tatvollendung noch weitere Handlungen des Täters erforderlich sind, etwa die Vereinbarung eines Zusammentreffens zur Geldüber-

gabe (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, un-
beendeter 34). Anders ist dies aber dann, wenn der Täter
davon ausgeht, der Genötigte werde ihm das Geld brin-
gen, ohne dass weiter auf ihn eingewirkt werden muss
(vgl. BGHR aaO).

**432. BGH 2 StR 577/09 – Urteil vom 24. Feb-
ruar 2010 (LG Frankfurt am Main)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung des Tötungsvorsatzes bei
lebensgefährlichen Gewalthandlungen (Messereinsatz;
umfassende Gesamtwürdigung).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

1. Die tatrichterliche Würdigung der Beweislage zum
subjektiven Vorstellungsbild des Täters ist in Fällen le-
bensgefährlicher Gewalthandlungen nur rechtsfehlerfrei,
wenn sie auf einer umfassenden Erörterung der festge-
stellten Beweisanzeichen beruht; Voraussetzung hierfür
ist wiederum, dass die Beweisbedeutung einzelner Um-
stände zutreffend erkannt und deren Gewicht fehlerfrei
beurteilt wird.

2. Weder eine erhebliche Alkoholisierung noch gar ein
Handeln in affektiver Erregung und aufgrund spontanen
Entschlusses sprechen gegen das Vorliegen von Tötungs-
vorsatz zum Handlungszeitpunkt; vielmehr sind diese
Umstände nach sicherer Erfahrung gerade besonders
geeignet, die Hemmschwelle auch für besonders gravie-

rende Gewalthandlungen herabzusetzen. Anders liegt es
in einem Ausnahmefall, in dem aufgrund schwerster
Berausung oder tiefgreifender Bewusstseinsstörung
schon die Erkenntnisfähigkeit des Täters beeinträchtigt
ist.

**366. BGH 5 StR 75/10 – Beschluss vom 15.
April 2010 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung (keine dem Angeklagten günstige
Feststellungen allein aufgrund außergewöhnlich le-
bensfremder Einlassung); Vorsatz (Koinzidenzprinzip;
Tatentschlossenheit; Tatgeneigtheit).

§ 261 StPO; § 16 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 306b
StGB; § 306a StGB; § 308 StGB

1. Den Vorsatz muss der Täter zum Zeitpunkt der Tat-
handlung haben (Koinzidenzprinzip). Ob er Zweifel an
der Tatausführung zu früheren Zeitpunkten immer wie-
der überwunden hat, ist ohne Belang, wenn er die Tat-
ausführung im Moment seines – dann lediglich fahrlässi-
gen – Handelns doch nicht in die Tat umsetzen will.

2. Das Tatgericht muss eine Einlassung des Angeklagten
auch dann nicht ohne Weiteres seiner Überzeugungsbil-
dung zugrunde legen, wenn es an weiteren Beweismit-
teln fehlt. Die Einlassung ist vielmehr auf ihre Plausibili-
tät zu überprüfen und in die Gesamtschau der ansonsten
festgestellten Tatumstände einzustellen.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**371. BGH StB 5/10 – Beschluss vom 14. April
2010 (Ermittlungsrichter des BGH)**

BGHR; Vereinigung, deren Zwecke und deren Tätigkeit
darauf gerichtet ist, Mord oder Totschlag zu begehen;
terroristische Vereinigung (Inland, Ausland); Ermäch-
tigung zur Strafverfolgung.

§ 112 StPO; § 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB;
§ 116 Abs. 1 StPO; § 130 StPO

1. Eine eigene Willensbildung ist für eine Strafbarkeit
nach §§ 129, 129a StGB auch dann notwendig, wenn
sich im Inland organisatorische Strukturen zur Unter-
stützung der Ziele einer ausländischen Vereinigung ge-
bildet haben. (Aufgabe früherer entgegenstehender Sen-
atsrechtsprechung).

2. Bilden die im Inland handelnden Mitglieder einer
ausländischen Vereinigung keinen eigenständigen Ge-
samtwillen, so weist die Tat keinen Unrechtsgehalt auf,
der über den bereits von § 129b Abs. 1 Satz 2 1. Alt.
StGB erfassten hinausginge. Zudem bestünde die Gefahr,
dass durch die Annahme einer Strafbarkeit nach §§ 129,
129a StGB das Ermächtigungserfordernis des § 129b
StGB umgangen würde.

3. Der Beteiligung an einer ausländischen Vereinigung als
Mitglied steht nicht schlechthin entgegen, dass sich der
Täter ausschließlich im Inland und damit außerhalb des
unmittelbaren Betätigungsgebiets der Kernorganisation
aufgehalten hat. In einem solchen Falle bedürfen jedoch
die tatbestandlichen Voraussetzungen der Mitgliedschaft
besonderer Prüfung.

**452. BGH 4 StR 555/09 – Beschluss vom 18.
März 2010 (BGH)**

Anfrageverfahren zum Skimming; Auslesen der auf
dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion
gespeicherten Daten (Herstellung von Kartendoubletten;
Ausspähen von Daten; gegen unberechtigten Zugang
besonders gesicherte Daten; Überwindung der Zugangssicherung);
redaktioneller Hinweis.

§ 202a Abs. 1 StGB n.F.

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Das bloße
Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte
mit Garantiefunktion gespeicherten Daten, um mit
diesen Daten Kartendoubletten herzustellen, erfüllt nicht
den Tatbestand des Ausspähens von Daten (§ 202a Abs.
1 StGB n.F.).

2. Eine Schutzvorkehrung ist nur dann eine Zugangssicherung im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB n.F., wenn sie jeden Täter zu einer Zugangsart zwingt, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte.

357. BGH 3 ARs 3/10 – Beschluss vom 9. März 2010

Anfrageverfahren; Nichtanzeige geplanter Straftaten; Beihilfe zum Mord; Wahlfeststellung; Präpandezfeststellung.
§ 1 StGB; § 138 StGB; § 132 GVG

1. Wenn die Fremdheit der Katalogtat dogmatisch als unrechtsbegründendes (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal des § 138 StGB einzuordnen sein sollte, erscheint es dem 3. Strafsenat fraglich, ob ein Angeklagter wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten verurteilt werden kann, wenn er nach Abschluss der Beweisaufnahme weiterhin der Beteiligung an der nicht angezeigten Katalogtat verdächtig ist. Die Bestrafung nach § 138 StGB bedarf des Nachweises aller tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Bestimmung. Dies kann nach Auffassung des Senats nicht durch die Anwendung des Zweifelssatzes ersetzt werden.

2. Vermag sich das Tatgericht nicht davon zu überzeugen, dass der Angeklagte mit Sicherheit eines von zwei in Betracht kommenden Delikten begangen hat, weil für jede der beiden in Betracht kommenden Strafvorschriften die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals in Zweifel bleibt, ist es sich aber sicher, dass der Angeklagte einen der beiden Tatbestände verwirklicht hat, so liegt die typische Konstellation vor, in der eine Wahlfeststellung in Betracht zu ziehen ist. Scheidet diese wegen fehlender rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit der alternativen Straftaten aus, so ist auch der Zweifelssatz nicht geeignet, die Verurteilung wegen des weniger schwerwiegenden Delikts zu tragen.

390. BGH 4 StR 589/09 – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Magdeburg)

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines gefährlichen Werkzeugs: Einsatz eines Kabels als Schlinge; vorgetäuschte Strangulation).
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein gefährliches Werkzeug jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (BGH NStZ 2007, 95).

2. Ein Kabel kann, wenn es zum Würgen eingesetzt wird, nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Verwendung erhebliche Verletzungen herbeiführen. Anderes gilt jedoch, wenn der Angeklagte dem Opfer das Kabel lediglich locker um den Hals legt, um sie in Angst und Schrecken zu versetzen. Wird eine Strangulation nur vorgetäuscht, sind erhebliche Verletzungen regelmäßig nicht zu befürchten.

3. Darüber hinaus verlangt § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, dass die Körperverletzung „mittels“ eines solchen Werkzeugs

begangen wird. Das Tatmittel muss hierbei unmittelbar auf den Körper des Opfers einwirken (BGH NStZ 2006, 572, 573; NStZ 2007, 405). Eine lediglich psychisch vermittelte Wirkung genügt nicht.

440. BGH 4 StR 506/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Neuruppin)

Versuchter vorsätzlicher gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr durch den Wurf eines schweren Sandsteins von einer Autobahnbrücke (Vollendung; konkrete Gefährdung von Leib oder Leben; Beinaheunfall).
§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB

Wirft der Angeklagte einen etwa faustgroßen und brüchigen Sandstein von der Autobahnbrücke etwa 25 m weit auf den rechten Fahrstreifen, so dass dieser vor einem Fahrzeug aufprallt und die Splitter auf das Fahrzeug springen, liegt darin nicht stets eine konkrete Gefährdung von Leib und Leben der Insassen des auf dem Fahrstreifen fahrenden Fahrzeugs, wenn weder das Fahrverhalten noch die Fahrsicherheit des Fahrzeuglenkers in irgendeiner Weise beeinträchtigt worden sind.

448. BGH 2 StR 503/09 – Urteil vom 10. Februar 2010 (LG Gießen)

Heimtückemord (Arglosigkeit beim Beginn der Tat).
§ 211 Abs. 2 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (st. Rspr., vgl. u.a. BGH NStZ 2006, 503, 504 m.w.N.). Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.

2. Die Rechtsprechung hat den Grundsatz, dass Heimtücke Arglosigkeit des Angegriffenen bei Tatbeginn voraussetzt, für einzelne typische Ausnahmefälle modifiziert (vgl. BGHSt 22, 77, 79 f.; 32, 382, 385 f.). Ein solcher Ausnahmefall liegt etwa vor, wenn der Täter das Opfer mit Tötungsvorsatz planmäßig in einen Hinterhalt lockt, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, und die entsprechenden Vorkehrungen und Maßnahmen bei Ausführung der Tat noch fortwirken (BGHSt 22, 77, 79 f.; BGH NStZ 1989, 364).

3. Eine auf früheren Aggressionen und einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst des Opfers vermag dessen Arglosigkeit nicht zu beseitigen (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 14 m.w.N.; NStZ-RR 2004, 234). Es kommt insofern vielmehr allein darauf an, ob das Opfer im Tatzeitpunkt mit Feindseligkeiten des Täters rechnet (vgl. BGHSt 39, 353, 368).

430. BGH 2 StR 550/09 – Beschluss vom 3. Februar 2010 (LG Mühlhausen)

Anforderungen an den minder schweren Fall bei der Körperverletzung mit Todesfolge.

§ 227 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 213 StGB

Ein minder schwerer Fall im Sinne des § 227 Abs. 2 StGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn die mildern- den Umstände einer Affektlage im Sinne des § 213 StGB gleich stehen. Die Annahme eines minder schweren Falles der Körperverletzung mit Todesfolge setzt nicht voraus, dass eine in § 213, 1. Variante StGB vorausge- setzte Provokationslage gegeben ist oder dass der Tat ein „außergewöhnlicher Streit“ zwischen Täter und Opfer vorausgegangen ist.

444. BGH 4 StR 632/09 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Hagen)

Gefangeneneuterei (Tateinheit zur Nötigung oder zum tätlichen Angriff mit dem Ziel eines Ausbruchs; Konkurrenzen).

§ 121 StGB; § 52 StGB

Zwar setzt die Anwendung von § 121 Abs. 1 Nr. 1 StGB – anders als dessen Nummer 2 – nicht voraussetzt, dass die Nötigung oder der tätliche Angriff mit dem Ziel eines Ausbruchs begangen wird. Jedenfalls in der Fallgestal- tung eines im Versuchsstadium steckengebliebenen Aus- bruchs, der mit der Nötigung bzw. dem tätlichen Angriff ermöglicht werden sollte, scheidet aber die Annahme von Tateinheit aus, weil der lediglich versuchten Gefange- neneuterei kein eigenständiges Handlungsunrecht zukommt.

376. BGH 4 StR 438/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Halle)

Keine Bereicherungsabsicht bei der (räuberischen) Er- pressung nach Begleichung einer „nichtigen Forde- rung“ („Freikauf“ einer Prostituierten; untauglicher Versuch; Ausspruch eines Bereicherungsanspruches: Leistungskondition); Nötigung.

§ 255 StGB; § 253 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 240 StGB; § 22 StGB; § 812 BGB; § 814 BGB; § 817 Satz 2 BGB

1. § 814 Alt. 1 BGB ist nicht anwendbar, wenn der An- geklagte unter Druck zur Vermeidung eines sonst dro- henden Nachteils (hier: Fortführung einer erzwungenen Prostitution) gezahlt hat.

2. Der Kondiktionsausschluss nach § 817 Satz 2 BGB greift nur ein, wenn dem Leistenden ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot zur Last fällt. Dies ist nicht der Fall, wenn eine Zahlung erfolgt, um die Freiheit von einer erzwungenen Prostitu- tion zu erlangen.

384. BGH 4 StR 575/09 – Urteil vom 25. Feb- ruar 2010 (LG Paderborn)

Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz; gefährliche Körperverletzung (Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs; lebensgefährliche Behandlung: Stich mit einem Schraubendreher); minder schwerer Fall des Totschlags (Voraussetzungen eines Täter-Opfer- Ausgleichs).

§ 15 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB; § 46a StGB; § 213 StGB; § 261 StPO

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB setzt voraus, dass die Körper- verletzung „mittels einer das Leben gefährdenden Be- handlung“ begangen wird. Erforderlich, aber auch genü- gend ist, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls generell geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden; einer konkreten Gefährdung bedarf es nicht (st. Rspr., vgl. BGH, Urt. vom 29. April 2004 – 4 StR 43/04 = NStZ 2004, 618; Beschl. vom 23. Juli 2004 – 2 StR 101/04 = NStZ 2005, 156, 157). Darauf, dass das Opfer infolge seiner Abwehr letzt- lich nur leichtere Verletzungen erlitten hat, kommt es für die Tatbestandsverwirklichung nicht an.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

454. BGH 1 StR 554/09 – Urteil vom 9. März 2010 (LG Regensburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei Heranwach- senden (Jugendliche; Altfälle; neue Tatsache; Hang); Gesetzlichkeitsprinzip und Vertrauensschutz (Rück- wirkungsverbot; Rechtsstaatsprinzip; grundrechtliche Schutzpflichten; tatbestandliche Rückanknüpfung oder unechte Rückwirkung; Erziehungszweck; Anwendung der EMRK in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen; Opferschutz; Verhältnismäßigkeit); Recht auf Freiheit und Sicherheit; Freiheit der Person.

Art. 7 EMRK; Art. 53 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; Art. 5 EMRK; § 66b StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG

1. Für die nachträgliche Anordnung von Sicherungsver- wahrung nach Jugendstrafrecht sind nicht ausnahmslos und stets erhebliche „neue“ Tatsachen erforderlich. Vielmehr ist die Neuregelung des § 7 Abs. 2 JGG auch dann anwendbar, wenn die wesentlichen die Gefährlich- keit begründenden Tatsachen bereits zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung erkennbar waren und im Vollzug der

Jugendstrafe keine erheblichen „neuen“ Tatsachen hervorgetreten sind. Auch ein Hang ist nicht gesondert festzustellen. Gleichwohl muss die spezifische Gefährlichkeit des Verurteilten im Hinblick auf die Begehung von Anlasstaten in seiner Persönlichkeit angelegt sein. Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung bei jungen Straftätern nach § 7 Abs. 2 JGG ist auf einzelne höchstgefährliche Straftäter zu begrenzen. Allerdings kann ein Hang zu erheblichen Straftaten eine Indiztatsache für das Vorliegen der spezifischen Gefährlichkeit zu Anlasstaten i.S.d. § 7 Abs. 2 JGG darstellen.

2. Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 JGG steht im Einklang mit der Verfassung. Sie verstößt weder gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG noch gegen das Doppelbestrafungsverbot (ne bis in idem) des Art. 103 Abs. 3 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits entschieden, dass die Anwendungsbereiche des Art. 103 Abs. 2 und 3 GG auf staatliche Maßnahmen beschränkt sind, die eine repressive, dem Schuldausgleich dienende Strafe darstellen. Demgegenüber fällt die Maßregel der Sicherungsverwahrung als präventive, der Verhinderung zukünftiger Straftaten dienende Maßnahme – ungeachtet ihrer strafähnlichen Ausgestaltung – nicht in den Anwendungsbereich dieser Verbote. Denn ihr Zweck besteht nicht darin, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen (vgl. BVerfG NJW 2009, 980, 981; ebenso BGHSt 52, 205, 209 f.; 50, 284, 295 jew. m.w.N.). Auch ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche und grundrechtliche Gebot des Vertrauensschutzes, Art. 2 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 GG liegt nicht vor.

3. Ein Verstoß gegen Art. 5 EMRK und Art. 7 EMRK liegt im Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG nicht vor.

4. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung steht die Europäische Menschenrechtskonvention im Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention beeinflussen die Auslegung der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Ihr Text und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte können auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes dienen, sofern dies nicht zu einer – von der Europäischen Menschenrechtskonvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (vgl. BVerfG, Beschl. vom 4. Februar 2010 – 2 BvR 2307/06 m.w.N.).

5. In der vorliegenden Konstellation hat die Schutzpflicht aus Art. 2 EMRK i.V.m. Art. 1 EMRK Vorrang vor dem Freiheitsrecht des Verurteilten aus Art. 5 EMRK.

6. In Fällen wie dem vorliegenden, in dem sich die besondere Gefährlichkeit des Verurteilten in einem psychischen Zustand im Zusammenspiel mit äußeren Stressfaktoren gründet, geboten ist, ist rechtzeitig dafür Sorge zu tragen, dass dem Verurteilten im Falle seiner Entlassung ein gesicherter sozialer Empfangsraum zur Verfügung steht, um das Rückfallrisiko des in Freiheit entlas-

senen Verurteilten zu mindern. Zudem sollte frühzeitig mit einer geeigneten Therapie begonnen werden.

447. BGH 2 StR 10/10 – Urteil vom 24. März 2010 (LG Kassel)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung (Erheblichkeitsschwelle bei sexuellen Handlungen; Schutzzweck des Tatbestandes des schweren Missbrauchs von Kindern; körperliche Gewalt; seelische Schäden bei kindlichen Opfern).
§ 66 Abs. 2 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB

1. Schutzzweck der §§ 176, 176a StGB ist die ungestörte Entwicklung von Kindern (BGHSt 45, 131, 132). Mit sexuellem Missbrauch ist typischerweise die Gefahr schwerwiegender psychischer Schäden verbunden. Hinsichtlich künftiger Taten konkrete seelische Schäden bei kindlichen Opfern zu prognostizieren, ist nahezu ausgeschlossen, weshalb auch die allgemeine und abstrakte Gefährlichkeit von Delikten Grundlage von Sicherungsverwahrung sein kann (BGH NJW 2000, 3015). Die hier zu beurteilenden Missbrauchsfälle sind daher grundsätzlich als erheblich i.S.d. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB einzustufen, was nicht zuletzt die Einordnung des schweren sexuellen Missbrauchs als Verbrechen mit einem Strafrahmen von Freiheitsstrafe von ein bis fünfzehn Jahren verdeutlicht.

2. Dass der Angeklagte darüber hinaus keine körperliche Gewalt gegen seine Opfer angewandt hat, beseitigt nicht die Erheblichkeit seines Tuns, sondern führt lediglich dazu, dass er nicht auch noch der sexuellen Nötigung (§ 177 StGB) schuldig ist, kommt ihm aber nicht bei der Prüfung von § 66 StGB zugute (BGH NStZ 2007, 464, 465).

451. BGH 4 StR 514/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Frankenthal)

Berücksichtigung ausstehender anwaltsrechtlicher Sanktionen bei der Strafzumessung; Vorgaben für das Ausmaß der Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Verstoß im Ermittlungsverfahren).
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 114 BRAO

1. Drohen anwaltsrechtliche Sanktionen gemäß § 114 Abs. 1 BRAO, müssen die Strafzumessungserwägungen erkennen lassen, dass es diese bei der Festsetzung der Einzelstrafen und der Gesamtstrafe berücksichtigt hat. Die Nebenwirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf das Leben des Täters sind jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn dieser durch sie seine berufliche oder wirtschaftliche Basis verliert (vgl. BGH, Beschl. vom 27. August 1987 – 1 StR 412/87, BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 8).

2. Eine Anrechnung von vier Monaten der erkannten Strafe für eine im Zwischenverfahren eingetretene Verzögerung von sechs Monaten ist überzogen. Zwar lassen sich allgemeingültige Kriterien für die Bemessung der Kompensation nicht aufstellen; entscheidend sind stets die Umstände des Einzelfalls, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Verfahrensdauer als solche und die damit verbundenen Belastungen des Angeklagten bereits straf-

mildernd in die Strafzumessung eingeflossen sind. Die Anrechnung hat sich aber im Regelfall auf einen eher geringen Bruchteil der Strafe zu beschränken (vgl. BGHSt 52, 124, 146 f.; BGH, Urt. vom 9. Oktober 2008 – 1 StR 238/08; Beschl. vom 11. März 2008 – 3 StR 54/08; Senatsbeschl. vom 24. November 2009 – 4 StR 245/09).

416. BGH 2 StR 34/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Wiesbaden)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Betäubungsmittelabhängigkeit; Verhältnis zur Therapie nach § 35 BtMG).
§ 64 StGB; § 35 BtMG

Die Unterbringung nach § 64 StGB geht der dem Vollstreckungsverfahren vorbehaltenen Maßnahme gemäß § 35 BtMG vor; von der Anordnung der Unterbringung darf daher nicht abgesehen werden, weil eine Entscheidung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist (vgl. Senat, Beschl. v. 24. Juni 2009 – 2 StR 170/09; BGH StV 2008, 405, 406). Hieran hat sich durch die Neufassung des § 64 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327) grundsätzlich nichts geändert, auch wenn die Maßregel nach der Neufassung der Vorschrift nicht mehr zwingend anzuordnen.

349. BGH 3 StR 427/09 – Beschluss vom 3. November 2009 (LG Mönchengladbach)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Verschlechterungsverbot.
§ 55 StGB

Bei Aufhebung einer Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache an das Tatgericht ist in der neuen Verhandlung die Gesamtstrafenbildung nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der ersten tatrichterlichen Verhandlung vorzunehmen. Dem Beschwerdeführer darf ein früher erlangter Rechtsvorteil nicht durch sein Rechtsmittel genommen werden.

388. BGH 4 StR 586/09 – Beschluss vom 16. Februar 2010 (LG Berlin)

Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.
§ 63 StGB; § 67b Abs. 1 Satz 1 StGB

Bei der Prüfung gemäß § 67b Abs. 1 Satz 1 StGB ist zu berücksichtigen, dass der Angeklagte keine Krankheitseinsicht zeigt und sich weigert, die Medikamente einzunehmen, die eine „schnelle Linderung der krankheitsbedingten Symptome“ herbeiführen würden. Jedoch ist auch zu erörtern müssen, ob die vom Angeklagten ausgehende Gefahr insbesondere durch die Begründung eines Betreuungsverhältnisses nach §§ 1896 ff. BGB und/oder durch geeignete Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht (§§ 67b Abs. 2, 68b StGB) abwenden

oder jedenfalls so stark abschwächen lässt, dass ein Verzicht auf den Vollzug der Maßregel gewagt werden kann. Denn die damit verbundenen Überwachungsmöglichkeiten und das dem Beschuldigten zu verdeutlichende Risiko, bei Nichterfüllung solcher Weisungen mit dem Vollzug der Unterbringung rechnen zu müssen, können geeignet sein, die vom Sachverständigen und der Strafkammer angeführten Voraussetzungen einer erfolgversprechenden ambulanten Therapie herbeizuführen. Hierzu besteht jedenfalls dann Anlass, wenn sich der Angeklagte trotz seines Zustandes bis zur Begehung der verfahrensgegenständlichen Tat straffrei geführt hat und auch danach ohne weitere relevante Auffälligkeiten zunächst auf freiem Fuß verblieben ist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Mai 2009 – 4 StR 148/09 m.w.N.).

379. BGH 4 StR 504/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (LG Bielefeld)

Rechtsfehlerhaft bemessene Dauer des Vorwegvollzugs; unzulässige Beschränkung des Rechtsmittels auf die Anfechtung der Unterbringung nach § 64 StGB.
§ 67 StGB; § 64 StGB; § 344 StPO

Eine Kürzung der Dauer des angeordneten Vorwegvollzugs um die Dauer der bisher erlittenen Untersuchungshaft ist nicht zulässig (BGH, Beschluss vom 25. Februar 2009 – 5 StR 22/09).

350. BGH 3 StR 463/09 – Beschluss vom 1. Dezember 2009 (LG Hildesheim)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Verschlechterungsverbot).
§ 55 StGB

1. Jede Erhöhung einer Freiheitsstrafe ist selbst bei parallelem Wegfall einer Geldstrafe als das schwerere Übel anzusehen; eine solche Erhöhung kann daher einen Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot begründen.

2. Ist der Richter bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe gemäß § 55 StGB aus diesem Grund gehindert, eine schwerere Rechtsfolge zu verhängen, so bietet es sich an, von der Möglichkeit des § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB Gebrauch zu machen, die Geldstrafe also gesondert aufrecht zu erhalten.

353. BGH 3 StR 558/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Duisburg)

Vorwegvollzug (keine doppelte Berücksichtigung anzurechnender Haftzeiten).
§ 67 Abs. 2 StGB

Die vom Angeklagten insgesamt erlittene Untersuchungshaft ist im Rahmen der Strafvollstreckung auf die Dauer des vor der Unterbringung zu vollziehenden Teils der Strafe anzurechnen. Daher darf ihre Dauer bei der Bestimmung der vor Maßregeln zu vollziehenden Teile einer Freiheitsstrafe nicht (nochmals) berücksichtigt werden.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

456. BGH 2 StR 397/09 – Beschluss vom 17. März 2010 (LG Darmstadt)

BGHSt; Beeinträchtigungen des Konfrontationsrechts durch andere Vertragsstaaten der EMRK (Recht auf ein faires Strafverfahren; Zurechnung; Verschulden; Garantiegehalt der Menschenrechte; Protokollverlesung; besonders vorsichtige Beweiswürdigung); Mord (niedrige Beweggründe; Ehrenmord; Familienehre).

Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 1 EMRK; Art. 1 EMRK; § 251 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StPO

1. Eine allgemeine Zurechnung des Verfahrensgangs in Vertragsstaaten der EMRK unabhängig davon, ob die konkret betroffenen Verfahrenshandlungen dem jeweils nationalen Verfahrensrecht entsprechen oder nicht, ist durch die Konvention nicht geboten. Die Regelungen der EMRK schaffen kein einheitliches Verfahrensrecht der Vertragsstaaten im Einzelnen mit einer unbeschränkten Zurechnung unabhängig von den nationalen Verfahrensrechtsordnungen. (BGHSt)

2. Der Beschuldigte hat als besondere Ausformung des Grundsatzes der Verfahrensfairness ein Recht, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen; wenn ein Zeuge nur außerhalb der Hauptverhandlung vernommen worden ist, muss dem Beschuldigten dieses Recht zur konfrontativen Befragung entweder bei der Vernehmung oder zu einem späteren Zeitpunkt eingeräumt werden (BVerfG NJW 2010, 925 f.; BGHSt 51, 150, 154). (Bearbeiter)

3. Eine Nichtgewährung des Befragungsrechts führt aber nicht ohne weiteres zur Unverwertbarkeit der belastenden Aussage; vielmehr kommt es darauf an, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung den Geboten der Verfahrensfairness genügt (BVerfG NJW 2010, 925, 926; BGHSt 46, 93, 95). Hierbei ist es von erheblicher Bedeutung, ob der Umstand, dass der Angeklagte keine Möglichkeit zur konfrontativen Befragung hatte und dies auch nicht durch kompensierende Maßnahmen (z.B. Videovernehmung; Anwesenheit zumindest des Verteidigers bei der Zeugenbefragung) ausgeglichen wurde, der Justiz zuzurechnen ist oder auf Gründen außerhalb des Einfluss- und Zurechnungsbereichs der Strafverfolgungsbehörden beruht (BGHSt 51, 150, 155). (Bearbeiter)

4. Im ersteren Fall folgt aus der Zurechenbarkeit des Verstoßes gegen den Fairnessgrundsatz zwar kein grundsätzliches Verwertungsverbot; jedoch sind an die Beweiswürdigung in diesem Fall besonders hohe Anforderungen zu stellen. Dies schließt es regelmäßig aus, die Verurteilung des Angeklagten allein auf die Aussage der betreffenden Belastungszeugen zu stützen; diese kann

vielmehr nur dann Grundlage einer Verurteilung sein, wenn sie durch andere, gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt wird (BGHSt 46, 93, 106; 51, 150, 155 f.; BGH NStZ 2005, 224, 225; NStZ-RR 2005, 321). Nicht erforderlich ist, dass diese weiteren Beweisergebnisse schon für sich allein die Verurteilung tragen und die betreffende Zeugenaussage daher nur noch „bestätigenden“ Charakter hat (BVerfG NJW 2010, 925, 926 [Rdn. 20]). (Bearbeiter)

5. Eine allgemeine Zurechnung des Verfahrensgangs in Mitgliedsstaaten der EMRK unabhängig davon, ob die konkret betroffenen Verfahrenshandlungen dem jeweils nationalen Verfahrensrecht entsprechen oder nicht, ist durch die Konvention nicht geboten. (Bearbeiter)

457. BGH 4 StR 606/09 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Schwerin)

BGHSt; erforderlicher Zwischenrechtsbehelf für die Geltendmachung der Verletzung eines Zeugnisverweigerungsrechts (Verlöbnis; Heirat; Verfahrensrüge).

§ 52 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 252 StPO

1. Die in die Hauptverhandlung eingeführte Bewertung des Vorsitzenden einer Strafkammer, eine Zeugin sei nicht mit dem Angeklagten verlobt, kann vom Angeklagten nur dann zur Grundlage einer Verfahrensrüge gemacht werden, wenn er eine Entscheidung des Gerichts gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeigeführt hat. (BGHSt)

2. Zweck des § 238 Abs. 2 StPO ist es, die Gesamtverantwortung des Spruchkörpers für die Rechtsförmigkeit der Verhandlung zu aktivieren, hierdurch die Möglichkeit zu eröffnen, Fehler des Vorsitzenden im Rahmen der Instanz zu korrigieren und damit Revisionen zu vermeiden. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn es im unbeschränkten Belieben des um die Möglichkeit des § 238 Abs. 2 StPO wissenden Verfahrensbeteiligten stünde, ob er eine für unzulässig erachtete verhandlungsleitende Maßnahme des Vorsitzenden nach § 238 Abs. 2 StPO zu beseitigen sucht oder stattdessen hierauf im Falle eines ihm nachteiligen Urteils in der Revision eine Verfahrensrüge stützen will. Er hat daher grundsätzlich auf Entscheidung des Gerichts anzutragen; unterlässt er dies, kann er in der Revisionsinstanz mit einer entsprechenden Rüge nicht mehr gehört werden (BGH, Urteil vom 16. November 2006 – 3 StR 139/06, BGHSt 51, 144, 147; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsprechung: BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 2007 – 2 BvR 2557/06). (Bearbeiter)

3. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Anordnung des Vorsitzenden eine strafprozessuale Regelung zu Grunde

liegt, die ihm für die Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen einen Beurteilungsspielraum eröffnet oder ihm auf der Rechtsfolgenseite Ermessen einräumt, und die Revisionsrüge auf eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums oder einen Ermessensfehlgebrauch gestützt werden soll (BGH aaO). Umso mehr ist eine Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO geboten, wenn das Revisionsgericht an solche tatrichterlichen Feststellungen gebunden ist, wie dies die Rechtsprechung bezüglich der Voraussetzungen eines Verlöbnisses annimmt (vgl. die Nachweise bei BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 – 2 StR 445/02, BGHSt 48, 294, 300 [dort offen gelassen]). (Bearbeiter)

4. Gerade wenn dem Revisionsgericht eine Richtigkeitsprüfung infolge einer Bindung an die Feststellungen des Tatrichters verwehrt ist, besteht für den späteren Revisionsführer Anlass, sich mit der Maßnahme des Vorsitzenden nicht zu begnügen, sondern diese und ihre im Nachhinein selbst im Freibeweisverfahren kaum rekonstruierbare Tatsachengrundlage zunächst zur Überprüfung durch das gesamte Tatgericht zu stellen. Unterlässt er diese Anrufung des Gerichts, so gibt er damit zu erkennen, dass er die Grenzen des Beurteilungsspielraums des Vorsitzenden nicht als überschritten und die Anordnung nicht als rechtswidrig ansieht. (Bearbeiter)

5. Da das Verlöbnis ein allein vom Willen der Betroffenen abhängiges, an keine Form gebundenes Rechtsverhältnis ist, dessen Auflösung sogar dann in Betracht kommt, wenn einer der Beteiligten einseitig den Heiratswillen aufgibt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 – 2 StR 445/02, BGHSt 48, 294, 300 f.), unterliegt die „Feststellung“, ob ein Verlöbnis vorliegt, als Maßnahme der Verhandlungsleitung der wertenden Beurteilung des Vorsitzenden nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls. Sie ist deshalb nach § 238 Abs. 2 StPO angreifbar. (Bearbeiter)

443. BGH 4 StR 619/09 – Beschluss vom 2. März 2010 (LG Saarbrücken)

BGHSt; Verlesung der Niederschriften über polizeiliche Vernehmungen bei Berufung des Zeugen auf § 55 StPO; (tatsächliche Unmöglichkeit der Vernehmung).

§ 55 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO

1. Die Vernehmung eines Zeugen, der sich vorab auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO berufen hat, darf nicht durch die Verlesung einer von ihm stammenden früheren schriftlichen Erklärung nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO ersetzt werden (BGHSt 51, 325; offen gelassen in der Senatsentscheidung BGHSt 51, 280).

2. Diese Rechtsprechung gilt nicht, wenn ein Zeuge sich im Ausland befindet und neben dem beabsichtigten Gebrauch des § 55 StPO erklärt, er habe Angst um sein Leben und nicht die Absicht, in absehbarer Zeit nach Deutschland zu kommen. Die Niederschriften eines solchen Zeugen über seine polizeilichen Vernehmungen dürfen daher gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesen werden.

446. BGH 1 StR 64/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Hechingen)

BGHSt; wirksame Revisionsrücknahme nach Verständigung (unwirksamer Rechtsmittelverzicht und Umgehung durch abgesprochene Revisionsrücknahmen); Recht auf ein faires Verfahren (Subjektstellung).

Art. 6 EMRK; § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 257c StPO

1. Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen, so kann eine Zurücknahme des Rechtsmittels grundsätzlich auch noch vor Ablauf der Frist zu seiner Einlegung wirksam erfolgen. (BGHSt)

2. Dies gilt auch dann, wenn Revisionseinlegung und Revisionsrücknahme binnen einer Stunde erfolgen, um die Rechtskraft des Urteils gezielt herbeizuführen. (Bearbeiter)

3. Anders wäre der Fall wohl zu beurteilen, wenn ein Gericht im Zusammenhang mit Verständigungsgesprächen auf den Angeklagten einwirkt, Rechtsmittel allein deshalb einzulegen, um sodann durch Zurücknahme des Rechtsmittels die Rechtskraft herbeizuführen oder wenn eine solche Vorgehensweise gar Inhalt einer Verständigung wäre. Dann läge eine Umgehung des § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO nahe mit der Folge der Unwirksamkeit einer solchen Rechtsmittelrücknahme. (Bearbeiter)

394. BGH 4 StR 620/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Essen)

Verbotene Vernehmungsmethoden (unzulässiger Druck zu einem Geständnis in der Hauptverhandlung; Darlegungsanforderungen: nähere Umstände des Verständigungsgesprächs, Widerspruchsobliegenheit, Missachtung der Protokollierungspflicht).

§ 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 243 Abs. 4 StPO

Zwar kann grundsätzlich auch bei einem der Verständigung entsprechenden Urteil gerügt werden, der Angeklagte sei mit unzulässigem Druck dazu veranlasst worden, der Verständigung zuzustimmen und ein Geständnis abzulegen. Doch ist es jedenfalls dem verteidigten Angeklagten im Regelfall zuzumuten, Inhalten der Verständigung, die er für unzulässig hält, sogleich zu widersprechen und gegebenenfalls – schon im Interesse späterer Überprüfbarkeit – auf ihre Protokollierung hinzuwirken oder solche Umstände zum Gegenstand eines Ablehnungsgesuchs zu machen (vgl. BGH, Beschl. vom 28. Oktober 2008 – 3 StR 431/08, StV 2009, 171 (nur LS)).

370. KG 2 Ws 511/09 Vollz – Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Berlin)

Akteneinsicht im Strafvollzug; Informationsrecht; Aktenauskunft (rechtliches Interesse); Gefangenenpersonalakten; Gesundheitsakten (objektivierbare Befunde und Behandlungsergebnisse); redaktioneller Hinweis.

§ 185 StVollzG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art 2 Abs. 1 GG; § 19 BDSG

1. Strafgefangene haben nach § 185 StVollzG in Verbindung mit § 19 BDSG in erster Linie Anspruch auf Auskunft aus den sie betreffenden Akten. Akteneinsicht steht ihnen nur zu, soweit eine Auskunft für die Wahr-

nehmung ihrer rechtlichen Interessen nicht ausreicht und sie hierfür auf die unmittelbare Einsichtnahme angewiesen sind.

2. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung genügt als solches nicht, um ein rechtliches Interesse auf Akteneinsicht in diesem Sinne zu begründen.

398. BGH 4 StR 660/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Halle)

Beweiswürdigung (Inbegriff der Hauptverhandlung; Vorhalt und Verlesung einer Vernehmungsniederschrift).

§ 261 StPO; § 252 StPO

Zwar ist es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zulässig, einen Richter als Zeugen über die von der das Zeugnis in der Hauptverhandlung verweigernden Person gemachten Aussagen zu vernehmen, sofern er an einer richterlichen Vernehmung dieser Beweisperson beteiligt war. Auch dürfen dem Richter, der die Vernehmung durchgeführt hat, die Vernehmungsprotokolle – notfalls durch Vorlesen – als Vernehmungsbefehl vorgehalten werden (vgl. BGH NJW 2000, 1580). Grundlage der Feststellung des Sachverhalts kann jedoch nur das in der Hauptverhandlung erstattete Zeugnis des Richters über den Inhalt der früheren Aussage des jetzt die Aussage verweigernden Zeugen sein, nicht aber der Inhalt der Vernehmungsniederschrift selbst. Deshalb genügt nicht, wenn der Richter lediglich erklärt, er habe die Aussage richtig aufgenommen; verwertbar ist nur das, was – ggf. auf den Vorhalt hin – in die Erinnerung des Richters zurückkehrt (BGH StV 2001, 386).

458. BGH 4 StR 572/09 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Essen)

Wirksame Rücknahme der Revision durch den Pflichtverteidiger (Falschberatung durch den Pflichtverteidiger; erforderliche Ermächtigung; Unanfechtbarkeit).

§ 302 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StPO

1. Die Revisionsrücknahme ist ebenso wie der Rechtsmittelverzicht generell unwiderruflich und unanfechtbar (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 46, 257, 258; BGHR StPO § 302 Abs. 1 Rücknahme 6). Nur in eng begrenztem Umfang erkennt die Rechtsprechung Ausnahmen an (vgl. dazu BGHSt 45, 51, 53 m.w.N.). Ein solcher Ausnahmefall ist schon deshalb nicht gegeben, wenn die unrichtige Auskunft, durch die der Angeklagte zu seiner Erklärung veranlasst worden sein soll, nicht durch das Gericht (vgl. hierzu BGHSt 46, 257 f.), sondern durch den Pflichtverteidiger erteilt wurde.

2. Ein bloßer Irrtum über die Auswirkungen eines Urteils oder sonstige enttäuschte Erwartungen sind insoweit unbeachtlich (Senatsbeschluss vom 13. Mai 2003 – 4 StR 135/03 m.w.N.).

453. BGH 4 StR 640/09 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Bochum)

Verkannte Bindungswirkung eines früheren Urteils (übernommene Feststellungen; Urkundsbeweis).

§ 358 StPO; § 249 Abs. 1 StPO

Feststellungen rechtskräftiger Urteile zu früheren Tatgeschehen einschließlich der Beweistatsachen, die in einem späteren Verfahren von Bedeutung sein können, binden den neu entscheidenden Tatrichter nicht (BGHSt 43, 106, 107 f.; BGH NStZ 2008, 685). Feststellungen aus früheren rechtskräftigen Strafurteilen können aber gegebenenfalls im Wege des Urkundenbeweises gemäß § 249 Abs. 1 StPO in die neue Hauptverhandlung eingeführt und verwertet werden; der neue Tatrichter darf sie jedoch nicht ungeprüft übernehmen (BGH aaO).

413. BGH 2 StR 27/10 – Beschluss vom 17. März 2010 (LG Köln)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung des Verschuldens von Prozessbevollmächtigten und des Kanzleipersonals beim Nebenkläger; nötige Darlegung der unverschuldeten Säumnis).

§ 44 StPO

1. Das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten ist dem Nebenkläger nach dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz des § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen. Für die Frage, inwieweit der prozessbevollmächtigte Rechtsanwalt für Verschulden seines Kanzleipersonals haftet, kommt es darauf an, ob dieses sorgfältig ausgewählt und überwacht wird und ob eine zur Verhinderung von Fristüberschreitungen taugliche Büroorganisation vorhanden ist.

2. Es bleibt offen, ob in der Büroorganisation des Prozessbevollmächtigten, wonach die am Wochenende eingehende Post zusammen mit der am Montag eingehenden Post bearbeitet wird, überhaupt eine zur Verhinderung von Fristüberschreitungen taugliche Büroorganisation zu sehen ist. Eine Handhabung dergestalt, dass die Wochenendpost dem Briefkasten entnommen und bearbeitet wird, bevor die Montagspost eingeht, ist geeignet, Fehler beim Posteingang und damit der Fristberechnung von vornherein zu vermeiden.

3. Die Begründung eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfordert grundsätzlich eine genaue Darlegung und Glaubhaftmachung aller zwischen dem Beginn und Ende der versäumten Frist liegenden Umstände, die für die Frage bedeutsam sind, wie und gegebenenfalls durch wessen Verschulden es zur Versäumung gekommen ist (BGHR StPO § 45 Abs. 2 Tatsachenvortrag 1). Zu dem erforderlichen Tatsachenvortrag gehört damit, dass der Antragsteller einen Sachverhalt vorträgt, der ein der Wiedereinsetzung entgegenstehendes Verschulden ausschließt (BGHR a.a.O. Tatsachenvortrag 5).

414. BGH 2 StR 31/10 – Beschluss vom 31. März 2010 (LG Hanau)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht; Verständigung; Protokollierung als wesentliche Förmlichkeit; negative Beweiskraft des Protokolls; unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag; Reichweite der Verwerfungsbefugnis des Tatgerichts.

§ 257c StPO; § 302 Abs. 1 StPO; § 44 StPO; § 273 Abs. 1a StPO

1. Der nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO zwingend vorgeschriebene Vermerk, dass eine Verständigung (nach

§ 257c StPO) nicht stattgefunden hat, gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten im Sinne des § 274 Satz 1 StPO.

2. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig (§ 274 Satz 2 StPO).

3. Ist die Revision bereits wegen eines Rechtsmittelverzichts unzulässig, ist kein Raum für eine Entscheidung des Tatrichters, denn dessen Verwerfungskompetenz ist gemäß § 346 Abs. 1 StPO auf Fälle beschränkt, in denen die Unzulässigkeit ausschließlich daraus folgt, dass die Revision verspätet eingelegt ist oder die Revisionsanträge nicht rechtzeitig oder nicht in der in § 345 Abs. 2 StPO vorgeschriebenen Form angebracht worden sind; dies gilt wegen der Vorrangigkeit der prüfenden Frage, ob der Rechtsmittelverzicht wirksam ist, auch dann, wenn der Verzicht mit einem solchen Form- oder Fristmangel zusammentrifft.

354. BGH 3 StR 559/09 – Urteil vom 4. März 2010 (LG Oldenburg)

„Betäubungsmittelbande“; Bande (Beweiswürdigung; Überzeugungsbildung; überspannte Anforderungen); prozessualer Tatbegriff (Identität, Nämlichkeit, individuelle Merkmale des Tatgeschehens); Aufklärungspflicht (Vernehmung eines ausländischen Polizeibeamten); Verfall (Bruttoprinzip).

§ 30a BtMG; § 264 StPO; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 73 StGB

1. Gegenstand der Urteilsfindung ist gemäß § 264 Abs. 1 StPO die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich

nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Tat im Sinne dieser Vorschrift ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.

2. Verändert sich im Laufe eines Verfahrens das Bild des Geschehens, das die Anklage umschreibt, so kommt es darauf an, ob die „Nämlichkeit der Tat“ trotz der Abweichungen noch gewahrt ist. Dies ist ungeachtet gewisser Unterschiede dann der Fall, wenn bestimmte individuelle Merkmale die Tat weiterhin als einmaliges, unverwechselbares Geschehen kennzeichnen.

340. BGH 3 StR 30/10 – Beschluss vom 1. April 2010 (LG Düsseldorf)

Urteilsabsetzungsfrist (fehlende Unterschrift); absoluter Revisionsgrund.

§ 338 Nr. 7 StPO; § 275 Abs. 2 StPO

1. Ein vollständiges schriftliches Urteil liegt erst dann vor, wenn sämtliche an ihm beteiligten Berufsrichter seinen Inhalt gebilligt und dies mit ihrer Unterschrift bestätigt haben.

2. Das in § 275 Abs. 2 Satz 1 StPO formulierte Gebot, dass das Urteil von den mitwirkenden Berufsrichtern zu unterschreiben ist, lässt es nicht zu, dass die den Urteiltext abschließende Unterschrift als durch eine an anderer Stelle der Akte befindliche Unterschrift des mitwirkenden Richters – und sei es auch auf der Verfügung zur Zustellung des nämlichen Urteils – ersetzbar angesehen wird.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

346. BGH 3 StR 274/09 – Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Dortmund)

BGHSt; Rückwirkungsverbot; Verjährung; Außenwirtschaftsgesetz; Dual-use-Güter; Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen; völlig ungeeignetes Beweismittel; audiovisuelle Vernehmung; kommissarische Vernehmung.

§ 2 Abs. 3 StGB; § 78b Abs. 4 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG; § 5 Abs. 1 AWV; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Wird ein Gesetz, das für besonders schwere Fälle strafscharfend Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren vorsieht, nach Beendigung der Tat in der Weise geändert, dass die Regelbeispiele für besonders schwere Fälle in Qualifikationstatbestände umgewandelt werden, und hat der Täter nur den Grundtatbestand erfüllt, so ist gemäß § 2 Abs. 3 StGB die Neufassung des Gesetzes anzuwen-

den, wenn auf deren Grundlage Strafverfolgungsverjährung eingetreten ist, weil die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht mehr nach § 78b Abs. 4 StGB zum Ruhen der Verjährung führen konnte. (BGHSt)

2. Zu den Anforderungen an die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Unerreichbarkeit und Ungeeignetheit des Beweismittels, wenn bei Auslandstaten oder Taten mit einem starken Auslandsbezug ein im Ausland ansässiger Entlastungszeuge nur zu einer kommissarischen oder audiovisuellen Vernehmung zur Verfügung steht. (BGHSt)

3. Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Bestandteile, besonders konstruiert oder geändert für militärische Zwecke“ im Sinne der Position 0006 des Teils I Abschnitt A der Ausfuhrliste zum Außenwirtschaftsgesetz (nur Hinweis). (BGHSt)

4. Wird zwischen Begehung und Aburteilung einer Tat die materielle Strafandrohung geändert und kann dies Einfluss auf die Länge der Verjährungsfrist haben oder das Ruhen der Verjährung nach sich ziehen, so beurteilt sich die Frage, welches Strafgesetz im Hinblick auf die Verfolgungsverjährung Anwendung findet, nach § 2 StGB, obwohl die Verjährungsvorschriften grundsätzlich dem Verfahrensrecht zuzuordnen sind. (Bearbeiter)

5. Die Verjährungsfrist berechnet sich daher gemäß § 2 Abs. 3 StGB nach der Bestimmung, die bei einem Gesamtvergleich im konkreten Einzelfall die dem Täter günstigste Beurteilung zulässt. Ergibt dieser Gesamtvergleich, dass ein Gesetz den Eintritt der Verjährung zur Folge hat, so ist dieses Gesetz für den Täter günstiger und damit milder im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB. (Bearbeiter)

6. Es darf einem Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen, wenn einem Verfahren eine Auslandstat zugrunde liegt oder die Tat jedenfalls einen starken Auslandsbezug aufweist und die Beweisführung im Wesentlichen auf ausländische Beweismittel zurückgreifen muss. Daher ist dem legitimen Anliegen eines Angeklagten, sich gegen aus dem Ausland stammende belastende Beweismittel durch die Benennung von im Ausland ansässigen Entlastungszeugen zu verteidigen, dadurch Rechnung zu tragen, dass an die Ablehnung eines solchen Beweisantrags strengere Maßstäbe anzulegen sind. (Bearbeiter)

404. BGH 1 StR 52/10 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG München)

Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung des Tatgerichts bei Hinterziehung von Tabaksteuer; Kleinverkaufspreis; Schätzung bei mangelndem Marktpreis).

§ 370 AO; § 4 TabStG; § 261 StPO

1. Die auf den Besteuerungsgrundlagen aufbauende Steuerberechnung ist Rechtsanwendung und daher Aufgabe des Tatgerichts. Den der Berechnungsdarstellung zukommenden Aufgaben kann nicht durch Bezugnahmen auf Steuerbescheide oder Betriebs- oder Fahndungsprüfungsberichte entsprochen werden. Das Tatgericht ist zwar nicht gehindert, sich Steuerberechnungen von Beamten der Finanzverwaltung anzuschließen, die auf den festgestellten Besteuerungsgrundlagen aufbauen. Allerdings muss im Urteil zweifelsfrei erkennbar sein, dass das Tatgericht eine eigenständige – weil ihm obliegende Rechtsanwendung – Steuerberechnung durchgeführt hat.

2. Existiert für Zigaretten einer ausländischen Marke in Deutschland kein regulärer legaler Kleinverkaufspreis auf der Grundlage versteuerter Zigaretten, kann das Gericht

der Schätzung den durchschnittlichen Kleinverkaufspreis von Markenzigaretten des unteren Preissegments zugrunde legen (vgl. Senat, NStZ-RR 2009, 343, 344).

339. BGH 3 StR 220/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Oldenburg)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Versuchsbeginn bei Einfuhr auf dem Luftweg).

§ 29a BtMG; § 22 StGB

1. Der Einfuhrtatbestand ist erfüllt, wenn das Betäubungsmittel aus dem Ausland in den Geltungsbereich des Betäubungsmittelgesetzes verbracht worden ist, es also die Grenze überschritten hat.

2. Der Versuch der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln beginnt frühestens mit Handlungen, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen, das geschützte Rechtsgut somit unmittelbar gefährden. Bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln im Flugzeug beginnt der Versuch regelmäßig mit dem Einchecken des Reisegepäcks, in dem sich das Rauschgift befindet, sofern der Abflug zum deutschen Hoheitsgebiet demnächst erfolgen soll.

3. Sofern ein Kurier Betäubungsmittel im Handgepäck mitführt, um sie auf dem Luftwege in den Geltungsbereich des Betäubungsmittelgesetzes zu bringen, kommt ein Versuchsbeginn frühestens mit dem Betreten der Maschine in Betracht.

419. BGH 2 StR 67/10 – Beschluss vom 17. März 2010 (LG Gera)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Eigenverbrauch); kein (erweiterter) Verfall beim Besitz von Betäubungsmitteln (Einziehung).

§ 29 BtMG; § 73 StGB; § 33 Abs. 2 BtMG; § 73a StGB; § 73d StGB

1. Der gleichzeitige Besitz zum Eigenverbrauch bestimmter – auch verschiedenartiger – Betäubungsmittel verletzt das Gesetz nur einmal (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 2; BGH NStZ 2005, 228).

2. Erlangte Betäubungsmitteln unterliegen als Beziehungsgegenstände nur der Einziehung nach § 33 Abs. 2 BtMG, nicht aber dem Verfall. Damit scheidet auch die ersatzweise Anordnung des Wertersatzverfalls nach § 73 a StGB aus, die nur an Stelle des Verfalls in Betracht kommt (BGH NStZ-RR 2002, 118 f.; Senatsbeschluss vom 13. Januar 2010 – 2 StR 519/09).

Strafrechtliche Grenzen des Pharmamarketings

Zur Strafbarkeit der Annahme umsatzbezogener materieller Zuwendungen durch niedergelassene Vertragsärzte

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Leipzig*

I. Einleitung

Der stetig steigende Kostendruck im Gesundheitswesen hat das in den Jahrzehnten der Vollfinanzierung eingeschlafene öffentliche Bewusstsein für eine der wichtigsten Säulen unseres Sozialstaats geweckt. Dieser Wandel in der öffentlichen Wahrnehmung wird von einer verstärkten Medienberichterstattung über Vermögensstrafaten und „Korruption“ im Gesundheitswesen¹ begleitet. Berichte über materielle Zuwendungen von Pharmaunternehmen an niedergelassene Vertragsärzte bilden hierbei einen Schwerpunkt.² In diesem milliardenschweren Markt haben sich in den zurückliegenden Jahrzehnten Marketingpraktiken etabliert, die der Hamburger Strafverteidiger *Pragal*³ im Jahr 2005 ins Schlaglicht einer strafrechtlichen Betrachtung gerückt und hierfür in der Literatur teilweise Zustimmung,⁴ teils heftige Kritik⁵

erfahren hat. Die Prognose *Pragals*, es werde demnächst zu Anklagen und „einem mittleren Erdbeben in Teilen der Ärzteschaft, des Berufsstandes der Pharmareferenten und in den Vorstandsetagen der Pharmakonzerne“ kommen,⁶ hat sich deshalb nicht realisiert, weil die zuständigen Staatsanwaltschaften bislang der von ihm begründeten Rechtsauffassung, der Vertragsarzt sei Beauftragter der Krankenkasse und könne sich gemäß § 299 StGB strafbar machen, nicht gefolgt sind und die entsprechenden Verfahren mangels Tatverdacht gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt haben.⁷

Im vergangenen Februar ist die zwischen den divergierenden Standpunkten verfahrenere Diskussion über die Reichweite des § 299 StGB allerdings erneut angefacht worden. In einem Ermittlungsverfahren der Staatsan-

* Prof. Dr. Hendrik Schneider ist ordentlicher Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Jugendstrafrecht und lehrt an der Universität Leipzig.

¹ Ein Überblick über die Berichterstattung der letzten Jahre findet sich bei *Klötzer*, Ist der niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§ 299, 331 StGB? NStZ 2008, 12; zu den Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität im Gesundheitswesen, vgl.: *Nestler*, Phänomenologie der Wirtschaftskriminalität im Gesundheitswesen, JZ 2009, 984.

² Vgl. Der Spiegel, 38/2009, „Legale Korruption“; FAZ vom 21.07.2009, „Geschenke auf Rezept“; Süddeutsche Zeitung vom 14.09.2009, „Kampf gegen korrupte Ärzte“; Handelsblatt vom 14.12.2009 (abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/>), „Ratiopharm-Ermittlungen wegen Korruption auch in Thüringen“; Spiegel-Online vom 26.06.2009 (abrufbar unter <http://www.spiegel.de/>), „Erste Strafbefehle: Ärzte sollen 19.000 Euro von Ratiopharm kassiert haben“.

³ *Pragal*, Das Pharma-„Marketing“ um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gemäß § 299 StGB! NStZ 2005, 133; *ders.*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, 165 ff.; *ders./Apfel*, Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen, A&R 2007, 10.

⁴ *Böse/Mölders*, Die Durchführung sog. Anwendungsbeobachtungen durch den Kassenarzt als Korruption im Geschäftsverkehr (§ 299 StGB)? MedR 2008, 585; *Schmitz-Elvenich*, Bestechlichkeit und Bestechung von niedergelassenen Ärzten, Die Krankenversicherung 2007, 240; *StGB-Fischer*

(57. A.) 2010, § 299 Rn. 10a; NK-Gesamtes Strafrecht-Bannenbergl (1. A.) 2008, § 299 Rn. 9, § 331 Rn. 12; NK-Dannecker (3. A.) 2010, § 299 Rn. 23c; LK-Tiedemann (12. A.) 2008, § 299 Rn. 18, 32; *Krick*, Die Strafbarkeit von Korruptionsdelikten bei niedergelassenen Vertragsärzten, 4. Fachtagung „Betrug im Gesundheitswesen“ am 17. und 18.02.2010 in Hannover, KKH-Allianz (unveröffentlichtes Vortragsmanuskript).

⁵ *Geis*, Tatbestandsüberdehnungen im Arztstrafrecht am Beispiel der „Beauftragtenbestechung“ des Kassenarztes nach § 299 StGB, wistra 2005, 369 ff.; *ders.*, Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes? GesR 2006, 345 ff.; *ders.*, Ist jeder Kassenarzt ein Amtsarzt? – Zu Vorschlägen neuer Strafbarkeiten nach § 299 und den §§ 331 ff. StGB, wistra 2007, 361 ff.; *Sahan*, Ist der Vertragsarzt tauglicher Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 Abs. 1 StGB, ZIS 2007, 69 ff.; *Klötzer* (Fn. 1) NStZ 2008 ff., 12; *Krafczyk*, Kick-Backs an Ärzte im Strafraum – Berufs- und strafrechtliche Aspekte der Zuweisung gegen Entgelt, in: FS-Mehle, 2009, 325 ff.

⁶ *Pragal* (Fn. 3) NStZ 2005, 133, 136.

⁷ Dies gilt auch für das bei der Staatsanwaltschaft Ulm anhängige Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche des Pharmaunternehmens *ratiopharm*. Die Staatsanwaltschaft Ulm hatte das Ermittlungsverfahren durch Verfügung vom 19.12.2005 zunächst vollumfänglich nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Die Einstellungsverfügung wurde von der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart mit Verfügung vom 13.04.2006 aufgehoben, jedoch nur hinsichtlich möglicher Vergehen der Untreue und des Betruges, nicht hinsichtlich des Vorwurfs einer Strafbarkeit gemäß § 299 StGB.

waltschaft Braunschweig gegen einen Apotheker⁸ wegen § 299 StGB hatte das Landgericht Braunschweig mit Beschluss vom 21.12.2009⁹ die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft Braunschweig hat das OLG Braunschweig durch Beschluss vom 23.02.2010¹⁰ – mangels hinreichenden Tatverdachts einer Unrechtsvereinbarung – zwar als unbegründet verworfen, in einem obiter dictum aber die Auffassung vertreten, der niedergelassene Vertragsarzt handele bei der Verordnung von Arzneimitteln als Beauftragter der Krankenkassen i.S.v. § 299 I StGB.¹¹

Der Durchgriff auf § 299 StGB ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil materielle Zuwendungen (sog. „kick backs“) der Pharma- und Medizinprodukteindustrie an Vertragsärzte nach der Position der Rechtsprechung bislang nur in Ausnahmefällen als Untreue oder Betrug strafbar waren, wenn den Kassen nachweislich ein Vermögensschaden entstanden war. Wird durch die materielle Zuwendung auf das Auswahlermessen des Vertragsarztes zwischen den seinen Patienten verordneten Medikamenten verschiedener Hersteller eingewirkt, fehlt es in der Regel an einem Vermögensschaden, weil Fertigarzneimittel einer Preisbindung unterliegen. Daher kann in den meisten praxiswichtigen Fallkonstellationen weder auf § 266 StGB, noch auf § 263 StGB zurückgegriffen werden. In diesen Fällen steht und fällt die Frage der strafrechtlichen Relevanz entsprechender Zuwendungen folglich mit der Anwendbarkeit des § 299 StGB, der als eine zum Schutz des Wettbewerbs dienende Bestimmung keinen Vermögensschaden voraussetzt. Im Einzelnen:

II. Der Standpunkt der Rechtsprechung

1. Untreue zum Nachteil der gesetzlichen Krankenkassen

a. Die Verordnung von Übermengen und der Bezug von Sprechstundenbedarf

Seit dem Beschluss des 4. Strafsenats des BGH vom 25.11.2003¹² (Fall „Parenterale Ernährung“) ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass aus dem sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1, S. 2 SGB V¹³ eine Pflicht des Vertragsarztes zur Be-

treuung des Vermögens der Krankenkassen folgt (Vermögensbetreuungspflicht). Diese Pflicht missbraucht der Vertragsarzt, wenn er als Vertreter der Krankenkasse im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis einem Patienten eindeutig nicht notwendige oder unzweckmäßige Leistungen verordnet (Untreue durch Missbrauch der Vertretungsmacht¹⁴).

Ein Vermögensschaden entsteht der Krankenkasse des Patienten jedenfalls dann, wenn der Arzt – wie in dem der Entscheidung des BGH vom 23.11.2003 zugrunde liegenden Sachverhalt – einem Patienten über einen längeren Zeitraum zunächst das Doppelte, später das Dreifache, der für seine Versorgung medizinisch indizierten Infusionslösungen zur parenteralen Ernährung verschreibt und der Patient die Übermengen auf nicht feststellbare Art anderweitig verwendet.

Ein Vermögensschaden ist ferner dann anzunehmen, wenn ein Vertragsarzt von einem Lieferanten für Arzneimittel umsatzbezogene Rückvergütungen erhält und diese dem der Kasse in Rechnung gestellten Preis des Medikamentes aufgeschlagen werden. Derartige Aufschläge sind denkbar, wenn es sich nicht um Fertigarzneimittel im Sinne von § 1 Abs. 1 Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisVO) i.V.m. § 78 AMG, d.h. um „im voraus hergestellte und in einer zur Abgabe an den Verbraucher bestimmten Packung in den Verkehr gebrachte“ Arzneimittel, sondern zum Beispiel um so genannten „Sprechstundenbedarf“¹⁵ handelt. Denn in diesem Fall unterliegen die Medikamente keiner Preisbindung, so dass das Pharmaunternehmen bzw. der Lieferant des Arzneimittels bei der Preisgestaltung die erforderliche Flexibilität hat, das an den Arzt ausgekehrte „kick-back“ in den Preis des Medikaments einzurechnen. Entsprechend hat der 1. Strafsenat des BGH in der „Augenlinsenentscheidung“ vom 27.04.2004¹⁶ unter Bezug auf die vom 4. Senat entwickelten Grundsätze Untreue in einem Fall angenommen, in dem die beteiligten Augenärzte bei ambulanten Operationen im Rahmen der Behandlung des grauen Stars um ihre umsatzbezogene Rückvergütung überteuerte Medikamente verwendet hatten. Ähnlich lag es in dem der Entscheidung des OLG Hamm¹⁷ zugrunde liegenden Sachverhalt, bei dem ein für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Urologe von einem Lieferanten auf Kosten der Krankenkassen seiner Patienten

⁸ Zum Sachverhalt, vgl. Ärzte Zeitung vom 12.04.2010, *Beneker*, „Apotheker besticht Arzt? Mietkosten im Visier“ (abrufbar unter <http://www.aerztezeitung.de/>).

⁹ Az.: 6 KLS 49/09.

¹⁰ Az.: Ws 17/10.

¹¹ Vgl. hierzu die Anmerkung von *Schneider* StV 2010, im Druck.

¹² BGH, Beschluss vom 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 ff. = NJW 2004, 454 ff. = StV 2004, 422 ff. = HRRS 2004 Nr. 43.

¹³ § 12 Abs. 1 SGB V: „Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen“ sowie § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V: „Die Versorgung der Versicherten muss ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des

Notwendigen nicht überschreiten und muss in der fachlich gebotenen Qualität sowie wirtschaftlich erbracht werden“.

¹⁴ Zur Abgrenzung von Missbrauchs- und Treubruchtatbestand, vgl. *Bernsmann*, Kick-back zu wettbewerbswidrigen Zwecken – keine Untreue, StV 2005, 576, 577.

¹⁵ Hierbei handelt es sich um Produkte, die bei mehr als einem Versicherten oder bei Notfällen bzw. im Zusammenhang mit einem medizinischen Eingriff Anwendung finden und die in die regional unterschiedlichen „Sprechstundenbedarfsvereinbarungen“ aufgenommen sind, vgl. zum Beispiel die „Vereinbarung über die vertragsärztliche Verordnung von Sprechstundenbedarf“ zwischen der KV Hessen und bestimmten Krankenkassen vom 07. November 1994.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 27.04.2004 – 1 StR 165/03, NStZ 2004, 568 ff. = wistra 2004, 422 ff. = HRRS 2004 Nr. 821.

¹⁷ OLG-Hamm, Urteil vom 22.12.2004 – 3 Ss 431/04, NStZ-RR 2006, 13 ff. mit Anmerkungen von *Steinhilper*, MedR 2005, 236 und *Bernsmann/Schoß*, Vertragsarzt und „Kick-back“, GesR 2005, 193.

Röntgenkontrastmittel bezogen hatte und der Lieferant des Kontrastmittels es im Gegenzug übernahm, unentgeltlich den medizinischen Sondermüll der Praxis zu beseitigen.¹⁸

b. Die Verordnung von Fertigarzneimitteln

Aus diesen Grundsätzen kann in den Fällen einer durch materielle Zuwendungen erfolgenden Beeinflussung des Auswahlermessens des Vertragsarztes bei der medizinisch indizierten Verordnung eines Fertigarzneimittels mangels Vermögensschadens keine Strafbarkeit wegen Untreue abgeleitet werden. Die Preise für die in den Apotheken den Patienten abgegebenen Medikamente richten sich nach der auf der Grundlage des § 78 AMG erlassenen Arzneimittelpreisverordnung. In Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben, durch die für verschreibungspflichtige Arzneimittel einheitliche Herstellerabgabepreise (§ 78 Abs. 3 AMG) und einheitliche Apothekenabgabepreise (§ 78 Abs. 2 AMG) sichergestellt werden sollen, regelt die Arzneimittelpreisverordnung die Preisspannen der pharmazeutischen Großhändler und Apotheker beim Weiterverkauf verschreibungspflichtiger Medikamente. Das Preisberechnungsmodell nach dem AMG und der Arzneimittelpreisverordnung gilt entsprechend für den Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung, so dass kein Raum dafür besteht, eine Zuwendung an den Arzt in eine Preissteigerung einfließen zu lassen.

In den in der Praxis besonders häufig auftretenden Fällen, in denen Pharmaunternehmen die Verordnung der von ihnen hergestellten Fertigarzneimittel durch Zuwendungen fördern, fehlt es deshalb an einem der Krankenkasse entstehenden Vermögensschaden im Sinne des § 266 StGB. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zu den bisher von der Rechtsprechung als Untreue bewerteten Sachverhalten. Auch ein Nachweis dahingehend, dass die von den Vertragsärzten verordneten Medikamente des zuwendenden Pharmaunternehmens teurer sind, als vergleichbare Konkurrenzprodukte, wird sich nicht durchgängig führen lassen. Denn erstens ist die hier in Rede stehende „Marketing-Strategie“ durch Zuwendungen an Vertragsärzte nicht auf die Förderung des Absatzes hochpreisiger Medikamente beschränkt. Sie erfasst vielmehr den gesamten Produktbereich und wird auch von Generika Herstellern praktiziert.¹⁹ Das Ergebnis eines sehr aufwändigen Einzelabgleichs könnte also durchaus ergeben, dass die vom Vertragsarzt verordneten Medikamente des zuwendenden Pharmaunternehmens preislich gleichauf mit den Konkurrenzprodukten oder sogar darunter liegen. Selbst wenn sich im Einzelfall Preisunterschiede zwischen den vom Vertragsarzt verordneten Medikamenten (des zuwendenden Pharmaunternehmens) und Konkurrenzprodukten nachweisen lassen sollten, darf zweitens nicht außer Acht gelassen werden, dass dem Vertragsarzt bei seiner Verordnung ein

erheblicher Wertungsspielraum zusteht.²⁰ Dieser Spielraum stellt das Gegenstück zu der alleinigen Verantwortung des Arztes für die medizinische Behandlung des Patienten dar²¹ und wird auch durch die Empfangnahme von Zuwendungen nicht vollständig aufgehoben. Dies wird besonders deutlich wenn der Vertragsarzt wirtschaftlich gleichwertige Zuwendungsanfragen unterschiedlicher Pharmaunternehmen erhält und sich für einen Anbieter entscheidet, dessen Produkte günstiger sind, als die des ebenfalls eine Zuwendung offerierenden Konkurrenzunternehmens.

2. Betrug zum Nachteil der gesetzlichen Krankenkassen

a. Die Verordnung von Übermengen und der Bezug von Sprechstundenbedarf

Bei der Verordnung von Übermengen liegt nach der Rechtsprechung aufgrund der Spezifika des vertragsärztlichen Abrechnungs- und Sozialversicherungssystems weder eine Täuschung des Apothekers, noch der Mitarbeiter der Krankenkasse durch den Vertragsarzt vor.²² Das Rezept des Arztes hat lediglich die Bedeutung eines Angebotes der Krankenkasse auf Abschluss eines Kaufvertrages über das Medikament und enthält die diesbezüglichen Erklärungen. Dieses Angebot überbringt der Patient als Bote.²³ Hieran schließt sich keine Prüfpflicht des Apothekers im Hinblick auf die sachliche Richtigkeit der Verordnung oder die medizinische Indikation an.²⁴ Deshalb werden seitens des Arztes auch nicht entsprechende Tatsachen gegenüber dem Apotheker „miterklärt“²⁵. Eine Täuschung der Mitarbeiter der Krankenkassen scheidet auch deshalb aus, weil der Arzt als Vertreter der Kasse für diese eine Willenserklärung abgibt und sie somit nicht gleichzeitig auch als Erklärungsadressat in Betracht kommt.

Soweit nicht der Preisbindung unterliegender Sprechstundenbedarf bezogen wird, kann nach Auffassung des OLG Hamm (ggf. Tateinheitlich mit Untreue) aber ein

¹⁸ In diesen Konstellationen kann der Zuwendungsgeber als Mittäter oder zumindest wegen Beihilfe zur Untreue des Arztes zum Nachteil der Krankenkassen bestraft werden.

¹⁹ *Korzilius/Rieser*, Pharmaberater: Für manche Fachmann, für andere Buhmann, Deutsches Ärzteblatt 2007, 104 (4) abrufbar unter <http://www.aerzteblatt.de/archiv/54218/>.

²⁰ Näher zum Spannungsverhältnis von ärztlicher Therapiefreiheit und Wirtschaftlichkeitsgebot: *Boecken*, Der Status des Vertragsarztes: Freiberufler oder arbeitnehmerähnlicher Partner im System der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Staat, Kirche, Verwaltung, FS-Maurer, 2001, 1091, 1098 ff.

²¹ *Taschke*, Die Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten, StV 2005, 406, 408.

²² Grundlegend: BGH (Fn. 12) BGHSt 49, 17 ff. = NJW 2004, 454 ff. = StV 2004, 422 ff. = HRRS 2004 Nr. 43.

²³ BSG, Urteil vom 17.01.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194, 200 = MDR 1996, 830-831; vgl. auch *Wigge*, Arzneimittelversorgung durch niedergelassene Apotheker in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 1999, 584.

²⁴ *Wigge*, (Fn. 23) NZS 1999, 584, 587 f.: „Die Krankenkasse wird nach den gemäß § 129 SGB V abgeschlossenen Arzneimittellieferverträgen sogar verpflichtet, gefälschte, unbefugte oder mißbräuchlich ausgestellte Verordnungen zu bezahlen, sofern der Apotheker einen derartigen Mangel nicht erkennen konnte.“ Eine Bindung der Krankenkasse ist jedoch dann nicht gegeben, „wenn der Apotheker begründeten Zweifeln nicht nachgegangen ist“.

²⁵ Vgl. zu dem Begriff „miterklärt“: BGH, Urteil vom 15.12.1970 – 1 StR 573/70, GA 1972, 209.

Betrug zum Nachteil der Krankenkasse des Patienten durch Unterlassen vorliegen. Anknüpfungspunkt für den Betrugsvorwurf ist für das OLG der Umstand, dass der Vertragsarzt der Krankenkasse die Zuwendung des Arzneimittelherstellers verschweigt und ihr den erhaltenen Betrag bzw. den Gegenwert der Zuwendung in Geld nicht auskehrt. Die für die Strafbarkeit gemäß §§ 263, 13 StGB erforderliche Garantenstellung des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse folge aus dem in § 12 Abs. 1 SGB V normierten Wirtschaftlichkeitsgebot und dem in § 34 Abs. 1 der Musterberufsordnung der deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ärzte)²⁶ enthaltenen Verbot der Annahme von Vergütungen oder anderer Vorteile im Zusammenhang mit der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten.²⁷ Ferner bejaht das OLG Hamm die Voraussetzungen der Garantenstellung aus Ingerenz: Der Vertragsarzt verstoße durch die Annahme wirtschaftlicher Vergünstigungen sowohl gegen die auch dem Schutz der Krankenkassen dienenden²⁸ Bestimmungen des SGB V als auch die MBO-Ärzte und handele deshalb pflichtwidrig.

Der auch für die Strafbarkeit gemäß § 263 StGB erforderliche Vermögensschaden der Kasse kann selbst dann bejaht werden, wenn die kick-back Zahlung nicht dem Preis des Medikaments aufgeschlagen wurde. Denn bei Sprechstundenbedarf gilt gemäß der jeweils anwendbaren Sprechstundenbedarfsvereinbarung das Kostenerstattungsprinzip, auf dessen Grundlage dem Arzt nur die tatsächlich entstandenen Kosten, d.h. die verauslagten Beträge abzüglich etwaiger Rabatte erstattet werden. Verschweigt der Arzt der Krankenkasse in anderweitigen Zuwendungen des Medizinprodukteherstellers verdeckte Rabatte (kostenlose Lieferung einer EDV-Anlage, medizinischer Geräte, Praxisausstattung, unentgeltliche Entsorgung von Praxis-Sondermüll, Schenkung von Unterhaltungselektronik usw.), werden ihm seitens der Kasse irrtumsbedingt zu hohe Kosten erstattet. Dies begründet einen entsprechenden Vermögensschaden.

b. Die Verordnung von Fertigarzneimitteln

Da die Verordnung von Fertigarzneimitteln, wie dargelegt, nicht dem Kostenerstattungsprinzip unterliegt, lässt sich die o.g. Argumentation zum Betrug durch Unterlassen nicht auf den Fall der Beeinflussung des Auswahlmessenes des Arztes im Rahmen der Verordnung dieser Medikamente übertragen, weil es wiederum an einem Vermögensschaden fehlt. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass bei der Entgegennahme von Schmiergeldern oder schmiergeldähnlichen Leistungen gemäß § 667 BGB die Verpflichtung besteht, das Erlangte an

den Geschäftsherrn herauszugeben.²⁹ Im Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse ist diese Vorschrift aber weder direkt noch analog anwendbar. Der Vertragsarzt steht in keiner unmittelbaren Rechtsbeziehung zu den gesetzlichen Krankenkassen, sondern wird erst durch die sozialrechtliche Zulassung gemäß § 95 SGB V in die zwischen den Bundes- und Landesverbänden der gesetzlichen Krankenkassen und den Kassenärztlichen Bundes- und Landesvereinigungen geschlossenen Kollektivverträge (Bundesmantel- und Gesamtverträge) einbezogen. Für die Begründung einer „Ablieferungspflicht“ des Vertragsarztes bedarf es mithin einer speziellen vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsgrundlage, wie sie beispielsweise in § 44 Abs. 5 Satz 4 des Bundesmantelvertrags-Ärzte (BMV-Ä) für bestimmte Produkte normiert ist. Eine derartige spezialgesetzliche Grundlage für die Ablieferung von Zuwendungen, die der Vertragsarzt im Zusammenhang mit der Verordnung von preisgebundenen Fertigarzneimitteln erhält, existiert nicht und ist auch nicht mit der Neufassung des § 128 SGB V eingeführt worden.

Sollte die Rechtsprechung auf der Grundlage der im obiter dictum des OLG Braunschweig dargelegten Grundsätze zukünftig auf die für Beauftragte geltende Regelung des § 667 BGB auch bei der Verordnung von Fertigarzneimitteln zurückgreifen, dürfte dies die Praxis vor erhebliche Beweisschwierigkeiten stellen. Während sich der Nachweis, dass ein Arzt von einem Pharmaunternehmen materielle Zuwendungen erhalten hat, pauschal wird führen lassen, wird die Zuordnung zu einer konkreten Medikamentenverordnung regelmäßig nicht möglich sein. Der Versuch, diese Beweisschwierigkeit zu überwinden, indem der wirtschaftliche Wert der Zuwendung anteilig auf den Gesamtumsatz des Vertragsarztes mit Medikamenten des zuwendenden Pharmaunternehmens umgelegt wird, dürfte bereits daran scheitern, dass sich nicht mit hinreichender Sicherheit der Nachweis führen lässt, dass für sämtliche Medikamente eines Pharmaunternehmens Zuwendungen gewährt worden sind. Ein umsatzstarkes oder Monopolprodukt benötigt regelmäßig keine umsatzfördernden Maßnahmen. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch insoweit Zuwendungen gewährt werden, die dann der allgemeinen Klimapflege dienen, ein wichtiger Teilaspekt des Pharmamarketings, der von den Vermögensstrafatbeständen des Strafgesetzbuches nicht erfasst wird. Hinzu kommen Fälle, in denen aufgrund einer medizinischen Indikation das Medikament eines bestimmten Herstellers verordnet werden musste oder die Verordnung auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten hin erfolgt ist.

²⁶ § 34 Abs.1 MBO-Ärzte : „Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten eine Vergütung oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern, sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen.“

²⁷ Hierzu kritisch *Bernsmann/Schoß* (Fn. 17) *GesR* 2005, 193, 195: Aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs.1 SGB V lasse sich weder eine Aufklärungspflicht, noch eine Herausgabepflicht des Vertragsarztes im Hinblick auf die erhaltenen Schmiergelder gegenüber der Krankenkasse herleiten.

²⁸ OLG-Hamm (Fn. 17) *NStZ-RR* 2006, 13, 14.

²⁹ BGH, Urteil vom 30.10.1985 – 2 StR 383/85, *NStZ* 1986, 361, 362; Urteil vom 30.10.1990 – 1 StR 544/90, *wistra* 1991, 137, 138; Urteil vom 13.10.1994 – 1 StR 614/93, *wistra* 1995, 61, 62; Beschluss vom 13.12.1994, *wistra* 1995, 144, 146; Beschluss vom 21.10.1997 – 1 StR 605/97, *wistra* 1998, 61; Urteil vom 30.05.2000 – IX ZR 121/99, *NJW* 2000, 2669, 2672; Urteil vom 02.04.2001 – II ZR 217/99, *NJW* 2001, 2476, 2477.

3. Betrug zum Nachteil der Kassenärztlichen Vereinigung

Auch ein Betrug durch Unterlassen zum Nachteil der Kassenärztlichen Vereinigung scheidet mangels Ablieferungspflicht des Vertragsarztes zu Gunsten der Kassenärztlichen Vereinigung aus. Die Kassenärztliche Vereinigung ist an der Abrechnung verschreibungspflichtiger Fertigarzneimittel nicht beteiligt. Die Abrechnung erfolgt vielmehr, meist unter Einschaltung eines Abrechnungszentrums, mit den Krankenkassen als Kostenträgern. Sind die medizinische Versorgung und die in ihrem Kontext erfolgte Arzneimittelverordnung medizinisch indiziert, bleibt der Vergütungsanspruch des Arztes gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung auch dann bestehen, wenn das Auswahlermessen des Vertragsarztes bei der Verordnung von Fertigarzneimitteln durch materielle Zuwendungen beeinträchtigt worden ist. Dies folgt daraus, dass die ärztliche Leistung der Verordnung eines Arzneimittels sowohl in den Ordinationskomplexen des in der Zeit vom 01.04.2005 bis zum 31.12.2007 gültigen EBM³⁰ 2000 plus, als auch der Versichertenpauschale des ab dem 01.01.2008 gültigen EBM 2008 enthalten ist, ihr mithin gegenüber der ärztlichen Leistung keine eigenständige Bedeutung zukommt.

4. Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr

Zu § 299 StGB fehlte bislang eine einschlägige Entscheidung der Gerichte. Das OLG Braunschweig hat nunmehr in einem gegen einen Apotheker gerichteten Verfahren die Gelegenheit genutzt, sich der von *Pragal* begründeten Rechtsauffassung im Rahmen eines obiter dictums anzuschließen. Für das OLG Braunschweig folgt die Beauftrageneigenschaft unmittelbar aus der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den Krankenkassen: „Hat jemand die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen und macht sich im Falle dieser besonderen Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 strafbar, so handelt er auch als Beauftragter zumindest im Rahmen dieses Aufgabenfeldes“.

Diese Rechtsprechung des Oberlandesgerichts ist zwar weder für Staatsanwaltschaften, noch für andere Gerichte bindend. Es ist aber zu erwarten, dass sie den Befürwortern der zuvor nur von Teilen des Schrifttums vertretenen Meinung³¹ bis zu einer abschließenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs und damit zumindest vorläufig zum Durchbruch verhilft.³² Dass OLG Braunschweig hat insoweit für die Praxis eine „Steilvorlage“ geliefert, die andere Gerichte zum Anlass nehmen könnten, entsprechende Anklagen zuzulassen und Verfahren zu eröffnen. Soweit im Einzelfall eine konkrete Unrechtsvereinbarung zwischen dem zuwendenden Pharmaunternehmen nach-

weisbar ist, können daher unter Bezug auf den Beschluss des OLG Braunschweigs prinzipiell alle Zuwendungen von Pharmaunternehmen an Vertragsärzte oberhalb der Bagatellgrenze zum Anlass für die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens genommen werden. Auf die Unterscheidung, ob die Zuwendung für den Bezug von Sprechstundenbedarf oder die Bevorzugung eines bestimmten Unternehmens bei der Verordnung preisgebundener Fertigarzneimittel erfolgt, kommt es bei § 299 StGB nicht an, weil § 299 StGB im Unterschied zu §§ 263, 266 StGB den Eintritt eines Vermögensschadens nicht voraussetzt. Machen sich Staatsanwaltschaften und Gerichte die Position des OLG Braunschweig zu Eigen, ist deshalb eine Kriminalisierungswelle etablierter Praktiken des Pharmamarketing zu erwarten, die auch vor den in der Praxis zahlreichen, auf gegenseitigen Verträgen beruhenden Anwendungsbeobachtungen nicht Halt machen wird. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die insoweit mit einer Vorverlagerung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit arbeitet, können bereits die an den Arzt gerichteten Angebote, durch eine entsprechende Tätigkeit einen Zusatzverdienst zu erzielen, Vorteile im Sinne der §§ 299, 331ff. StGB darstellen.³³

III. Stellungnahme

Trotz zahlreicher kritischer Stimmen im strafrechtlichen Schrifttum³⁴ ist es im Ergebnis zutreffend, in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung von einer Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gem. § 266 StGB gegenüber den Krankenkassen auszugehen. Dem Vertragsarzt ist innerhalb der sozialgesetzlichen Vorgaben die Kompetenz zugewiesen, das gegenüber der Krankenkasse bestehende Recht des Patienten auf Behandlung (§ 27 SGB V) in medizinischer Hinsicht verbindlich zu konkretisieren, soweit er sich dabei materiell und formell im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung bewegt.³⁵ Selbst wenn der einzelne Vertragsarzt insoweit nicht als Alleinverantwortlicher angesehen

³⁰ Unter Einheitlicher Bewertungsmaßstab (EBM) versteht man im deutschen Gesundheitswesen ein Verzeichnis, nach dem vertragsärztlich erbrachte, ambulante Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung abgerechnet werden.

³¹ Vgl. die in Fn. 3 und 4 genannten Autoren.

³² Vgl. hierzu Berichterstattung in *Ärzte Zeitung* vom 12.04.2010 (Fn. 8) Der Beschluss sei „ein Erdbeben“.

³³ BGH, Urteil vom 25.02.2003 – 5 StR 363/02, NStZ-RR 2003, 171 = *wistra* 2003, 303; vgl. ferner OLG Hamburg, Beschluss vom 14.01.2000 – 2 Ws 243/99, *MedR* 2000, 371 = *StV* 2001, 373; im Anschluss an BGH, Urteil vom 10.03.1983 – 4 StR 375/82, *BGHSt* 31, 264, 279 f.; zustimmend *NK-Kuhlen*, (3. A.) 2010, § 331 Rn. 55 ff.; *Walter*, *Medizinische Forschung mit Drittmitteln – lebenswichtig oder kriminell*, *ZRP* 1999, 292, 293; *Schönke/Schröder-Heine*, (27. A.) 2006, § 331 Rn. 18; *Lackner/Kühl – ders.*, (26. A.) 2007, § 331 Rn. 4; *MK-Korte*, (1. A.) 2006, § 331 Rn. 72 ff.; *Möhrenschlager*, in: *Dölling* (Hrsg.): *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007, 398; kritisch: *Schneider*, *Unberechenbares Strafrecht – vermeidbare Bestimmtheitsdefizite im Tatbestand der Vorteilsannahme und ihre Auswirkungen auf die Praxis des Gesundheitswesens*; in: *ders.* u.a. (Hrsg.): *FS-Seebode*, 2008, 331 ff.

³⁴ *Tron*, *Kassenärzte als Beauftragte der Krankenkassen im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB*, 2007, 169 f.; *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2008, 577 f.; *ders.*, *Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?* *MedR* 2005, 622, 625 ff.; *Geis* (Fn. 5) *GesR* 2006, 345; *Weidhaas*, *Der Kassenarzt zwischen Betrug und Untreue*, *ZMGR* 2005, 52 ff.

³⁵ BSG, Urteil vom 16.12.1993 – 4 RK 5/92, *BSGE* 73, 271, 280 f. = *NZS* 1994, 507.

werden kann,³⁶ verbleibt ihm eine hervorgehobene Pflichtenstellung mit einem selbstverantwortlichen Entscheidungsbereich gegenüber dem Vermögen der Krankenkassen. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet den Vertragsarzt deshalb zu Recht als „Sachwalter der Kassenfinanzen“ mit überantworteter Befugnis und Verpflichtung zu wirtschaftlicher Verwaltung der Mittel der gesetzlichen Krankenversicherung.³⁷ Diese Einstufung des Vertragsarztes trägt der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln im Gesamtgefüge der medizinischen Versorgung der gesetzlich Versicherten zukommt, Rechnung. Sie begründet eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen, die den Anwendungsbereich des § 266 StGB eröffnet und in den Fällen zur Strafbarkeit führt, in denen nachweislich ein Vermögensschaden eingetreten ist. Zugleich wird man aus dieser Stellung des Vertragsarztes auf eine entsprechende Beschützergarantenstellung³⁸ gegenüber dem Rechtsgut Vermögen der Krankenkassen schließen können. Die gemäß § 13 StGB erforderliche rechtliche Einstandspflicht ergibt sich aus der Systematik der gesetzlichen Krankenversicherung, die dem Vertragsarzt somit Kraft Gesetzes eine entsprechende Funktion zuweist.

Entgegen der Auffassung des OLG Braunschweig kann aus der Vermögensbetreuungspflicht aber nicht auf eine Stellung als Beauftragter im Sinne des § 299 StGB geschlossen werden. Beide Begriffe sind inhaltlich nicht deckungsgleich und auch mit Blick auf die unterschiedlichen Rechtsgüter, deren Schutz die Straftatbestände verpflichtet sind,³⁹ von einander unabhängig auszulegen. Beauftragter im Sinne des § 299 StGB ist jeder, der, ohne Angestellter oder Inhaber des Betriebes zu sein, vermöge seiner Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet ist, für ihn geschäftlich zu handeln und Einfluss auf die im Rahmen des Betriebes zu treffenden Entscheidungen besitzt.⁴⁰ Dies setzt eine Befugniserteilung voraus, die dem Beauftragten durch ein Rechtsgeschäft mit dem Geschäftsherrn („geschäftlicher Betrieb“) übertragen worden sein muss (sog. „personales Befugniselement“⁴¹). Ein rein faktisches Tätigwerden für den Betrieb reicht für die Begründung der Beauftragteneigenschaft schon deshalb nicht aus,⁴² weil der allgemeine Sprachgebrauch die

Begriffe „Auftrag“ bzw. „Beauftragter“ stets auf bestimmte Tätigkeiten innerhalb von Vertragsverhältnissen, mithin durch Rechtsgeschäft begründeten Rechtsbeziehungen (zum Beispiel im Rahmen von Dienst-, Werk-, Makler-, oder Geschäftsbesorgungsverträgen), bezieht.⁴³ An einer derartigen Befugniserteilung fehlt es im Verhältnis des Vertragsarztes zu den gesetzlichen Krankenkassen.⁴⁴ Denn erstens bestehen aufgrund der sozialrechtlichen Ausgestaltung der vertragsärztlichen Versorgung überhaupt keine rechtsgeschäftlich begründeten unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsarzt⁴⁵ und zweitens entscheidet über die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung der gemäß § 96 Abs. 1 SGB V paritätisch mit Vertretern der Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen besetzte Zulassungsausschuss, der die vertragsärztliche Zulassung durch Verwaltungsakt⁴⁶ und gerade nicht durch Rechtsgeschäft erteilt.

Durch die hiernach anfechtbare Konstruktion einer Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen im obiter dictum des OLG Braunschweig wird verschleiert, dass sich die denkbare unlautere Beeinflussung des Ordnungsverhaltens eines Vertragsarztes auf seinen Behandlungsvertrag mit dem Patienten bezieht.⁴⁷ Die Begründung des Behandlungsvertrages erfolgt durch Rechtsgeschäft⁴⁸ und stellt deshalb eine Beauftragung im Sinne des § 299 StGB dar. Diese ist aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 299 StGB aber deshalb de lege lata nicht tatbestandsmäßig, weil die Beauftragung durch einen geschäftlichen Betrieb und nicht durch eine Privatperson erfolgt ist. Aus diesen Erwägungen ist die Anwendbarkeit des § 299 StGB vor-

Gesundheitswesen“ am 17. und 18.02.2010 in Hannover, KKH-Allianz.

⁴³ Palandt-Sprau, (65. A.) 2006, Einf. § 662 BGB Rn. 2.

⁴⁴ A.A.: Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft Braunschweig vom 25.01.2010 (Az.: 101 Ws 24/10) S. 3 „Aus dem Wortlaut [des § 299 StGB] folge, dass sämtliche Formen der dem Gesetz bekannten Beauftragungen das Tatbestandsmerkmal Beauftragter erfüllen. [...] Insbesondere ergeben sich solche Anhaltspunkte [der einschränkenden Auslegung des § 299 StGB] nicht aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Geschütztes Rechtsgut sei in erster Linie der freie Wettbewerb. Für den Schutz des freien Wettbewerbs sei es ohne Bedeutung, ob der Krankenkasse das Verhalten des Arztes über rechtsgeschäftliche Beziehungen zugerechnet werden kann oder nicht. [...]“.

⁴⁵ Klötzer (Fn. 1) NSStZ 2008, 12, 14; Geis (Fn. 5) wistra 2007, 361, 362.

⁴⁶ KassKomm-Hess, (63. A.) 2009, § 95 SGB V Rn. 12.

⁴⁷ Vgl. zur Betonung der zentralen Stellung des Arzt-Patienten Verhältnisses: Erlinger, Der Vertragsarzt als Amtsträger? in: Wienke/Diercks (Hrsg.), Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin – Der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts (2008), 49 ff., 55.

⁴⁸ Nach a.A. ist das Arzt-Patienten Verhältnis öffentlich-rechtlicher Natur: BSG, Urteil vom 19.10.1971, BSGE 33, 158 ff.; Urteil vom 19.11.1985 – 6 RKa 14/83, NJW 1986, 1574 ff.; Urteil vom 08.07.1981 – 6 RKa 3/79, Quelle: juris, Rn. 20; Tiemann, Aktuelle Entwicklungstendenzen des Kassenarztrechts vor dem Hintergrund des hundertjährigen Bestehens der gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 1983, 176; Wilk, Die Rechtsbeziehungen im Vertragsarztwesen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Belegarztes (2005) 60 ff.; differenzierend: Palandt-Weidenkaff (68. A.) 2009, Einf. § 611 BGB Rn. 18.

³⁶ Abstrakt generelle Maßstäbe der ärztlichen Behandlung werden zunächst durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (§ 91 SGB V) festgelegt, § 92 SGB V.

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 20.03.2001 – 1 BvR 491/96, NJW 2001, 1779, 1782.

³⁸ Zur Funktionenlehre als normativem Ausgangspunkt der Garantendogmatik, vgl. grundlegend: Ebert, Strafrecht AT (3. A.) 2001, S. 179; Lackner/Kühl (Fn. 33) § 13 Rn. 14 m.w.N.

³⁹ § 266 StGB schützt das Vermögen, während § 299 StGB den lautereren Wettbewerb als wirtschaftsverfassungsrechtliches Grundprinzip schützt.

⁴⁰ Vgl. RG, Urteil vom 29.01.1934 – 2 D 1293/33, RGSt 68, 70; Urteil vom 07.06.1934 – 2 D 405/34, RGSt 68, 268; BGH, Urteil vom 13.05.1952 – 1 StR 670/51, BGHSt 2, 396.

⁴¹ Zustimmend: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (6. A.) 2008, Rn. 493; Geis (Fn. 5) wistra 2005, 369, 370; ders. (Fn. 5) wistra 2007, 361, 362; Klötzer (Fn. 5) NSStZ 2008, 12; Krafczyk (Fn. 5) FS-Mehle 2009, 325.

⁴² A.A.: LK-Tiedemann (Fn. 4) § 299 Rn. 17 f.; Fischer (Fn. 4) § 299 Rn. 10; Krick (Fn. 4) 4. Fachtagung „Betrug im

liegend ausgeschlossen, ohne dass es auf weitere, ebenfalls umstrittene Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm ankommt.⁴⁹

IV. Fazit

Materielle Zuwendungen von Pharmaunternehmen an Vertragsärzte, die zur Beeinflussung des Ordnungsverhaltens bei verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln gewährt werden, eröffnen keine Strafbarkeit wegen Untreue oder Betruges, da aufgrund der gesetzlichen Preisbindung von Fertigarzneimitteln den Krankenkassen kein Vermögensnachteil/Vermögensschaden im Sinne der §§ 266, 263 StGB entsteht. Auch eine Strafbarkeit wegen Betruges durch Unterlassen, gestützt auf die Nichterausgabe der materiellen Zuwendungen an die Krankenkassen, kommt – mangels Rechtsgrundlage für eine „Ablieferungspflicht“ des Vertragsarztes – nicht in Betracht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Vertragsarzt auch nicht Beauftragter des geschäftlichen Betriebs der Krankenkassen, so dass eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr ebenfalls nicht eröffnet ist. Das gefundene Ergebnis führt nicht zu einer inakzeptablen Strafbarkeitslücke, sondern unterstreicht die ultima ratio Funktion des Strafrechts, indem es die zweifelsfrei unzulässige Beeinflussung der Ordnungspraxis des Arztes durch die Pharmaunternehmen im Bereich des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) und des UWG belässt, in deren Anwendungsbereich sowohl produktbezogene,

⁴⁹ Unstreitig ist lediglich, dass es sich bei gesetzlichen Krankenkassen um geschäftliche Betriebe im Sinne von § 299 StGB handelt und der Vertragsarzt kein Angestellter der Krankenkassen ist (vgl. nur *Sahan* [Fn. 5] ZIS 2007, 69, 70 f. m.w.N.).

als auch nicht produktbezogene Zuwendungen an Ärzte als Wettbewerbsverstöße erfasst werden.⁵⁰

Ob wettbewerbsrechtliche Regelungen und die von der Pharmabranche unterzeichneten Selbstverpflichtungserklärungen⁵¹ ausreichen, um die sozialschädlichen Auswirkungen eines unkontrollierten Pharma-Marketings wirksam zu unterbinden, kann sicher kontrovers diskutiert werden. Nach der hier gefundenen Lösung ist das Strafrecht – zumindest de lege lata – nicht dazu berufen, an dieser Fragestellung mitzuwirken. Sollten sich die „Selbstheilungsversuche“ der Pharmaindustrie⁵² als Etikettenschwindel erweisen, wäre über eine Einbeziehung des Pharma-Marketing in den Anwendungsbereich des Strafrechts de lege ferenda zu befinden. Diese Aufgabe käme – mit Blick auf das durch Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich garantierte Bestimmtheitsgebot und die hiermit verknüpfte Garantiefunktion des Tatbestands – dem Gesetzgeber zu; beispielsweise durch Einbeziehung von Fällen gesetzlicher Befugniseinräumung in den Anwendungsbereich des § 299 StGB.

⁵⁰ Vgl. LG München, Urteil vom 12.01.2008 – 1 HKO 13279/07, MedR 2008, 563.

⁵¹ Vgl. FSA Kodex Fachkreisangehörige, abrufbar unter <http://www.fs-arzneimittelindustrie.de/> unter der Rubrik „Verhaltenskodex/Fachkreise“; AKG-Verhaltenskodex abrufbar unter <http://www.akgesundheitswesen.de/> unter der Rubrik „Verhaltenskodex“.

⁵² Als aktuelles Beispiel sei die Einführung eines „Compliance-Siegels“ durch eine Initiative des AKG e.V. zum 15.03.2010 genannt, welches wettbewerbsgerechtes und kodexkonformes Verhalten von Pharmaunternehmen auszeichnet, vgl. hierzu *Klümper/Walther*, Auditierung und Zertifizierung von Pharmaunternehmen im Bereich Healthcare Compliance. Konzept und Chance eines innovativen Compliance-Ansatzes, PharmR 2010, 145.

Zur Fluchtgefahr bei Sachverhalten mit Auslandsbezug

Von Rechtsanwalt Dr. Markus Adick, Bonn

A. Einleitung

In Deutschland wird „zu schnell und zu viel verhaftet“¹ – vieles spricht für die Richtigkeit dieses Befundes. Insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren ist zuweilen eine übereifrige und allzu großzügige Anwendung von § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO festzustellen, sobald der Sachverhalt Bezugspunkte zum Ausland aufweist. Diese insbesondere bei Vorwürfen von Wirtschafts- oder Steuerstraftaten zu

¹ Vgl. *Quedenfeld/Füllsack*, Verteidigung in Steuerstrafsachen, 3. Auflage 2005, S. 234 m.w.N.

beobachtende Tendenz, Fluchtgefahr mit dem Vorhandensein von Vermögen, Kontakten oder einem Wohnsitz zum Beispiel in der Schweiz begründen zu wollen, verdient deutliche Kritik. Soweit in (Untersuchungs-) Haftbefehlen, die trotz ihrer gravierenden Folgen oft ohnehin (zu) spärlich begründet sind, etwa angeführt wird, der Beschuldigte verfüge über Kontakte in der Schweiz, er habe dort Bankverbindungen oder sogar einen Wohnsitz, trägt dies alles jedenfalls dann nicht die Annahme einer Fluchtgefahr, wenn man sich an der durchaus vorhandenen oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung orientiert. Trotzdem passieren unzulänglich begründete Anträge auf

Anordnung der Untersuchungshaft in der Regel unbeschadet die richterliche Prüfung (*if any*). So entsteht in der Tat zuweilen der Eindruck, in der Praxis hätten sich „gewöhnheitsrechtlich fundierte, im Hinblick auf eine schnelle Aufklärung überaus effektive, aber rechtsstaatlich abwegige Haftgründe eingespielt“. ² Dem Beschuldigten bleibt dann nur der Weg, den Haftbefehl anzugreifen und auf das Ergebnis der Prüfung durch die Beschwerdekammer zu hoffen. Bis dahin bleibt er freilich inhaftiert. Es besteht also hinreichender Anlass, die durch zahlreiche obergerichtliche Entscheidungen konkretisierten gesetzlichen Anforderungen an die Annahme der Fluchtgefahr sowie an die Verhältnismäßigkeit der Anordnung von Untersuchungshaft erneut zu betonen.

B. Der gesetzliche Anspruch

I. Fluchtgefahr

Nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO besteht ein Haftgrund, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde. Ein Sich-Entziehen ist bei einem Verhalten anzunehmen, das den Erfolg hat, dass der Fortgang des Strafverfahrens dauernd oder wenigstens vorübergehend durch Aufhebung der Bereitschaft des Beschuldigten verhindert wird, für Ladungen und Vollstreckungsmaßnahmen zur Verfügung zu stehen. ³ Der Beschuldigte muss den Erfolg der Verfahrensverschleppung beabsichtigen, erkennen oder zumindest in Kauf nehmen. ⁴ Die Gefahr, dass der Beschuldigte sich dem Verfahren entzieht, muss sich bei objektiver Betrachtung mit verständigen Erwägungen aus bestimmten Tatsachen ableiten lassen. Eine bloß schematische Beurteilung ist hierbei zu vermeiden; die Fluchtgefahr muss den konkreten Umständen des Einzelfalles entnommen werden. ⁵ Nach der Rechtsprechung sind die auf eine Flucht hindeutenden Umstände gegen die Umstände abzuwägen, die ihr entgegenstehen. Insbesondere ist nach der Rechtsprechung eine Fluchtgefahr nicht schon zu bejahen, wenn die äußeren Bedingungen für eine Flucht günstig sind. Vielmehr ist zu prüfen, ob der Beschuldigte voraussichtlich von solchen Möglichkeiten Gebrauch machen wird. ⁶ Die Fluchtgefahr darf zudem nur aus bestimmten Tatsachen hergeleitet werden. Bloße Mutmaßungen und Befürchtungen genügen nicht. Zwar brauchen die Tatsachen nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts festzustehen. Erforderlich ist aber zumindest derselbe Wahrscheinlichkeitsgrad wie beim dringenden Tatverdacht. ⁷

² Schwedhelm, BB 2010, 731, 732.

³ BGHSt 23, 380, 384; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.3.1986 – 1 Ws 1102/85 = NJW 1986, 2204; zust. Graf, in: KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 112 Rn. 17

⁴ KK-Graf (Fn. 2), § 112 Rn. 17 m.w.N.

⁵ KK-Graf (Fn. 2), § 112 Rn. 16 m.w.N.

⁶ OLG Köln, Beschl. v. 23. Dezember 1958 – 2 Ws 464/58 = NJW 1959, 544; Beschl. v. 21. Juli 1995 – 1 Ws 23/95 = StV 1995, 475; OLG Koblenz, Beschl. v. 11. März 2002 – 2 Ws 58/02 = StV 2002, 315.

⁷ Meyer-Gößner, StPO, 52. Auflage 2009, § 112 Rn. 22.

II. Verhältnismäßigkeit

Nach § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO darf die Untersuchungshaft nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe außer Verhältnis steht. Die Vorschrift konkretisiert folglich den bereits nach dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und sichert insbesondere das Grundrecht auf Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Das BVerfG hat wiederholt darauf hingewiesen, dass „der Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten Beschuldigten den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlichen und zweckmäßigen Freiheitsbeschränkungen ständig als Korrektiv entgegenzuhalten“ ist. ⁸ Auch hat das BVerfG betont: „Das bedeutet, dass der Eingriff in die Freiheit nur hinzunehmen ist, wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als durch vorläufige Inhaftierung eines Verdächtigen.“ All dies entspricht bereits dem Rechtsgefühl und man sollte meinen, es sei müßig, hierauf hinzuweisen. Die Praxis zeigt jedoch, dass es leider nicht müßig ist, zu betonen, dass die Anordnung von Untersuchungshaft kein beliebig einsetzbares und aus welchen Gründen auch immer lapidar zu handhabendes Instrument, sondern die *ultima ratio* der Handlungsmöglichkeiten des Staates zur Sicherung seines Strafanspruchs ist.

C. Die Praxis

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass wohl nirgendwo zwischen gesetzlichem Anspruch und gerichtlicher Praxis ein größerer Widerspruch klafft als bei den Haftgründen der Fluchtgefahr und der Verdunkelungsgefahr. ⁹ Die Unterschrift des Richters unter den Haftbefehl erfolgt zu oft „mit leichter Hand“. ¹⁰ Es kann nur befremden – und insbesondere nicht mit der vielfach beklagten Überlastung der Strafjustiz gerechtfertigt werden – wenn Gerichte zur Begründung der Fluchtgefahr etwa lediglich anführen, der Beschuldigte verfüge über „Vermögen in der Schweiz“, ¹¹ unterhalte eine Bankverbindung oder habe seinen Wohnsitz im Ausland. Nicht selten werden solche Feststellungen um die formelhafte Wendung ergänzt, der Beschuldigte habe eine „erhebliche Strafe zu erwarten“, um sodann zu dem Ergebnis zu gelangen, es sei die Untersuchungshaft anzuordnen. Im Folgenden wird anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung dargelegt, welche Bedeutung die Straferwartung für die Prognose einer Fluchtgefahr hat und welche Schlussfolgerungen aus einem Wohnsitz im Ausland gezogen werden dürfen.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 28. Februar 1991 – 2 BvR 86/91 = NJW 1991, 2821.

⁹ Quedenfeld/Füllsack, Verteidigung in Steuerstrafsachen, 3. Auflage 2005, S. 233; vgl. auch Parigger, NStZ 1986, 211, 212; Smok, FD-StrafR 2010, 296298 („vorschnell unterstellte Haftgründe“); Schwedhelm, BB 2010, 731, 732.

¹⁰ Schwedhelm, BB 2010, 731, 732.

¹¹ In dem konkreten Fall hatte die Staatsanwaltschaft dessen Vorhandensein zudem nur „mangels entgegenstehender Anhaltspunkte unterstellt“.

Ebenso werden die Anforderungen besprochen, die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben.

I. Die Straferwartung

Auch eine erhebliche Straferwartung vermag nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte die Annahme einer Fluchtgefahr nicht zu tragen. Zeitlich zuletzt hat, soweit ersichtlich, das OLG Karlsruhe dies nochmals deutlich betont.¹² Das OLG Koblenz hat bereits in einem Beschluss vom 7. Februar 2002¹³ wörtlich ausgeführt: „Entgegen den Ausführungen der GStA vertreten die beiden Strafsenate des OLG Koblenz nicht nur „zur Zeit“, sondern – im Einklang mit allen anderen OLG und der Lit. – in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass allein mit der Straferwartung die Fluchtgefahr – regelmäßig – nicht begründet werden kann. Es bestand allerdings in jüngerer Zeit wiederholt Anlass, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass auch eine erhebliche Straferwartung nur Ausgangspunkt für die Erwägung ist, ob der in ihr liegende Fluchtanreiz unter Berücksichtigung aller sonstigen Umstände so erheblich ist, dass die Annahme gerechtfertigt erscheint, der Beschuldigte werde ihm nachgeben und wahrscheinlich flüchten.“ In der Tat entspricht diese Ansicht des OLG Koblenz der ständigen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte¹⁴ und der Ansicht in der Strafrechtslehre.¹⁵ Soweit die Straferwartung demnach zwar als Ausgangspunkt der Beurteilung einer Fluchtgefahr herangezogen werden kann, darf das Gericht die Ergebnisse des Hauptverfahrens durch seine Prognose gleichwohl nicht vorwegnehmen. So hat etwa das OLG Karlsruhe in einem Fall, in dem das Hauptverfahren bereits eröffnet war, auf Folgendes hingewiesen: „Einen dem Angeklagten ungünstigen Verlauf der Hauptverhandlung und der erst noch durchzuführenden Beweisaufnahme zu seinen Lasten zu unterstellen geht – unbeschadet des mit der Eröffnung des Hauptverfahrens von der StrK bejahten hinreichenden Tatverdachts – nicht an.“¹⁶ Ebenso wenig ist das Einlassungsverhalten des Beschuldigten dazu geeignet, eine Fluchtgefahr zu begründen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Beschuldigte sich für unschuldig hält. Das OLG Karlsruhe hat hierzu festgestellt: „Soweit die StrK darauf abstellt, das (Einlassungs-) Verhalten des Angekl. deute darauf hin, dass er nicht bereit sein werde, im Falle einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe dieselbe anzutreten, ist diese Gefahrenprognose im gegenwärtigen Stadium verfrüht und mangels hinreichender Konkretisierung nicht geeignet, den Haftgrund der Fluchtgefahr zu tragen.“¹⁷ Die Entscheidung verdeutlicht, wie weit manche Erwä-

gungen zuweilen hergeholt werden, um einen Grund für die Inhaftierung zu finden. Der Verdacht, dass Entscheidungen über Haftbefehle zuweilen keine rechtliche Prüfung vorangeht, sondern die Begründung der zuvor getroffenen Entscheidung angepasst wird, liegt insoweit nicht fern.¹⁸

II. Wohnsitz im Ausland

Entgegen der regelmäßigen (falschen) Handhabung in der Praxis lässt eine Fluchtgefahr sich nicht bejahen, wenn der Beschuldigte an seinem Wohnsitz im Ausland bleibt, sich aber dort dem in Deutschland geführten Strafverfahren zur Verfügung hält.¹⁹ In den Gründen seines Beschlusses vom 10. Oktober 1996 führte etwa das OLG Naumburg aus: „Zwar hat der Beschuldigte im Falle einer Verurteilung mit einer nicht unerheblichen Gesamtstrafe zu rechnen [...] In diesem Zusammenhang ist zwar zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seinen Wohnsitz in Österreich hat, wo auch seine Familie lebt, so dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür sprechen mag, dass er nach Österreich zurückkehren und damit die Durchführung des gegen ihn gerichteten Strafverfahrens nicht erleichtern wird. Diese Umstände rechtfertigen jedoch nicht die Annahme einer Fluchtgefahr, denn diese setzt weitergehend voraus, dass sich der Beschuldigte dem Verfahren entzieht.“ Zur Begründung einer Fluchtgefahr sind bei einem im Ausland ansässigen Beschuldigten daher konkrete Anhaltspunkte dafür erforderlich, dass er sich von dort an einen den Strafverfolgungsbehörden unbekanntem Ort absetzen oder sich sonst dem Verfahren in Deutschland entziehen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Beschuldigte (ggf. durch den Verteidiger) ernsthaft bekundet, sich dem Strafverfahren in Deutschland stellen zu wollen. So hat das OLG Karlsruhe erkannt: „Der Haftgrund der Fluchtgefahr ist in der Person des Angeklagten, der sich im Ausland aufhält, ohne flüchtig zu sein oder sich dort verborgen zu halten, – trotz einer im Falle einer Verurteilung hohen Straferwartung – nicht gegeben, wenn dieser – durch konkrete Tatsachen belegt – ernsthaft bereit ist, sich dem Verfahren zu stellen, an der Hauptverhandlung teilzunehmen und Ladungen Folge zu leisten.“²⁰ Allein, so das OLG Karlsruhe weiter, die „allgemeine Besorgnis, der Angeklagte werde sich im Falle einer künftigen Verurteilung der Vollstreckung einer erkannten Freiheitsstrafe entziehen, trägt in einem absehbar langwierigen Wirtschaftsstrafverfahren die Annahme von Fluchtgefahr nicht.“²¹ Selbst der Umzug des Beschuldigten in das Ausland genügt nach der Rechtsprechung des OLG Celle zur Begründung der Fluchtgefahr nicht, wenn sich hierin

¹² OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.6.2009 – 2 Ws 229/09, BeckRS 2009 24254; Beschl. v. 1.3.2004 – 3 Ws 44/04 = StV 2005, 33.

¹³ 1 Ws 159/02 = StV 2002, 313, 314.

¹⁴ Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11.10.1949 – Ws 203/49 = NJW 1950, 240; KG, Beschl. v. 17.5.1965 – 1 AR 930/61 = NJW 1965, 1390; OLG Köln, Beschl. v. 21.7.1995 – 1 Ws 23/95 = StV 1995, 475; OLG Hamm, Beschl. v. 28.1.2000 – 2 Ws 27/2000 = NStZ-RR 2000, 188; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.3.2004 – 3 Ws 44/04 = StV 2005, 33.

¹⁵ Vgl. Meyer-Gößner, StPO, 52. Auflage 2009, § 112 Rn. 24, Krauß, in: BeckOK StPO, Ed. 5, § 112 Rn. 16; KK-Graf (Fn. 2), § 112 Rn. 19, jeweils m.w.N.

¹⁶ Beschl. v. 1. März 2004 – 3 Ws 44/04 = StV 2005, 35

¹⁷ Beschl. v. 1. März 2004 – 3 Ws 44/04 = StV 2005, 35

¹⁸ So bereits Quedenfeld/Füllsack, Verteidigung in Strafverfahren, 3. Auflage 2005, S. 234.

¹⁹ OLG Naumburg, Beschl. v. 10. 10. 1996 – 1 Ws 101/96 = wistra 1997, 80; OLG Köln, Beschl. v. 18. 3. 2005 – 2 Ws 32/05 = StV 2006, 25; OLG Celle, Beschl. v. 20.3.2009 – 1 Ws 141/09 = NStZ 2010, 202; OLG Dresden, Beschl. v. 24.2.2005 – 1 Ws 29/05 = StV 2005, 224; OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.1.1996 – 2 Ws 183/95 = StV 1996, 381; Meyer-Gößner, StPO, 52. Aufl. 2009, § 112 Rz. 17a; Krauß, in: BeckOK StPO, Ed. 5, § 112 Rz. 13; Grau, NStZ 2007, 10.

²⁰ Beschl. v. 1. 3. 2004 – 3 Ws 44/04 = StV 2005, 33.

²¹ Beschl. v. 1.3.2004 – 3 Ws 44/04 = StV 2005, 33.

kein Fluchtwille manifestiert und eine Erreichbarkeit des Beschuldigten weiterhin möglich erscheint.²²

III. Verhältnismäßigkeit

Nach § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO darf die Untersuchungshaft nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe außer Verhältnis steht. Die Vorschrift konkretisiert folglich den bereits nach dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und sichert insbesondere das Grundrecht auf Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Das BVerfG hat wiederholt darauf hingewiesen, dass „der Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten Beschuldigten den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlichen und zweckmäßigen Freiheitsbeschränkungen ständig als Korrektiv entgegenzuhalten“ ist.²³ Ferner hat das BVerfG a.a.O. unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung in nicht zu überbietender Deutlichkeit ausgeführt: „Das bedeutet, das der Eingriff in die Freiheit nur hinzunehmen ist, wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als durch vorläufige Inhaftierung eines Verdächtigen.“ Die Anordnung von Untersuchungshaft ist kein beliebig einsetzbares oder aus welchen Gründen auch immer lapidar zu handhabendes Instrument, sondern die *ultima ratio* der Handlungsmöglichkeiten des Staates zur Sicherung seines Strafanspruchs. In der gerichtlichen Praxis scheint dies zuweilen in Vergessenheit zu geraten. Manche Äußerung von Staatsanwälten oder Ermittlungsrichtern speist vielmehr den Verdacht, dass oftmals nicht die Sorge um die Vollstreckung des staatlichen Strafanspruchs, sondern apokryphe Gründe zur – gesetzeswidrigen – Inhaftierung führen.²⁴ Bei Wirtschafts- und Steuerstraftaten, die das Vermögen des Staates beeinträchtigen, scheint zuweilen allein die Schadenshöhe oder präziser: die in ihr liegende Verwerflichkeit des Handelns für eine Inhaftierung als ausreichend angesehen zu werden.²⁵ Daraus, dass der Freiheitsanspruch des Beschuldigten in diesen Fällen nicht mit dem staatlichen Strafanspruch, sondern allenfalls mit nicht vom Gesetz erfassten und damit auch nicht zitierfähigen „Interessen“ abgewogen wird, erklärt es sich möglicherweise, dass viele Haftbefehle an einer

unzureichenden Begründung der Verhältnismäßigkeit leiden. Nahezu regelmäßig finden sich in den Gründen lediglich Formulierungen wie: „Angesichts der oben geschilderten Straferwartung bestehen hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Haftanordnung keinerlei Bedenken.“ Wirklich nicht? Nach § 34 StPO sind die durch ein Rechtsmittel anfechtbaren Entscheidungen sowie die, durch die ein Antrag abgelehnt wird, mit Gründen zu versehen. Nach ständiger Rechtsprechung der Strafgerichte und des BVerfG sowie der einhelligen Ansicht in der Lehre müssen die Gründe eines gerichtlichen Beschlusses den Prozessbeteiligten in die Lage versetzen, sein weiteres Verhalten auf die Meinung und die Absicht des Gerichts einzustellen. Zudem müssen sie ein Rechtsmittelgericht in die Lage versetzen, nachprüfen zu können, ob das Gericht von zutreffenden Erwägungen ausgegangen ist.²⁶ Ausführungen der vorstehend zitierten Art genügen diesen Anforderungen, denen jede anfechtbare Entscheidung genügen muss, jedoch nicht. Selbst wenn man der Ansicht folgte, in einem Haftbefehl müsse nur dann zur Verhältnismäßigkeit Stellung genommen werden, wenn sich der Beschuldigte auf diesen Grundsatz beruft oder wenn seine Anwendung naheliegt,²⁷ kann ein Rechtsmittelgericht anhand solcher Gründe nicht prüfen, ob die Erwägungen des Ermittlungsrichters zutreffen. Bedenken an der vorstehend zitierten Ansicht ergeben sich auch daraus, dass der Betroffene schon mangels Kenntnis von dem Haftbefehl keine Gelegenheit haben dürfte, sich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berufen. Im Übrigen liegt die Anwendung dieses Grundsatzes bei der Anordnung von Untersuchungshaft als dem schneidigsten staatlichen Instrument stets nahe.

D. Fazit

Zwischen den gesetzlichen und durch die Rechtsprechung konkretisierten Anforderungen an die Prüfung der Fluchtgefahr sowie die Verhältnismäßigkeit einer Inhaftierung einerseits und der gerichtlichen Praxis andererseits liegen gelegentlich leider Welten. Zwar steht dem Beschuldigten die Möglichkeit offen, Haftbefehle anzugreifen. Vorzugswürdig und der Bedeutung der Sache angemessen wäre es jedoch, wenn Strafverfolgungsbehörden und Gerichte von vornherein größere Sorgfalt bei dem Umgang mit Haftbefehlen anwenden würden.²⁸ Wenn und soweit die Kapazitäten der Strafjustiz eine sorgfältige Prüfung verhindern, muss die Entscheidung im Zweifel gegen eine Inhaftierung ausfallen.

²² OLG Celle, Beschl. v. 20.3.2009 – 1 Ws 141/09 = NStZ 2010, 202.

²³ BVerfG, Beschl. v. 28.2.1991 – 2 BvR 86/91 = NJW 1991, 2821.

²⁴ Vgl. *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 3. Auflage 2000, S. 261f; *Schwedhelm*, BB 2010, 731, 732: „Hintergrund ist, dass selbst die hartgesottesten Hinterzieher nach längerer Untersuchungshaft eine deutlich größere Geständnis- und Kooperationsbereitschaft zeigen als zuvor. Welcher Ermittler kann von sich sagen, dieser Versuchung immer widerstanden zu haben?“

²⁵ Vgl. auch die zitierten Äußerungen bei *Quedenfeld/Füllsack*, Verteidigung in Steuerstrafsachen, 3. Auflage 2005, S. 233 f.

²⁶ RGSt 75, 11, 13 m.w.N. aus der Rspr. des RG; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. Juli 1991 – 1 Ws 588/91 = StV 1991, 521f.; BGH, Beschl. v. 18. Dezember 2008 – StB 26/28; *KK-Maul* (Fn. 2), § 34 Rz. 1; *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Auflage 2009, § 34 Rz. 1 m.w.N.

²⁷ *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 114 Rz. 117.

²⁸ Die Kritik von *Schwedhelm*, BB 2010, 731, 732, erscheint leider berechtigt: „Rückfragen der zuständigen Richter sind selten, im Wege der Akteneinsicht kann zumeist nicht einmal festgestellt werden, ob der Richter die Akte überhaupt gelesen hat“.

Informationelle Selbstbestimmung im Strafvollzug: Anspruch des Gefangenen auf Einsichtnahme in seine Krankenakte

Zugleich Anmerkung zu KG HRRS 2010 Nr. 370 (in diesem Heft)

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

I. Einleitung

Das Wortlautargument hat die Funktion, der Interpretation von Rechtsnormen eine Grenze zu ziehen, die üblicherweise als jene des möglichen Wortsinns charakterisiert wird. Wo diese verläuft, wäre Thema eines sprachphilosophischen Kolloquiums. Klar ist, dass ihr Verlauf nicht unabhängig vom Standpunkt des Interpreten bestimmt werden kann. Es gibt also eine gewisse Beweglichkeit. Allerdings ist die Kenntnis des genauen Verlaufs auch nicht erforderlich. Denn das Wortlautargument besagt nicht, die Norm müsse so angewendet werden, wie es ihrem Wortlaut entspricht. Es besagt, die Norm dürfe nicht so angewendet werden, dass der Anwendung eine Interpretation zugrunde liegt, die die Grenze des möglichen Wortsinns verletzt.

Schauen wir auf die Vorschrift des § 185 StVollzG, die das Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht des Gefangenen regelt. Nach deren Wortlaut erhält „der Betroffene [...] nach Maßgabe des § 19 des Bundesdatenschutzgesetzes Auskunft und, soweit eine Auskunft für die Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen nicht ausreicht und er hierfür auf die Einsichtnahme angewiesen ist, Akteneinsicht“. Würde man der rechtsmethodologisch falschen Annahme folgen, Rechtsvorschriften seien so anzuwenden, wie es ihr Wortlaut besagt, käme man aller Vorausicht nach zu einer Deutung, wonach die Aussage des § 185 StVollzG auf ein abgestuftes Informationsrecht des Gefangenen hinausläuft. Bei den Informationsrechten der Auskunft und der Akteneinsicht würde es sich danach nicht um Rechte handeln, die unter gleichen Voraussetzungen bestehen. Nicht in allen Fällen, in denen der Gefangene ein Auskunftsrecht hat, bestünde zugleich ein Recht auf Akteneinsicht, sondern nur soweit die Auskunft für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen nicht ausreicht.

Geht man hingegen vom korrekten Verständnis des Wortlautarguments aus, ist diese Lesart nur eine von mehreren möglichen Deutungen, so dass über die Privilegierung einer Lesart nicht wiederum mit einem Wort-

lautargument entschieden werden kann. Es bedarf vielmehr anderer Überlegungen, um hier zu einer *begründeten* Entscheidung zu kommen.

II. Der Beschluss des KG

Im Beschluss des Kammergerichts vom 14. Januar 2010¹ tritt das verbreitete Missverständnis über die Funktion des Wortlautarguments offen zu Tage. „Dem Wortlaut des § 185 StVollzG“, heißt es, sei „eindeutig zu entnehmen, dass das Akteneinsichtsrecht nicht unbeschränkt und ohne Angabe von Gründen gewährt werden soll“.²

In der Entscheidung geht es um die Frage des Anspruchs eines Strafgefangenen auf Einsichtnahme in seine Krankenakte. Die Anstaltärztin hatte einem Gefangenen der JVA Tegel die von ihm begehrten Kopien der ärztlichen Befunde über einen bestimmten Zeitraum nicht in vollem Umfang gewährt, weil ein Anspruch auf Einsichtnahme der handschriftlichen Vermerke nicht bestehe. Auf den Antrag des Gefangenen (§ 109 StVollzG) verpflichtete die Strafvollstreckungskammer des LG Berlin die Anstalt, dem Antragsteller vollständige Einsicht in seine Krankenakte zu gewähren. Den Anspruch leitete das LG aus § 185 StVollzG in Verbindung mit dem Recht des Gefangenen auf informationelle Selbstbestimmung ab (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG).

Gegen diese Auffassung wendet sich das KG in seiner der Rechtsbeschwerde des Anstaltsleiters (§ 116 StVollzG) stattgebenden Begründung: Die Strafvollstreckungskam-

¹ 2 Ws 511/09 Vollz = HRRS 2010 Nr. 370. Ich danke *Ulf Buermeyer* für den Hinweis auf diese Entscheidung sowie für weitere wichtige Anregungen.

² Vgl. auch KG, Beschl. v. 5. September 2007, 2/5 Ws 700/06 Vollz. Diese Auffassung entspricht der ganz h.M. in Rspr. und Lit., vgl. LG Augsburg NJW 1980, 465 m. Anm. *Haß*, LG Braunschweig StV 1981, 80, OLG Karlsruhe StV 1981, 80, OLG Celle NSTZ 1982, 45 f., OLG Koblenz NJW 1996, 3160; vgl. auch *Arloth*, StVollzG, 2. Aufl. (2008), § 185 Rn. 4 sowie *Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal-Schmid*, StVollzG, 5. Aufl. (2009), § 185 Rn. 9.

mer habe einen Anspruch des Gefangenen auf vollständige, nicht auf sog. „objektivierte“ Befunde und Behandlungsergebnisse beschränkte³ Akteneinsicht bejaht, „ohne sich zuvor der rechtlich vorrangigen Frage zuzuwenden, ob der Antragsteller den Anforderungen des § 185 StVollzG gemäß ausreichend dargelegt hatte, ob ein Anspruch auf Akteneinsicht bestand, weil eine Auskunft gegenüber der Akteneinsicht nicht ausreiche“. Nach Auffassung des KG ist das Stufenverhältnis der Informationsrechte, „[d]em Wortlaut des § 185 StVollzG [...] eindeutig zu entnehmen“. Wie der Vorschrift des in § 185 StVollzG in Bezug genommen § 19 BDSG zu entnehmen sei, werde selbst das Auskunftsrecht nicht schrankenlos gewährt, so dass dies „erst recht“ für den Anspruch auf Akteneinsicht gelten müsse. Ohne Darlegung konkreter Gründe, aus denen hervorgeht, dass die Akteneinsicht zur Wahrung rechtlicher Interessen des Gefangenen erforderlich ist, könne ein Anspruch nicht bejaht werden. Es reiche nicht aus (wie im Schriftsatz des Antragstellers) zu erklären, das Interesse an einer umfassenden Kenntnis der medizinischen Dokumentation sei „evident“.

Argumenten, die aus dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Gefangenen ein Interesse auf Akteneinsicht ohne Substantiierungspflicht ableiten bzw. die Erklärung, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wahrnehmen zu wollen, als Nachweis des berechtigten Interesses ausreichen lassen⁴, versagt das Gericht die Anerkennung. Zwar entspreche diese Auffassung der neuen Entwicklung im Informationsfreiheitsrecht.⁵ Am Strafvollzug soll diese Entwicklung nach Ansicht des Senats aber einstweilen vorbeigehen, zumindest solange der Landesgesetzgeber keine die Vorschrift des § 185 StVollzG ersetzende Regelung erlassen habe.⁶ Nebenbei verweist der Senat auf die Ausführungsvorschriften der Senatsverwaltung für Justiz zu § 185 StVollzG, wonach Ansprüche des Gefangenen sowie seines Rechtsbeistandes auf Akteneinsicht und auch auf Aushändigung von Kopien (gegen Kostenerstattung) in weitem Umfang anerkannt seien.⁷ Freilich beschränkten sich diese Einsichtsrechte im Falle von Gesundheitsunterlagen lediglich auf die medizinisch objektivierbaren Befunde, so dass über das Interesse eines Gefangenen an vollständiger Dokumentation noch nichts präjudiziert sei. Im vorliegenden Fall habe der Antragsteller jedoch noch nicht einmal für seinen Hilfsantrag auf Einsichtnahme in die objektivierbaren Befunde das berechnete Interesse nach

Maßgabe der §§ 185 StVollzG, 19 BDSG in substantiierter Weise dargetan, so dass sein Anspruch auch insoweit scheitern müsse.

III. Kritik

Der Rechtsauffassung des KG ist zu widersprechen. Den Strafvollzug von Tendenzen zur verfassungsrechtlich gebotenen Stärkung der Informationsfreiheitsrechte auszunehmen, erscheint in einer Tradition, in welcher die Idee vom besonderen Gewaltverhältnis – von vornherein herabgesetzter Grundrechtsschutz in bestimmten Kontexten⁸ – immer noch seltsam nachklingt. Im Lichte der informationellen Selbstbestimmung versteht sich die Evidenz der Berechtigung des Interesses am Zugang zu *persönlichen Daten* in der Tat von selbst. Bedeutet informationelle Selbstbestimmung die „Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“⁹, dann ergibt sich als normative Kehrseite dieser Befugnis unmittelbar die Pflicht des Staates, solche persönlichen Daten auf Wunsch des Betroffenen zu offenbaren.¹⁰ Auf ausgreifendere Erwägungen kann es nur ankommen, wo es Anlass zur Vermutung gibt, dass das Informationsinteresse des Gefangenen mit legitimen Geheimhaltungs- oder Sicherheitsinteressen der Anstalt kollidiert oder gar die öffentliche Sicherheit gefährden könnte. Dann muss abgewogen werden¹¹, wobei zu beachten ist, dass „[d]as Auskunftsinteresse [...] erhebliches verfassungsrechtliches Gewicht [hat]“¹². Wie das BVerfG festgestellt hat, liegt „[e]ine Grundrechtsverletzung [...] auch dann vor, wenn unterstellt wird, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung [...] nur ein Recht auf abwägende Berücksichtigung des Informationsinteresses und folglich nur einen durch gegenläufige Belange von vornherein [...] eingeschränkten Anspruch auf Information umfasst“¹³. Auch im Rahmen der Abwägung wird man jedoch kaum ernstlich behaupten wollen, dass die Kenntnis des Gefangenen von seiner Krankenakte eine Gefahr für die Sicherheits- oder Geheimhaltungsinteressen der Anstalt darstellt. Was den Gesichtspunkt der Geheimhaltung aus überwiegenden

³ Vgl. dazu AK-Boetticher/Stöver, StVollzG, 5. Aufl. (2006), § 56 Rn. 24 m.w.N.

⁴ Linkhorst, Das Akteneinsichtsrecht des Strafgefangenen nach § 185 (2005), S. 31 ff., 172 ff., Weichert, ZfStrVo 2000, 100 sowie AK-Weichert, StVollzG, 5. Aufl. (2006), § 185 Rn. 13 mit zahlreichen Nachweisen, auch zur Gegenansicht in Lit. und Rspr.

⁵ Der Senat bezieht sich auf die Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder, namentlich das Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (IFG) vom 16. Oktober 1999. Zur Frage der Anwendbarkeit dieser Gesetze im Strafvollzug Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal-Schmid (Fn. 2), § 185 Rn. 2.

⁶ Vgl. schon KG, Beschl. v. 5. September 2007, 2/5 Ws 700/06.

⁷ Vgl. dazu Linkhorst (Fn. 4), S. 200 ff., 214 ff., AK-Weichert (Fn. 4), § 185 Rn. 5.

⁸ Dagegen bereits BVerfGE 33, 1.

⁹ BVerfGE 65, 1, 44 f.; BVerfGE 80, 367, 373; BVerfGE 103, 21, 33.

¹⁰ Vgl. BVerfG, 1 BvR 2388/03 vom 10. März 2008 (= BVerfGE 120, 351) Rn. 58 f.: „Der durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vermittelte Grundrechtsschutz erschöpft sich nicht in einem Abwehrrecht gegen staatliche Datenerhebung und Datenverarbeitung. Dieses Grundrecht schützt auch das Interesse des Einzelnen, von staatlichen informationsbezogenen Maßnahmen zu erfahren, die ihn in seinen Grundrechten betreffen. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umgebung bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden.“

¹¹ Zur Verfassungskonformität des Abwägungsmaßstabs in § 19 Abs. 4 BDSG s. BVerfG, 1 BvR 2388/03 vom 10. März 2008 (= BVerfGE 120, 351) Rn. 76 f.

¹² Ebd., Rn. 101.

¹³ BVerfG, 2 BvR 443/02 vom 9. Januar 2006, Rn. 29.

berechtigten Interessen eines Dritten anbelangt (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 BDSG), hat das BVerfG für die Argumentationsfigur des sog. therapeutischen Vorbehalts festgestellt, dass „diese Erwägung eine Beschränkung der Akteneinsicht auf die sogenannten objektiven Befunde schon deshalb nicht rechtfertigen [kann], weil eine solche Beschränkung dem Umfang nach über das zum Schutz personenbezogener Daten des Therapeuten gegebenenfalls Erforderliche hinausginge“¹⁴.

Wem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch nicht ausreicht, dem sei gesagt, dass die informationelle Asymmetrie das Behandlungsverhältnis jener grundrechtlich geschützten Dimension beraubt, die durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als *Resozialisierungsinteresse* anerkannt ist (Art. 1, Abs. 1., Art. 2. Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip).¹⁵ Für das Recht der Einsicht in den Vollzugsplan einschließlich der Aushändigung einer vollständigen Abschrift desselben, sofern der Gefangene eine solche begehrt, ist das unmittelbar einleuchtend, denn der Vollzugsplan ist das Kernelement des Resozialisierungsvollzugs.¹⁶ Dem Resozialisierungsinteresse, das auf der *autonomen* Entscheidung des Gefangenen zur Mitwirkung beruht,¹⁷ widerspricht es jedoch auch, wenn man den Gefangenen im Hinblick auf seine Krankenakte informatorisch bevormundet. Es widerspricht vor allem der in § 4 Abs. 1 S. 2 StVollzG normierten Förderungspflicht. Die vom Gefangenen begehrte Einsichtnahme darf nach richtiger Auffassung auch nicht auf objektivierte Befunde und Behandlungsunterlagen beschränkt werden, sondern muss sich in gleicher Weise auf schriftliche fixierte persönliche Eindrücke und Wertungen erstrecken.¹⁸ Ausdrücklich hat das BVerfG auf die *Missbrauchsgefahr* hingewiesen, die in den Formeln vom therapeutischen Vorbehalt und den objektivierten Befunden ange-

legt ist, insbesondere in einem „Bereich, der [...] durch ein besonders hohes Machtgefälle zwischen den Beteiligten geprägt ist“¹⁹. Argumente, die wegen der Art der Aktenführung mangelnde Praktikabilität der Einsicht geltend machen, weist das BVerfG fast schroff zurück („nicht nachvollziehbar“) und stellt fest, dass diesem Gesichtspunkt jedenfalls „kein Vorrang vor dem Informationsinteresse des Betroffenen eingeräumt werden [kann]“²⁰.

IV. Fazit

Es wurde festgestellt, dass das Wortlautargument nicht zur Entscheidung zwischen Lesarten herangezogen werden kann, von denen keine die Grenze des möglichen Wortsinns verletzt. Zumal kann keine Auslegung, die Ergebnis einer korrekten Schlussfolgerung ist, die Grenze des Wortsinns verletzen. „A bekommt B und wenn B nicht ausreicht, auch C.“ Ein Satz dieser Form (vgl. § 185 StVollzG) ist ohne weiteres vereinbar mit der Aussage „Wenn A nicht nur B will, sondern C, dann reicht B nicht aus.“ Daraus folgt logisch und in den Grenzen des möglichen Wortsinns, dass A nicht nur B bekommt. Zu zeigen, dass sich die Wahrheit der Zusatzprämisse aus den Gesichtspunkten des informationellen Selbstbestimmungsrechts und des verfassungsrechtlich fundierten Resozialisierungsinteresses ergibt, war das Anliegen dieser Entscheidungsanmerkung. Es ist zu wünschen, dass die Rechtsprechung im Bereich des Strafvollzugs für diese Gesichtspunkte künftig sensibler wird. Die stufentheoretische Lesart des § 185 StVollzG mag sogar noch als erste Stufe der Auslegung durchgehen, solange sie nicht als selbstimmunisierendes Argument gegen die verfassungsrechtliche Gebotenheit ihrer eigenen Zurückstufung fungiert.

¹⁴ Ebd., Rn. 39.

¹⁵ Grundlegend BVerfGE 35, 202 (Lebach).

¹⁶ Bung, StV 2009, 201 ff.

¹⁷ Vgl. dazu Bung (Fn. 16) sowie ders. KJ 2009, 292 ff.

¹⁸ AK- Weichert (Fn. 4), § 185 Rn. 12 m.w.N.

¹⁹ BVerfG, 2 BvR 443/02 vom 9. Januar 2006, Rn. 33. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall ging es um einen im Maßregelvollzug Untergebrachten, der Einsicht in seine Krankenunterlagen begehrte.

²⁰ Ebd., Rn. 54.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Martin Böse, Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.): Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag; 804 Seiten, Duncker & Humblot, Berlin 2009.

Festschriften zu besprechen, ist nicht leicht, schon weil man nicht auf jeden Beitrag in der gebührenden Form eingehen kann. Dennoch ist es sinnvoll, dass Festschriften besprochen werden, weil damit den Interessierten viel Zeit erspart wird; – hinzukommt im vorliegenden Fall, dass der Rezensent die meisten Beiträge ohnehin für Lehrbuch und Kommentar lesen und auswerten muss. Insgesamt handelt es sich bei der *Amelung*-Festschrift um 44 Beiträge. Davon entfallen in dieser in 6 Abschnitte gegliederten und schon deshalb übersichtlichen Festschrift – oft wird nicht gegliedert, sondern alphabetisch nach den Verfassernamen vorgegangen – 8 Beiträge auf die „Grundlagen des Strafrechts“, 11 auf das „Strafrecht (Allgemeiner Teil)“, 6 auf das „Strafrecht (Besonderer Teil)“, 4 auf „Medizin- und Sportrecht“, 11 auf „Verfassungsrecht und Strafprozessrecht“ und 4 auf „Juristische Zeitgeschichte und Kriminalpolitik“. Dabei kommen insgesamt 700 Seiten zusammen, was zu einer durchschnittlichen Beitragslänge von etwas über 15 Seiten führt, die aber auch überschritten (so etwa von *Paeffgen*, der für die die Beantwortung der Frage „Bürgerstrafrecht, Vorbeugerecht, Feindstrafrecht 43 Seiten braucht) und unterschritten (so braucht etwa *Günther* für den Defensivnotstand kaum mehr als 10 Seiten, *Schroeder* für die „Erforderlichkeit der Strafe“ sogar nur 3 Seiten) wird. Innerhalb der Abschnitte werden die Beiträge alphabetisch nach den Namen der Autoren platziert.

Bevor auf einzelne ausgewählte Beiträge eingegangen werden wird, sollte noch allgemein zur Festschrift darauf hingewiesen werden, dass sie ein Vorwort und ein Schriftenverzeichnis enthält. Das Vorwort der Herausgeber (V-VIII) enthält knappe, aber aufschlussreiche Informationen zur Person *Amelungs* in Gestalt eines Lebenslaufs. So etwa zum parallel zum Jurastudium aufgenommenen Soziologiestudium, zu seiner Assistententätigkeit an einem verfassungsrechtlichen Lehrstuhl und zur vom Betreuer (*Roxin*) als habilitationswürdig eingestuften strafrechtlichen Dissertation zum Rechtsgüterschutz, die ihm seine erste Professur in Bochum „einbrachte“. Hingewiesen wird man – mit wertenden Bemerkungen der Herausgeber versehen (ein tabellarischer Lebenslauf hätte freilich nicht in eine Festschrift gepasst) – auf die „auch als Verpflichtung“ empfundene Mitwirkung „beim Aufbau einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung in den neuen Bundesländern“, die ihn u.a. zum Wechsel

vom ersten Ordinariat in Trier und dessen „geliebter Weinlandschaft von Mosel, Saar, Ruwer“ nach Dresden bewegte, wo er von 1991 bis 2006 lehrte und sich gegen die Zerschlagung der Juristischen Fakultät teilerfolgreich wehrte. Dass *Amelung* nur eine Habilitationsschrift betreut hat, überrascht angesichts seiner Forschungsaktivitäten. Schließlich wird im Vorwort auch noch kurz das „wissenschaftliche Werk“ des Festschriftadressaten gewürdigt. Hervorgehoben wird dabei seine Verhaftung „an den geistesgeschichtlichen und sozialwissenschaftlichen Grundlagen des (Straf-)Rechts“. Daraus erklärt sich wohl auch der Titel der Festschrift „Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts“, der wie fast alle Titel von Festschriften – viele haben gar keinen – die 44 Beiträge nur notdürftig zusammenzuhalten versucht. Nähere Auskunft über das wissenschaftliche Werk *Amelungs* kann man – worauf das Vorwort denn auch verweist – dem „Verzeichnis der Schriften von Knut Amelung“ (S. 793-802) entnehmen. Auch dieses ist wie die Festschrift auch sonst „gegliedert“, allerdings „nur“ nach formalen Kriterien wie Monographie, Herausgebertätigkeiten, Abhandlungen in Sammelwerken und Festschriften, Abhandlungen in Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Buchrezensionen und „Sonstiges“. Vielleicht ist es verständlich, das in einer Festschrift-Besprechung die Festschriftbeiträge des Festschriftadressaten herausgegriffen werden, denn sie können – wie der Kreis der Verfasser der Festschrift-Beiträge zur hier zu besprechenden Festschrift (meist Weggefährten aus Göttingen, Bochum, Trier und Dresden) – etwas über die von *Amelung* geschätzten Kollegen aussagen. *Amelung* hat sich, wenn der Rezensent richtig gezählt hat, an 13 personenbezogenen Festschrift beteiligt, und zwar mit Beiträgen zu den Festschrift-Adressaten *Dünnebiel* (1982), *Bemmann* (1997), *Grünwald* (1999), *Roxin* (2001), *Lüderssen* (2002), *Schlüchter* (Gedächtnisschrift, 2002), *Schreiber* (2003), *Hilger* (2003), *Badura* (2004), *Rudolphi* (2004), *Eser* (2005), *Schroeder* (2006; fehldatiert als 2005) und *Otto* (2007). Kundige werden daraus Schlüsse ziehen, etwa dass neben den dem materiellen Strafrecht zuzurechnenden Adressaten auch Verfassungsrechtler und Strafprozess-Praktiker „bedient“ wurden. Die vielfältigen Interessen *Amelungs* kann man auch den Namen der Autoren entnehmen, deren Bücher er besprochen hat: u.a. *Habermas/Luhmann*, *Hassemer*, *Hillenkamp*, *Frister*, *Schlehofer*, *Rogall*, *Fezer* und *Rönnau*. Hinzukommen eine Lehrbuchrezension (*Maurach-Schroeder/Maiwald* BT I) und eine Kommentar-Besprechung (*Lackner/Kühl*). Das wird hier nicht aus Dankbarkeit erwähnt, sondern weil es auf eine Besonderheit *Amelungs* verweist: er hat sich nicht in die inzwischen fast alle Strafrechtsprofessoren erfassende Reihe der Lehrbuchautoren (Ausnahme: ein Kurzschrifttum zum

Hausfriedensbruch) und Kommentatoren eingereiht. Auch dieser Umstand spiegelt sich im Titel der Festschrift – „Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts“ – wieder. „Grundlagenarbeiter“ eignen sich vielleicht nicht gerade für diese typischen juristischen Literaturgattungen. Damit soll nicht allen Lehrbuchautoren und Kommentatoren die Kompetenz zu solcher „Grundlagenarbeit“ abgesprochen werden, oft schlägt sie sogar auf die Lehrbücher und Kommentierungen durch. Eine weitergehende Bewertung des wissenschaftlichen Werks von *Knut Amelung* versagt sich der Rezensent, denn von ihm wird vor allem die Vorstellung einzelner Festschriftbeiträge erwartet. Dafür ist nach der etwas lang geratenen, aber spontan und ungebremst geschriebenen „Einleitung“ nicht mehr viel Platz, wenn man sich auch in einer elektronischen Zeitschrift an die Üblichkeiten von Buchbesprechungen hält; – das Organ bzw. das Medium verträgt zwar mehr, der Leser wohl eher nicht. Auf jeden Fall stößt der Rezensent irgendwann an die Grenzen seiner Kapazität, die sich auch mangels jeder Aussicht auf entschädigendes Honorar nicht überstrapazieren lässt. Deshalb nur eine Auswahl, die nur zum Teil sachliche Gründe hat, aber – das sei vorab gesagt – keinesfalls gegen die Qualität und Bedeutung der nicht näher vorgestellten Beiträge spricht.

Wie nicht anders zu erwarten, ist der „Grundlagen“-Abschnitt I sehr heterogen. Durch den Anfangsbuchstaben rückt *Greco* (S. 3-16) auf die pole-position, was sich aber auch vom Thema her rechtfertigen ließe, denn er beschäftigt sich mit dem Rechtsgüterschutz, also einem der Themen, die auch den Festschriftenempfänger umtreiben. Das Rechtsgutskonzept, nach dem eine legitime Strafvorschrift ein zu schützendes Rechtsgut aufweisen muss, hat ja gerade vom Bundesverfassungsgericht in der „Inzest“-Entscheidung „sein Fett abgekriegt“, obwohl es in dieser Entscheidung um eine Domäne des Konzepts – die Ausscheidung reiner Moralwidrigkeiten – ging. Ein ständiges Problem ist die Frage, ob und inwieweit auch der Tier- und Naturschutz als Rechtsgüterschutz ausgegeben werden kann (*Kühl*, *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, 2008, S. 266 f.). Die Antwort *Greco*s ist für den Rezensenten verblüffend, denn sie postuliert die Menschenähnlichkeit der Tiere gerade hinsichtlich der Selbstbestimmungsfähigkeit; er hatte sich gerade mit der These angefreundet, bei der Tierquälerei handle es sich um ein rechtsgutsloses Delikt (so *Heger*, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, 2009, S. 234 ff.; diese These war dem Rezensenten schon länger bekannt, denn er „musste“ die diesem Buch zugrundeliegende Tübinger Habilitationsschrift von *Martin Heger* begutachten). Mit *Heger*s Konzeption konnte sich *Greco* schon aus zeitlichen Gründen nicht auseinandersetzen, auseinandersetzen hätte er sich mit den Konzeptionen von *Gallas* und *Welzel* können, die er in jugendlicher Unbekümmertheit als „moralistische Deutungen des Tierquälereitbestandes“ abtut (S. 5).

Auch *Lüdersens* (S. 67-80) knüpft – wie auch *Jakobs* in seinen Bemerkungen zum „Sozialschaden“ (S. 37-49) – an *Amelungs* Dissertation zum Rechtsgüterschutz von 1972 an, verbirgt aber nicht seine Skepsis gegenüber einem systemtheoretischen Verständnis des (Straf-)Rechts im Sinne *Luhmanns*. Er plädiert in Anlehnung an die gerade als Buch erschienene Habilitationsschrift von *Theile* –

„Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren“ – für eine „akteurszentrierte Steuerungstheorie“ und für eine „regulierte Selbstregulierung“. Konkret bezweifelt er die spezialpräventive Notwendigkeit des Strafrechts etwa bei Untreuehandlungen nicht. – *Haffke* (S. 17-36) konfrontiert den Rezensenten als *Gallas*-Schüler in seiner Untersuchung zur „straftheoretischen Bedeutung der Pforte des § 3 JGG“ mit der schwer verdaulichen These, „dass eine inhaltliche Verknüpfung von Schuld und Strafe, jenes von *Gallas* so genannte Band, das Strafe und Schuld sachlich untereinander verbindet, nicht denknotwendig ist“ (S. 32). Dem würde man als Strafrechtspositivist gerne § 46 StGB entgegenhalten, der allerdings in *Haffkes* Untersuchungsgegenstand – „dem Jugendstrafrecht“ – keine Entsprechung“ hat (S. 36); ob die Jugendstrafe dann noch eine Strafe ist, müsste man nachfragen.

Nur kurz erwähnt werden kann *Lagodnys* „Abrechnung“ mit der „überzüchteten“ deutschen Strafrechtsdogmatik, der auch das AT-Lehrbuch des Rezensenten zum Opfer fällt (S. 61), obwohl dieser sich gerade bei den von *Lagodny* als Beispiel gewählten Theorien zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit um deren Reduzierung bemüht; ob eine gesetzliche Regelung des Eventualvorsatzes die Dogmatik entlasten würde, ist zweifelhaft, aber möglich; *Lagodny* ist jedenfalls mit der österreichischen Regelung zufrieden. Der Aufnahmekapazität des Rezensenten fällt der bereits einleitend genannte „fußnotengesättigte Riesen“ – Beitrag von *Paeffgen* zum Opfer; seine Warnung vor einem dem „Gedanken einer funktionalen Gewaltenteilung“ widersprechenden „Sicherungsrecht“ zur „gesamten Hand von Strafverfolgung, Polizei und Nachrichtendienst“ (S. 123), soll aber wenigstens weitergegeben werden. *Schroeder* wendet sich gegen den „Schluss von der generellen Erforderlichkeit der Strafe auf ihre Erforderlichkeit im Einzelfall“ (S. 126); als Konsequenz soll z.B. § 60 StGB wegen Anhebung der Schwelle der Nichterfordlichkeit auf die „offensichtliche Verfehlbarkeit“ „verfassungswidrig“ sein (S. 127). Auch wenn es dem grundlagenorientierten Beitrag von *Wohlers* zu den „Verhaltensdelikten“ (S. 129-143) nicht gerecht wird, sei nur auf das erneute Aufgreifen der Diskussion um das von der Tierquälerei geschützte Rechtsgut, bei der *Wohlers Amelung* „folgt“: friedensstiftende Wirkung (S. 132 und 141), hingewiesen; nicht Rechtsgüterschutz, sondern der Schutz von Wertvorstellungen oder Tabus soll eine Strafvorschrift wie § 173 StGB legitimieren können (S. 141).

Obwohl mit „II. Strafrecht (Allgemeiner Teil)“ das Hauptinteressengebiet des Rezensenten erreicht ist, muss er den Anspruch auf gleichmäßige Besprechung jedes Beitrages aufgeben. *Günther* fasst sich in seinem Beitrag „Defensivnotstand und Tötungsrecht“ (S. 147-157) – wie bereits eingangs gesagt – kurz, manchmal zu kurz; so etwa wenn der Abschuss eines von Luftpiraten gekaperten Passagierflugzeugs als Aggressivnotstand und damit als rechtswidrig eingestuft wird (S. 15); ansonsten ist das „Herz des Kommentators und Lehrbuchautos“ hoch erfreut, wenn er kurze und knappe Aussagen zu Fällen wie dem „Lokomotiv- oder Weichenstellerfall“, dem „Mignonette-Fall“, dem „Spannerfall“ oder dem „Bergsteiger-Fall“ geliefert bekommt, gerade wenn er wie der Rezensent in der Flut der Literatur, die für die gerade anstehende Neuauflage des „*Lackner/Kühl*“ ausgewertet

werden muss, zu ertrinken droht. Dennoch noch ein Satz zu *Günther*: er schlägt de lege ferenda vor, auch im StGB den Aggressionsnotstand und den Defensivnotstand in zwei Vorschriften zu regeln (S. 156 f.). *Herzberg* stimmt der „in seinem Hause“ entstandenen sog. „Strafschärfungslösung“ von *Hardtung* in seinem Beitrag „Zum Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts“ (S. 159-179) in „vollem Umfang“ zu (S. 178). Dass die herkömmliche Lehre zu diesem Versuch mit dem Gesetz nicht vereinbar sei, überzeugt den natürlich herkömmlich denkenden Rezensenten trotz Wiederholung nicht; dass dessen AT-Lehrbuch immerhin für den Einstieg – mehr aber auch nicht (S. 169 ff.) – taugt (S. 159), erfreut diesen vorübergehend. – „Zurechtgestutzt“ wird der Rezensent auch von *Hirsch*, der die „Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung“ (S. 181-202) untersucht und dabei der neueren Rechtsprechung (BGHSt 49, 34 und 166), die sich nach Ansicht des Rezensenten von der Sittenwidrigkeit verabschiedet, zustimmt (schon registriert in dieser Festschrift von *Sternberg-Lieben*, S. 340 Fn. 98), weil sie rechtsbezogen auf die Lebensgefährlichkeit und schwere Verletzungen abstellt; dass dies unter die Sittenwidrigkeit subsumiert werden kann, ist nach wie vor zu bestreiten; daran ändert auch die wohl kriminal-politisch zu verstehende These von *Hirsch* nichts: „Pauschalverweisungen auf die guten Sitten haben im Strafrecht nichts zu suchen“. Es gibt sie aber. – *Krey/Nuys* sehen den „Täter hinter dem Täter“ (S. 203-223) als Frucht der „Liebe des Strafrechters zum Glasperlenspiel“; eine Figur, die sie abgeschafft bzw. durch die Mittäterschaft als *lex specialis* ersetzt sehen wollen; für die Fälle der Organisationsherrschaft wird eine gesetzliche Regelung, die dem portugiesischen Vorbild folgt, vorgeschlagen (S. 212 f.). – Die „soziale Adäquanz“ kann nach *Otto* wegen ihrer Unbestimmtheit und Vagheit (S. 227) zwar für eine restriktive Auslegung herangezogen werden, eine besondere dogmatische Bedeutung könne sie aber heute nicht mehr beanspruchen (S. 228 in Anschluss an *Roxin*). Nur zustimmend zur Kenntnis nehmen kann man, dass es nicht auf die „Üblichkeit des Verhaltens“ ankommt, sondern darauf, ob es eine „rechtlich relevante Gefahr“ begründet oder nicht (S. 245); so gefasst soll die soziale Adäquanz es ermöglichen, „auf Tatbestandsebene die objektive Zurechnung zu begrenzen und zu präzisieren“ (ebenda); wie das funktionieren soll, wird an – den Rezensenten wie schon beim Beitrag von *Günther* erfreuenden – Fällen und Fallkonstellationen wie „neutrale“, berufsbedingte Verhaltensweisen, Risikogeschäfte, Verlassen des Ehepartners, eigenverantwortliche Selbstgefährdungen z.B. bei Sportverletzungen, ehrverletzende Äußerungen im engen Familienkreis, Veranlassungen zur Teilnahme am Flug-, Schienen- oder Straßenverkehr, der Zeugungsakt und verschiedene Bagatellen dargestellt. – Nur einer Fallkonstellation wendet sich *Rönnau* mit der Frage zu, inwieweit die Aktionäre in pflichtwidrige Dispositionen des Vorstands wirksam einwilligen können (S. 247 ff.); dabei differenziert er zwischen GmbH und AG; bei letzterer dürften die Aktionäre nicht über das aktienrechtlich gebundene Vermögen verfügen; nur dort, „wo die Hauptversammlung eigene Kompetenzen zur freien Verfügung über das AG-Vermögen hat, insbesondere bei der Verwendung des Bilanzgewinns, bleiben diese selbstverständlich unberührt“ (S. 267). – *Roxin* verteidigt in seinem Beitrag „Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut“ (S. 269 ff.) seine be-

kannte Position, die der Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung beimisst. Auch er rekurriert auf den die ganze Festschrift durchziehenden Begriff des Rechtsguts, der neben einem „realen Substrat“ auch aus „persönlicher Autonomie“ bestehe, so dass dessen Verletzung bei wirksamer Einwilligung entfalle. Dass er die u.a. vom Rezensenten vertretene Gegenmeinung auf das von ihm sog. Wortlautargument reduziert, greift etwas zu kurz, obwohl es das hervorstechendste Argument der Rechtfertigungslösung ist; dass § 228 StGB nicht gegen die Tatbestandslösung spricht, wird nur angedeutet (Fn. 20) und beklagt, dass damit bisher keine Auseinandersetzung erfolgt sei (Ansätze dazu aber bei *Kühl*, *Jakobs-FS*, 2007, S. 293, 300 und schon in: *Festschrift-Schroeder*, 2006, S. 521, 523). Eine Auseinandersetzung mit *Amelungs* Einwänden gegen die Tatbestandslösung – u.a. unerträgliche Schutzlücken – scheut *Roxin* nicht (S. 279 ff.) – Um schnell zum letzten AT-Beitrag „Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung“ von *Stratenwerth* zu kommen (S. 287 ff.), „müssen“ die Beiträge von *Schall* zum Umweltschutzbeauftragten, der mit *Musils* „Mann ohne Eigenschaften“ verbunden wird (S. 287 ff.), von *Schöne-mann* zur Garantenstellung (S. 303 ff.) und von *Sternberg-Lieben* zur Strafbarkeit eines nicht indizierten ärztlichen Eingriffs (S. 325 ff) ungerechterweise, aber wegen der nicht erstmaligen Befassung der Autoren mit ihrem jeweiligen Thema gerade noch verantwortbar, übersprungen werden, (sie werden sich auch alle zur Wiedergutmachung in „*Lackner/Kühl*“ und im *Kühl*-AT zitiert finden). *Stratenwerth* knüpft nicht nur – wie verständlicherweise viele in dieser Festschrift – an *Amelungs* „Ablehnung individualistischer Rechtsgutslehren“ an, sondern konfrontiert sie mit der „zumindest auf den ersten Blick“ diametral entgegengesetzten Position von *Hassemer*, um sie dann beide an in ihrer Berechtigung kaum in Zweifel gezogene Strafnormen des geltenden Rechts zu testen (S. 356), wozu *Stratenwerth* überraschend gerade § 216 StGB zählt (S. 357), aber auch § 228 (S. 359). Bei § 216 StGB sollen sich die Probleme der Abgrenzung von Tötung auf Verlangen und Suizidteilnahme sowie die (verneinte) Frage, ob § 216 StGB auch durch Unterlassen begangen werden kann, nicht am „Interesse des Betroffenen“, sondern an der „Unverbrüchlichkeit der Norm“ entscheiden (S. 359); auch für § 228 StGB spreche die „prinzipielle Unantastbarkeit eines der fundamentalen Lebensgüter des Menschen“ (ebenda). Bei beiden Vorschriften kommen – so *Stratenwerth* – die auf die individuelle Handlungsfreiheit bezogene Position *Hassemers* und die auf die Bedingungen menschlichen Zusammenlebens ausgerichtete Position *Amelungs* „in Schwierigkeiten“ (S. 360 ff.). *Stratenwerths* Fazit lautet, „dass hinter dem gesellschaftlichen Konsens kein Weg zurückführt“. Abschließend kommt auch *Stratenwerth* – wie schon *Greco* und *Wohlers* – auf den Tierschutz zu sprechen; die Strafbarkeit der Tierquälerei zählt er zu den Normen, „für die es keine andere Begründung gibt, als dass wir in einer Gesellschaft leben wollen, die diese Regeln respektiert“ (S. 363). Er sieht sich dabei zu Recht in der Nähe *Amelungs*.

Nachdem nun nicht einmal die Hälfte der Festschrift besprochen ist, muss die Rezension radikal auf Selektion und Stichworte umgestellt werden. Das trifft zunächst „III. Strafrecht (Besonderer Teil)“. Herausgegriffen sei der Beitrag von *Hillenkamp* „Zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik“ (S. 425-446), der sich

mit Problematik der Spätabtreibungen befasst. Bei vernünftiger Interpretation des § 218a II StGB – Abstellen auf den Gesundheitszustand der Frau – sieht er nicht die Gefahr des Aufhebens der embryopathischen Indikation. Für die Rechtfertigung eines Abbruchs genüge die Gefahr der Selbsttötung ebenso wie eine schwerwiegende Depression. Die Kritik des „Lackner/Kühl“ an zwei Stellen (S. 437, 444) als zu liberal ist überraschend, weil diese Stellen, noch von *Lackner* stammen, sind aber bei der Konzeption von *Hillenkamp* konsequent. Die Neuregelungen zur Spätabtreibung (Beratungs-/Wartepflicht) konnten noch nicht berücksichtigt werden. Davor äußert sich *Achenbach* zur „Aufsichtspflichtverletzung“ i.S. des § 130 OWiG, die im Wirtschaftsstrafrecht, also einem Spezialgebiet des Autors, das auch den Festschriftadressanten interessiert, eine Rolle spielt (S. 367 ff.). Hinsichtlich der Geldwäsche stellt *Bemmann* „Überlegungen zum Verhältnis von materiellem und Prozeß-Recht“ an (S. 381 ff.), die in der Forderung nach Streichung des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB gipfeln (S. 382). Aus dem Bericht des (Spannungs-)Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und nationalem Strafrecht greifen *Harms/Heine* das Thema „EG-Verordnung und Blankettgesetz“ heraus (S. 393 ff.); dabei gehen sie insb. auf die Problematik der Zeitgesetze und der Auslegung solcher Normen, die durch nationale verfassungsrechtliche Vorgaben für das Strafrecht erschwert seien, ein. Aus demselben Problemkreis stammt der Beitrag von *Heine* „Zum Begriff des Glückspiels aus europäischer Perspektive“ (S. 413 ff.), der eine Neubestimmung des deutschen Begriffs erfordere. Den „Auswirkungen der Osterweiterung der Europäischen Union auf das deutsche Steuerstrafrecht“ widmet sich *Jäger* (S. 447 ff.).

„IV. Medizin- und Sportrecht“ beginnt mit *Lilie*, der – als Spezialist hierfür ausgewiesen – die „Patientenrechte im deutschen Recht“ (S. 473-485) so behandelt, dass man einen Überblick über die in vielen Rechtsbereichen verstreuten Regelungen erhält. Der „Charta der Patientenrechte“ der Bundesärztekammer misst er einen nicht zu unterschätzenden Wert im Hinblick auf Koordination und Bewusstseinsbildung zu; das Strafrecht weist er auf das ultima-ratio-Prinzip hin und fordert Zurückhaltung im Regelungskomplex des Arzt-Patienten-Verhältnisses. „10 Jahre Transplantationsgesetz“ sind für *Schreiber* Anlass für die Frage nach der „Notwendigkeit einer Weiterentwicklung?“ (S. 487-492). Das trifft nicht für die von ihm als zutreffend erkannte Festlegung auf den Hirntod als Entnahmevoraussetzung zu: „Das künftige Gesetz sollte beim Hirntod bleiben, es gibt keine Gründe zu einem Abgehen davon“ (S. 490). Verbesserungsbedürftig seien die Regeln über „die Gewinnung und Verteilung von Organen“ (S. 491 ff.). Auf die schweizerische Rechtslage zur Transplantationsmedizin geht *Tag* ein, die vor allem das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vorstellt (S. 507 ff.), das u.a. auch den „Gesamthirntod“ als Todeszeitpunkt anerkennt (S. 519 f.). Dem polnischen Sportrecht widmet sich der Strafrechtler und ehemalige Leistungssportler *Szwarc* (S. 497 ff.). Überraschend ist aus deutscher Perspektive der erhebliche Eingriff des Staates in „Sportanlässen“, weniger überrascht das große Interesse am Sportrecht in Polen“, denn Polen spielt in vielen Sportarten international eine große Rolle.

Die wieder längere Abteilung „V. Verfassungsrecht und Strafprozeßrecht“ beginnt mit einem Beitrag des Verfassungsrechtlers *Badura* zum „Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses“ (S. 529 ff.), ansonsten sind Strafrechtler mit Schwerpunkt im Strafprozeßrecht „am Zuge“. Die „jüngste Rechtsprechung“ zum „Missbrauch von Verteidigerrechten“ will *Beulke* „kritisch“ würdigen (S. 543-564). Diese kritische Würdigung geht dabei nicht so weit, dass sie ein allgemeines ungeschriebenes Mißbrauchsverbot ablehnt, sie mahnt aber zur Zurückhaltung beim Beschneiden von Verteidigerrechten im „Interesse der Waffengleichheit“ zwischen Ankläger und Verteidiger. Die Grenze sieht er bei der „Prozeßsabotage“, die die Effektivität der Strafrechtspflege in ihrem „Kernbereich zu torpedieren“ droht. „Die neuen Regelungen zum Rechtsschutz gegen strafprozessuale Informationsengriffe und ihre Konsequenzen für die prozessuale Geltendmachung von Verwertungsverboten“ untersucht der *Amelung*–„Schüler“ *Böse* (S. 565 ff.). Nachdem er die Grundrechte des Betroffenen und den aus diesen folgenden Unterlassungsanspruch herausgestellt hat, differenziert er zwischen den Rechtsschutzbegehren auf bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit der Informationserhebung und der Löschung bereits erhobener Daten. Abschließend wird der präventive Rechtsschutz nach § 100c VII StPO und der nachträgliche Rechtsschutz nach § 101 VII StPO näher untersucht. Sein Eintreten für die Bindungswirkung für das Revisionsgericht auch im Rahmen des § 101 VII StPO widerspricht – wie *Böse* selbst sieht – dem Wortlaut und dem gesetzgeberischen Willen, es fehlt aber wohl auch die Vergleichbarkeit mit § 100c VII StPO (Feststellung der Rechtswidrigkeit mit Feststellung der Verwertbarkeit). „Historische Zeugen und Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 359 Nr. 5 StPO“ macht *Eisenberg* zu seinem Thema (S. 585 ff.), *Frister* beschäftigt sich mit erkennungsdienstlichen Maßnahmen und stellt Reformüberlegungen zu § 81b 2. Alt und § 81g StPO an, nach *Hefendehl* lieben alle „Whistleblowing“ (S. 617 ff.), *Hofmanski* berichtet über „polnische Erfahrungen mit dem anonymen Zeugen“ und *Kühne* nimmt sich den „Laienrichter“ in einer historisch-rechtsvergleichenden Perspektive vor (S. 6567 ff.). Bei *Renzikowski* geht es um „Körperliche Zwangseingriffe und Selbstbelastungsfreiheit“ (S. 669 ff.); letztere wird anhand der EGMR-Entscheidung zum „Brechmittelfall“ *Jalloh* gegen Deutschland dargestellt, der er nur im Ergebnis zustimmt, die Differenzierung zwischen unmittelbarer („Brechmittel“) und mittelbarer (Blutprobe) Beweisgewinnung hält er nicht für zielführend. Nachdem – den EGMR unterstützend – Verfahrensgerechtigkeit, Menschenwürde und Rechtsstaatsprinzip „aufgefahren“ werden, spricht er sich für ein umfassendes Verbot jeder auf Beweiserlangung gerichteten Handlung, welche natürliche Körpervorgänge in Gang setzen und pathologische Folgen von gravierender Intensität nach sich ziehen, aus. *Weßlau* stellt die Frage, ob die „Beweislastumkehr“ eine „Lösung bei der Prüfung von Beweisverwertungsverboten“ sein könnte (S. 687-703) und setzt sich mehrfach kritisch von *Amelung* und *Amelung/Mittag* ab. *Jiuan-Yih Wu* berichtet über die „bei Gefahr in Verzug angeordneten Zwangsmaßnahmen in Taiwan“ (S. 705 ff.).

Der letzte Abschnitt „VI. Juristische Zeitgeschichte und Kriminalpolitik“ enthält Beiträge von *Arnold* zu

„Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik“ (S. 719 ff.), von *Rüping* zu „Innenansichten zur Anwaltschaft im Nationalsozialismus“ (S. 747 ff.), von *Schwind* zum „'Chancenvollzug' am Beispiel Niedersachsens“ (S. 763 ff.) und von *Vormbaum* zur „Vergangenheitsbewältigung im Rechtsstaat“ (S. 783 ff.), die sowohl die nationalsozialistische als auch die DDR-Vergangenheit und deren unterschiedliche Bewältigung behandelt.

Prof. Dr. Dr. **Kristian Kühl**, Tübingen

Friedrich Arntzen: Vernehmungspsychologie – Psychologie der Zeugenvernehmung; 109 Seiten, 3., durchgesehene Auflage, 18,00 €, C.H.Beck, München 2008.

Im Jahr 1989 erschien die 2. Auflage der „Vernehmungspsychologie“ von *Friedrich Arntzen*. Nachdem im Jahr 2007, also 6 Jahre nach dem Tod des Verfassers, sein Buch „Psychologie der Zeugenaussage“ in der 4., durchgesehenen Auflage herausgebracht wurde, legte der Verlag im Jahr 2008 nun auch diesen Titel neu auf. Für die vorliegende 3. Auflage wurde das zweifelsohne sehr beliebte und seit Jahren vergriffene Werk zur Aussagepsychologie von Frau Dipl.-Psych. *Ebbinghaus-Pitzer* durchgesehen und „vorsichtig angepasst“, wie es im Vorwort heißt. Um die neueren Entwicklungen in der wissenschaftlichen Diskussion im Bereich der Vernehmungspsychologie seit der letzten Auflage nachzuzeichnen, fügte sie dem ursprünglichen Werk in Kapitel XIV ein 13-seitiges „Nachwort“ an. Der ursprüngliche unter B. zu findende Abschnitt „Die Glaubwürdigkeitsbegutachtung der Zeugenaussage durch einen psychologischen Sachverständigen“ wurde leider komplett gestrichen. Dies ist besonders bedauerlich, weil dieser Abschnitt in der Vorauflage mit fast 20 Seiten noch ein gutes Viertel des gesamten Buches ausgemacht hatte. Stattdessen wird jetzt an dieser Stelle auf die oben erwähnte 4. Auflage der „Psychologie der Zeugenaussage“ von *Arntzen* verwiesen.

Die 3. Auflage der „Vernehmungspsychologie“ besteht aus nunmehr 14 Kapiteln. Der erste Teil befasst sich mit der „Zeugenbelehrung“ (Kapitel I). Im Anschluss an die Ausführungen zur „inhaltlichen Gestaltung der Vernehmung“ (Kapitel II) werden Möglichkeiten zur „Öffnung und Enthemmung des Zeugen“ dargestellt (Kapitel III). Es folgen die Kapitel „Verhalten gegenüber aufgeregten Zeugen“ (Kapitel IV), „Verständlichkeit der Vernehmungssprache“ (Kapitel V), „Spontaner Zeugenbericht und gesteuerte Befragung“ (Kapitel VI) sowie „Fixierung der Vernehmung“ (Kapitel VII). Danach werden der „Schwierigkeit und Fehleranfälligkeit der ersten Vernehmung in einer Sache“ (Kapitel VIII), der „Vernehmung und Persönlichkeit des Vernehmenden“ (Kapitel IX), der „Vernehmung von Kindern und Jugendlichen“ (Kapitel X) sowie der „Vernehmung zur Identifizierung von Tätern“ (Kapitel XI) eigene Anschnitte gewidmet. Das ursprüngliche Werk endet in der 3. Auflage mit den „kurzen Hinweisen zur Vernehmung von Beschuldigten“ (Kapitel XII). Numerisch folgt dann zwar noch Kapitel XIII (Glaubhaftigkeitsbegutachtung), das aber lediglich den

Hinweis auf das Parallelwerk enthält. Mit dem bereits erwähnten Nachwort zu den aktuellen Entwicklungen der Vernehmungspsychologie (Kapitel XIV) schließt das Buch.

Die vorliegende Abhandlung befasst sich mit der Vernehmungspsychologie, also mit Fragestellungen, die auf die Gewinnung forensisch brauchbarer Aussagen gerichtet sind. Dabei zeichnete das Werk schon immer aus, dass es in sehr verständlicher und von zahlreichen Beispielen angereicherter Art und Weise die einzelnen Schritte einer Zeugenvernehmung darstellt und mit Hinweisen für die praktische Umsetzung versieht. Ergänzt wird diese auf Zeugenvernehmungen ausgerichtete Darstellung noch durch einige grundlegende Bemerkungen zur Vernehmung von Beschuldigten. Durch die detaillierte Aufarbeitung der Rahmenbedingungen sowie der einzelnen Schritte bei der Zeugenvernehmung gelingt es *Arntzen*, dem Leser schnell und übersichtlich die relevanten Prinzipien für eine optimale Vernehmung zu vermitteln. Dabei hilft auch seine klare Sprache, wenngleich diese aus heutiger Sicht „etwas in die Jahre“ gekommen ist.

Aufgrund der guten Lesbarkeit eignet sich das Buch besonders als „Kurzrepetitorium“ für all diejenigen Berufsgruppen, die regelmäßig mit Vernehmungen und Vernehmungssituationen zu tun haben. Aber vor allem Dingen Berufseinsteigern und Personen, die an einem Überblick und schnellen Einstieg in die Vernehmungspsychologie interessiert sind, empfiehlt sich die Lektüre der „Vernehmungspsychologie“ von *Arntzen* in besonderem Maße. Auf den 109 Seiten gelingt es derart viele Grundlagen samt praktischen Beispielen zu vermitteln, dass dies zum Teil selbst bei umfangreicheren Werken seines Gleichen sucht. Es bleibt zu hoffen, dass sich auch die 3. Auflage zu einem echten „Renner“ entwickelt, denn gerade angesichts der immensen Bedeutung von Zeugenvernehmungen kann das vorliegende Werk nicht genügend Verbreitung finden, um bei allen Beteiligten das erforderliche Problembewusstsein zu wecken bzw. zu erhalten sowie die eigenen Fertigkeiten bei der Befragung von Zeugen zu schulen.

Bedauerlich erscheint an der vorliegenden 3. Auflage allein, dass man sich doch nicht dazu entschließen konnte, das Kapitel XIII zur Glaubhaftigkeitsbegutachtung von Zeugenaussagen grundlegend zu überarbeiten. Der Verweis auf den Parallelband sowie die dortigen Ausführungen mag zwar zutreffend sein, jedoch wäre schon aus Gründen der Vollständigkeit eine über einen Exkurs hinausgehende Abhandlung höchst wünschenswert gewesen, zumindest jedoch hätte wie in der Vorauflage ein exkursartiger Überblick aufgenommen werden müssen. Nicht ohne Grund war es nämlich *Arntzen* selbst, der im Vorwort zur 2. Auflage darauf hinwies, dass die Kenntnis der Methoden psychologischer Glaubwürdigkeitsbegutachtungen von besonderer Bedeutung sei, „weil ihre Kenntnis Bedeutung für die Vernehmung begutachteter Zeugen und der Sachverständigen hat“.

Fazit: Die durch die beiden Neuauflagen erfreuliche postume Ehrung des Autors, die er sich durch sein Wir-

ken und nicht zuletzt auch durch das vorliegende Werk redlich verdient hat, kommt all denjenigen zu Gute, die sich in ihrem Berufsalltag mit der Vernehmung von Zeugen zu befassen haben. Gute Lesbarkeit und eine sehr hohe praktische Verwertbarkeit kennzeichnen dieses Buch, das sich zu Recht zu einem „Klassiker“ entwickelt

hat. Es sollte deshalb auch in der eigenen Bibliothek nicht fehlen!

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.

338. BGH 3 StR 12/09 – Beschluss vom 12. Februar 2009 (LG Kleve)

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (bloßes Untätigbleiben).
§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 27 StGB; § 13 StGB

339. BGH 3 StR 220/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Oldenburg)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Versuchsbeginn bei Einfuhr auf dem Luftweg).
§ 29a BtMG; § 22 StGB

340. BGH 3 StR 30/10 – Beschluss vom 1. April 2010 (LG Düsseldorf)

Urteilsabsetzungsfrist (fehlende Unterschrift); absoluter Revisionsgrund.
§ 338 Nr. 7 StPO; § 275 Abs. 2 StPO

341. BGH 3 StR 45/10 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Duisburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Aufklärungshilfe (Strafmilderung); intertemporales Strafrecht.
§ 29a BtMG; § 31 BtMG; § 49 StGB; § 2 Abs. 2 StGB

342. BGH 3 StR 50/10 – Beschluss vom 4. März 2010 (LG Hannover)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; unbegründete Revision.
§ 154 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

343. BGH 3 StR 52/09 – Beschluss vom 3. März 2009 (LG Duisburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Ausübung des tatrichterlichen Ermessens; Hang).
§ 64 StGB

344. BGH 3 StR 53/10 – Beschluss vom 2. März 2010 (LG Verden)

Unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; Einziehung.
§ 74 StGB; § 52 WaffG

345. BGH 3 StR 80/10 – Beschluss vom 7. April 2010 (LG Duisburg)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (intertemporales Strafrecht); milderes Recht; angemessene Strafe.
§ 176a StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

346. BGH 3 StR 274/09 – Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Dortmund)

BGHSt; Rückwirkungsverbot; Verjährung; Außenwirtschaftsgesetz; Dual-use-Güter; Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen; völlig ungeeignetes Beweismittel; audiovisuelle Vernehmung; kommissarische Vernehmung.
§ 2 Abs. 3 StGB; § 78b Abs. 4 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG; § 5 Abs. 1 AWV; Art. 103 Abs. 2 GG

347. BGH 3 StR 394/09 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Duisburg)

Brandstiftung; besonders schwere Brandstiftung.
§ 306 StGB; § 306a StGB; § 306b StGB

348. BGH 3 StR 426/09 – Beschluss vom 18. März 2010 (LG Itzehoe)

Verfahrenshindernis (Unschuldsvermutung).
Art. 6 Abs. 2 EMRK

349. BGH 3 StR 427/09 – Beschluss vom 3. November 2009 (LG Mönchengladbach)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Verschlechterungsverbot.
§ 55 StGB

350. BGH 3 StR 463/09 – Beschluss vom 1. Dezember 2009 (LG Hildesheim)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Verschlechterungsverbot).
§ 55 StGB

351. BGH 3 StR 543/08 – Beschluss vom 13. Januar 2009 (LG Hannover)

Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe; Strafzumessung; Verjährung.
§ 78 StGB; § 52 WaffG; § 46 StGB

352. BGH 3 StR 553/09 – Beschluss vom 2. März 2010 (LG Kleve)

Einziehung; Ausnehmen von der Verfolgung.
§ 74 StGB; § 430 StPO

353. BGH 3 StR 558/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Duisburg)

Vorwegvollzug (keine doppelte Berücksichtigung anzurechnender Haftzeiten).
§ 67 Abs. 2 StGB

354. BGH 3 StR 559/09 – Urteil vom 4. März 2010 (LG Oldenburg)

„Betäubungsmittelbande“; Bande (Beweiswürdigung; Überzeugungsbildung; überspannte Anforderungen); prozessualer Tatbegriff (Identität, Nämlichkeit, individuelle Merkmale des Tatgeschehens); Aufklärungspflicht (Vernehmung eines ausländischen Polizeibeamten); Verfall (Bruttoprinzip).
§ 30a BtMG; § 264 StPO; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 73 StGB

355. BGH 3 StR 560/09 – Beschluss vom 10. Februar 2010 (LG Duisburg)

Unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe).
§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

356. BGH 3 StR 566/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Osnabrück)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (erkennbare Ausübung des tatrichterlichen Ermessens, Verhältnismäßigkeit); Urteilsgründe.
§ 66 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

357. BGH 3 ARs 3/10 – Beschluss vom 9. März 2010

Anfrageverfahren; Nichtanzeige geplanter Straftaten; Beihilfe zum Mord; Wahlfeststellung; Präpendenzfeststellung.
§ 1 StGB; § 138 StGB; § 132 GVG

358. BGH 5 StR 48/10 – Beschluss vom 23. März 2010 (LG Potsdam)

Maßregel (Verhältnismäßigkeit).
§ 62 StGB

359. BGH 5 StR 70/10 – Beschluss vom 12. April 2010 (LG Potsdam)

Mord (Heimtücke; Befriedigung des Geschlechtstriebes); Urteilsgründe (notwendige prägnante Zusammenfassung).
§ 211 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

360. BGH 5 StR 71/10 – Beschluss vom 23. März 2010 (LG Leipzig)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

361. BGH 5 StR 9/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Begründung der teilweisen Einstellung des Verfahrens.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 154 StPO

362. BGH 5 StR 123/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Beweiswürdigung; psychiatrisches Gutachten (Wiedergabe in den Urteilsgründen).
§ 63 StGB; § 261 StPO

Wenn sich der Tatrichter darauf beschränkt, sich der Beurteilung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit anzuschließen, so muss er dessen wesentliche Anknüpfungs- und Befundtatsachen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist.

363. BGH 5 StR 131/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Lübeck)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

364. BGH 5 StR 545/09 – Beschluss vom 23. März 2010

Unbegründeter Antrag.
§ 33a StPO; § 356a StPO

365. BGH 5 StR 74/10 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG Berlin)

Strafzumessung (Beruhen).
§ 46 StGB; § 337 StPO

366. BGH 5 StR 75/10 – Beschluss vom 15. April 2010 (LG Berlin)

Beweiswürdigung (keine dem Angeklagten günstige Feststellungen allein aufgrund außergewöhnlich lebensfremder Einlassung); Vorsatz (Koinzidenzprinzip; Tatgeschlossenheit; Tatgeneigtheit).
§ 261 StPO; § 16 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 306b StGB; § 306a StGB; § 308 StGB

367. BGH 5 StR 79/10 – Beschluss vom 23. März 2010 (LG Neuruppin)

Überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung (Vorsatz).
§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

368. BGH 5 StR 83/10 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG Braunschweig)

Sexueller Missbrauch von Kindern; sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; Beweiswürdigung (Erörterungsmangel); Serienstraftaten (Überzeugungsbildung bezüglich jeder einzelnen Tat).
§ 261 StPO; § 174 StGB; § 176 StGB

369. BGH 5 StR 85/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Hamburg)

Strafzumessung (Beruhen); erheblich verminderte Schuldfähigkeit.
§ 46 StGB; § 337 StPO; § 21 StGB

370. KG 2 Ws 511/09 Vollz – Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Berlin)

Akteneinsicht im Strafvollzug; Informationsrecht; Aktenauskunft (rechtliches Interesse); Gefangenenpersonalakten; Gesundheitsakten (objektivierbare Befunde und Behandlungsergebnisse); redaktioneller Hinweis.
§ 185 StVollzG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art 2 Abs. 1 GG; § 19 BDSG

371. BGH StB 5/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (Ermittlungsrichter des BGH)

BGHR; Vereinigung, deren Zwecke und deren Tätigkeit darauf gerichtet ist, Mord oder Totschlag zu begehen; terroristische Vereinigung (Inland, Ausland); Ermächtigung zur Strafverfolgung.
§ 112 StPO; § 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 116 Abs. 1 StPO; § 130 StPO

372. BVerfG 2 BvR 2092/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. März 2010 (BGH/LG Hamburg)

Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren (Grenzen; unzulässige 24-Stunden-Frist im Einzelfall; Zulässigkeit gegenüber allen Angeklagten); Befangenheit (verfassungsrechtliche Grenzen); BGH 5 StR 263/08.
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 24 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 6; § 246 Abs. 1 StPO

373. BVerfG 2 BvR 3012/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2010 (OLG Karlsruhe/LG Mannheim/StA Mannheim)

Ablehnung einer Strafunterbrechung gemäß § 455 Abs. 4 StPO (Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft; Darlegungsauforderungen; Grundsatz zureichender Sachverhaltsaufklärung); Sterben in Würde außerhalb der Haftanstalt (schwere Krebserkrankung; Gefährlichkeitsprognose); Freiheit der Person; Menschenwürde.
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 455 Abs. 4 StPO

374. BGH 4 StR 355/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Inbegriff der Hauptverhandlung).
§ 261 StPO

375. BGH 4 StR 437/09 – Beschluss vom 10. Dezember 2009 (LG Bochum)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (bei der Tat tatsächlich verminderte Einsichtsfähigkeit).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

376. BGH 4 StR 438/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Halle)

Keine Bereicherungsabsicht bei der (räuberischen) Erpressung nach Begleichung einer „nichtigen Forderung“ („Freikauf“ einer Prostituierten; untauglicher Versuch; Ausspruch eines Bereicherungsanspruches: Leistungskondition); Nötigung.
§ 255 StGB; § 253 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 240 StGB; § 22 StGB; § 812 BGB; § 814 BGB; § 817 Satz 2 BGB

377. BGH 4 StR 471/09 – Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Essen)

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

378. BGH 4 StR 492/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Bielefeld)

Zurechnung von Tatfolgen in der Strafzumessung.
§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB

379. BGH 4 StR 504/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (LG Bielefeld)

Rechtsfehlerhaft bemessene Dauer des Vorwegvollzugs; unzulässige Beschränkung des Rechtsmittels auf die Anfechtung der Unterbringung nach § 64 StGB.
§ 67 StGB; § 64 StGB; § 344 StPO

380. BGH 4 StR 507/09 – Beschluss vom 2. März 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

381. BGH 4 StR 518/09 – Urteil vom 21. Januar 2010 (LG Cottbus)

Kognitionspflicht des Gerichts; wirksamer Eröffnungsbeschluss.
§ 264 StPO; § 203 StPO

382. BGH 4 StR 518/09 – Beschluss vom 21. Januar 2010 (LG Cottbus)

Wirksamer Eröffnungsbeschluss.
§ 203 StPO

383. BGH 4 StR 536/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

384. BGH 4 StR 575/09 – Urteil vom 25. Februar 2010 (LG Paderborn)

Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz; gefährliche Körperverletzung (Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs; lebensgefährliche Behandlung; Stich mit einem Schraubendreher); minder schwerer Fall des Totschlags (Voraussetzungen eines Täter-Opfer-Ausgleichs).
§ 15 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB; § 46a StGB; § 213 StGB; § 261 StPO

385. BGH 4 StR 578/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Neubrandenburg)

Aussetzung einer Jugendstrafe zur Bewährung; Zulässigkeit der Vorbewährung im Jugendstrafrecht.
§ 57 JGG; § 21 JGG

386. BGH 4 StR 583/09 – Beschluss vom 2. März 2010 (LG Essen)

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

387. BGH 4 StR 585/09 – Beschluss vom 4. Februar 2010 (LG Frankfurt am Main)

Erörterungsmangel hinsichtlich einer Strafrahmenverschiebung infolge eines durchgeführten Täter-Opfer-Ausgleichs.
§ 46a StGB

388. BGH 4 StR 586/09 – Beschluss vom 16. Februar 2010 (LG Berlin)

Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.
§ 63 StGB; § 67b Abs. 1 Satz 1 StGB

389. BGH 4 StR 588/09 – Beschluss vom 2. März 2010 (LG Dortmund)

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

390. BGH 4 StR 589/09 – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Magdeburg)

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines gefährlichen Werkzeugs: Einsatz eines Kabels als Schlinge; vorge-täuschte Strangulation).
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

391. BGH 4 StR 596/09 – Urteil vom 25. Februar 2010 (LG Essen)

Wirksamer Eröffnungsbeschluss (Verfahrenshindernis; vorschriftsmäßige Besetzung); Voraussetzungen der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.
§ 206a StPO; § 203 StPO; § 76 GVG; § 63 StGB

392. BGH 4 StR 605/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (LG Dessau-Roßlau)

Unbeendeter oder beendeter Versuch des Totschlags (strafbefreiender Rücktritt; endgültige Aufgabe); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 63 StGB

393. BGH 4 StR 618/09 – Beschluss vom 2. März 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

394. BGH 4 StR 620/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Essen)

Verbotene Vernehmungsmethoden (unzulässiger Druck zu einem Geständnis in der Hauptverhandlung; Darlegungsanforderungen: nähere Umstände des Verständigungsgesprächs, Widerspruchsobliegenheit, Missachtung der Protokollierungspflicht).
§ 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 243 Abs. 4 StPO

395. BGH 4 StR 622/09 – Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Essen)

Absoluter Revisionsgrund der fehlerhaften Besetzung (Bestellung eines sog. Sondervertreters; Willkür).
§ 338 Nr. 1 StPO; § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG

396. BGH 4 StR 633/09 – Beschluss vom 18. Februar 2010 (LG Dessau-Rosslau)

Konkurrenzen beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit; Tateinheit; Teilidentität).
§ 29 BtMG; § 29a BtMG

397. BGH 4 StR 641/09 – Beschluss vom 4. Februar 2010 (LG Dortmund)

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

398. BGH 4 StR 660/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Halle)

Beweiswürdigung (Inbegriff der Hauptverhandlung; Vorhalt und Verlesung einer Vernehmungsniederschrift).
§ 261 StPO; § 252 StPO

Zwar ist es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zulässig, einen Richter als Zeugen über die von der das Zeugnis in der Hauptverhandlung verweigernden Person gemachten Aussagen zu vernehmen, sofern er an einer richterlichen Vernehmung dieser Beweisperson beteiligt war. Auch dürfen dem Richter, der die Vernehmung durchgeführt hat, die Vernehmungsprotokolle – notfalls durch Vorlesen – als Vernehmungsbefehl vorgehalten werden (vgl. BGH NJW 2000, 1580). Grundlage der Feststellung des Sachverhalts kann jedoch nur das in der Hauptverhandlung erstattete Zeugnis des Richters über den Inhalt der früheren Aussage des jetzt die Aussage verweigernden Zeugen sein, nicht aber der Inhalt der Vernehmungsniederschrift selbst. Deshalb genügt nicht, wenn der Richter lediglich erklärt, er habe die Aussage richtig aufgenommen; verwertbar ist nur das, was – ggf. auf den Vorhalt hin – in die Erinnerung des Richters zurückkehrt (BGH StV 2001, 386).

399. BGH 1 StR 105/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Frankfurt am Main)

Täterschaftliche Steuerhinterziehung durch pflichtwidriges Unterlassen (Garantenstellung des Strohmann-geschäftsführers einer GmbH; Strafzumessung im Hinblick auf den entscheidenden faktischen Geschäftsführer).
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 34 AO; § 46 StGB; § 13 StGB

400. BGH 1 StR 114/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

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

401. BGH 1 StR 127/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

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

402. BGH 1 StR 131/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Bayreuth)

Betrug (anscheinlich widersprüchliche Urteilsgründe zur subjektiven Tatseite).
§ 263 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

403. BGH 1 StR 50/10 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG Essen)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.
§ 302 Abs. 1 StPO

404. BGH 1 StR 52/10 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG München)

Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung des Tatgerichts bei Hinterziehung von Tabaksteuer; Kleinverkaufspreis; Schätzung bei mangelndem Marktpreis).
§ 370 AO; § 4 TabStG; § 261 StPO

405. BGH 1 StR 54/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Stuttgart)

Berechnung des Vorwegvollzuges (Abzug der Dauer der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt)
§ 67 StGB

406. BGH 1 StR 66/10 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG Rottweil)

Unzulässige Revision.
§ 349 Abs. 1 StPO

407. BGH 1 StR 163/10 – Beschluss vom 15. April 2010 (LG München I)

Kompensationspflichtiger Verstoß gegen das Recht auf Verfahrensbeschleunigung im Revisionsverfahren.
Art. 6 EMRK; § 51 StGB

408. BGH 1 StR 48/10 – 13. April 2010 (LG Ulm)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

409. BGH 1 StR 567/09 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG Frankfurt am Main)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

410. BGH 2 StR 14/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Bonn)

Unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln.
§ 29 Abs. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG

411. BGH 2 StR 21/10 – Beschluss vom 31. März 2010 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision; unvertretbar milde Strafen.
§ 349 Abs. 2 StPO

412. BGH 2 StR 23/10 – Beschluss vom 3. März 2010 (LG Trier)

Unzureichende Beweiswürdigung beim Vorwurf mehrerer Taten des sexuellen Missbrauchs von Kindern.
§ 261 StPO

413. BGH 2 StR 27/10 – Beschluss vom 17. März 2010 (LG Köln)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung des Verschuldens von Prozessbevollmächtigten und des Kanzleipersonals beim Nebenkläger; nötige Darlegung der unverschuldeten Säumnis).
§ 44 StPO

414. BGH 2 StR 31/10 – Beschluss vom 31. März 2010 (LG Hanau)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht; Verständigung; Protokollierung als wesentliche Förmlichkeit; negative Beweiskraft des Protokolls; unzulässiger Wiedereinset-

zungsantrag; Reichweite der Verwerfungsbefugnis des Tatgerichts.

§ 257c StPO; § 302 Abs. 1 StPO; § 44 StPO; § 273 Abs. 1a StPO

415. BGH 2 StR 129/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Gießen)

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

416. BGH 2 StR 34/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Wiesbaden)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Betäubungsmittelabhängigkeit; Verhältnis zur Therapie nach § 35 BtMG).
§ 64 StGB; § 35 BtMG

417. BGH 2 StR 45/10 – Beschluss vom 3. März 2010 (LG Limburg)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Betäubungsmittelabhängigkeit).
§ 64 StGB

418. BGH 2 ARs 45/10 – Beschluss vom 17. März 2010 (BGH)

Eindeutige Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten gemäß § 138 StGB trotz fortbestehenden Tatverdachts einer Beteiligung an der geplanten Katalogtat (normatives Stufenverhältnis).
§ 138 StGB; § 211 StGB

419. BGH 2 StR 67/10 – Beschluss vom 17. März 2010 (LG Gera)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Eigenverbrauch); kein (erweiterter) Verfall beim Besitz von Betäubungsmitteln (Einziehung).
§ 29 BtMG; § 73 StGB; § 33 Abs. 2 BtMG; § 73a StGB; § 73d StGB

420. BGH 2 ARs 74/10 (2 AR 35/10) – Beschluss vom 30. März 2010 (OLG Stuttgart)

Unzulässige Beschwerde des Antragstellers (Kostenlast; Auslegung).
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 300 StPO

421. BGH 2 StR 76/10 – Beschluss vom 31. März 2010 (LG Wiesbaden)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Betäubungsmittelabhängigkeit; Ermessen).
§ 64 StGB

422. BGH 2 StR 94/10 – Beschluss vom 24. März 2010 (LG Frankfurt am Main)

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

423. BGH 2 StR 423/09 – Beschluss vom 10. Februar 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

424. BGH 2 StR 458/09 – Beschluss vom 3. Februar 2010 (LG Erfurt)

Mangelhafte Feststellungen für den Vorsatz hinsichtlich des Alters des Tatopfers beim sexuellen Missbrauch von Kindern.

§ 174 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 261 StPO

425. BGH 2 StR 490/09 – Beschluss vom 31. März 2010 (LG Darmstadt)

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

426. BGH 2 StR 506/09 – Beschluss vom 24. März 2010 (LG Limburg)

Versuchte Nötigung.
§ 240 Abs. 3 StGB

427. BGH 2 StR 515/09 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Darmstadt)

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

428. BGH 2 StR 524/09 – Beschluss vom 24. März 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

429. BGH 2 StR 536/09 – Beschluss vom 31. März 2010 (LG Koblenz)

Erörterungsmangel zu einer möglichen unbilligen Härte beim Verfall von Wertersatz.
§ 73a StGB; § 73c StGB

430. BGH 2 StR 550/09 – Beschluss vom 3. Februar 2010 (LG Mühlhausen)

Anforderungen an den minder schweren Fall bei der Körperverletzung mit Todesfolge.
§ 227 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 213 StGB

431. BGH 2 StR 571/09 – Beschluss vom 24. März 2010 (LG Trier)

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

432. BGH 2 StR 577/09 – Urteil vom 24. Februar 2010 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsfehlerhafte Verneinung des Tötungsvorsatzes bei lebensgefährlichen Gewalthandlungen (Messereinsatz; umfassende Gesamtwürdigung).
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

433. BGH 2 StR 590/09 – Beschluss vom 31. März 2010 (LG Frankfurt am Main)

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

434. BGH 4 StR 23/10 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Detmold)

Tateinheit und Tatmehrheit beim Betrug.
§ 52 StGB; § 263 StGB

435. BGH 4 StR 30/10 – Beschluss vom 23. März 2010 (LG Stendal)

Tenorierung bei Regelbeispielen (Gewerbsmäßigkeit).
§ 260 StPO

436. BGH 4 StR 48/10 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Dessau-Rosslau)

Lückenhafte Beweiswürdigung zur unerlaubten Handlung mit Betäubungsmitteln.
§ 261 StPO

437. BGH 4 StR 5/10 – Beschluss vom 2. März 2010 (LG Berlin)

Unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung des Verschuldens der Prozessbevollmächtigten zur Nebenklägerin; unverschuldete Säumnis).
§ 44 StPO

438. BGH 4 StR 68/10 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Halle)

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

439. BGH 4 StR 443/07 – Beschluss vom 25. März 2010

Festsetzung einer Pauschvergütung durch den BGH (unzumutbare Verfahrensgebühr).
§ 42 RVG; VV Nr. 4130

440. BGH 4 StR 506/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Neuruppin)

Versuchter vorsätzlicher gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr durch den Wurf eines schweren Sandsteins von einer Autobahnbrücke (Vollendung; konkrete Gefährdung von Leib oder Leben; Beinaheunfall).
§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB

441. BGH 4 StR 574/09 – Beschluss vom 16. Februar 2010 (LG Bochum)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (mangelnde Feststellungen zum Alter des Opfers); sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses.
§ 174 StGB; § 176 StGB; § 187 Abs. 2 Satz 2 BGBM
§ 188 Abs. 2 H.S. 2 BGB

442. BGH 4 StR 592/09 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Essen)

Handlungseinheit; Tateinheit beim Computerbetrug.
§ 52 StGB; § 263a StGB

443. BGH 4 StR 619/09 – Beschluss vom 2. März 2010 (LG Saarbrücken)

Verlesung der Niederschriften über polizeiliche Vernehmungen bei Berufung des Zeugen auf § 55 StPO; (tatsächliche Unmöglichkeit der Vernehmung).
§ 55 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO

444. BGH 4 StR 632/09 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Hagen)

Gefangeneneuterei (Tateinheit zur Nötigung oder zum tätlichen Angriff mit dem Ziel eines Ausbruchs; Konkurrenzen).
§ 121 StGB; § 52 StGB

445. BGH 4 StR 96/10 – Beschluss vom 23. März 2010 (LG Kaiserslautern)

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

446. BGH 1 StR 64/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Hechingen)

BGHSt; wirksame Revisionsrücknahme nach Verständigung (unwirksamer Rechtsmittelverzicht und Umgehung durch abgesprochene Revisionsrücknahmen); Recht auf ein faires Verfahren (Subjektstellung).

Art. 6 EMRK; § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 257c StPO

447. BGH 2 StR 10/10 – Urteil vom 24. März 2010 (LG Kassel)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung (Erheblichkeitsschwelle bei sexuellen Handlungen; Schutzzweck des Tatbestandes des schweren Missbrauchs von Kindern; körperliche Gewalt; seelische Schäden bei kindlichen Opfern).

§ 66 Abs. 2 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB

448. BGH 2 StR 503/09 – Urteil vom 10. Februar 2010 (LG Gießen)

Heimtückemord (Arglosigkeit beim Beginn der Tat).

§ 211 Abs. 2 StGB

449. BGH 4 StR 22/10 – Urteil vom 11. März 2010 (LG Frankenthal)

Beweiswürdigung bei Misshandlungen des eigenen Kindes (Anforderungen an einen Freispruch: umfassende Würdigung der persönlichen Verhältnisse der Angeklagten).

§ 223 StGB; § 225 StGB; § 261 StPO

450. BGH 4 StR 473/09 – Urteil vom 11. März 2010 (LG Bochum)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (Voraussetzung der neuen Tatsache); Rückwirkungsverbot.

Art. 7 EMRK; § 66b StGB

451. BGH 4 StR 514/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Frankenthal)

Berücksichtigung ausstehender anwaltsrechtlicher Sanktionen bei der Strafzumessung; Vorgaben für das Ausmaß der Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Verstoß im Ermittlungsverfahren).

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 114 BRAO

452. BGH 4 StR 555/09 – Beschluss vom 18. März 2010 (BGH)

Anfrageverfahren zum Skimming; Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion gespeicherten Daten (Herstellung von Kartendubletten; Ausspähen von Daten; gegen unberechtigten Zugang besonders gesicherte Daten; Überwindung der Zugangssicherung); redaktioneller Hinweis.

§ 202a Abs. 1 StGB n.F.

453. BGH 4 StR 640/09 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Bochum)

Verkannte Bindungswirkung eines früheren Urteils (übernommene Feststellungen; Urkundsbeweis).

§ 358 StPO; § 249 Abs. 1 StPO

454. BGH 1 StR 554/09 – Urteil vom 9. März 2010 (LG Regensburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei Heranwachsenden (Jugendliche; Altfälle; neue Tatsache; Hang); Gesetzlichkeitsprinzip und Vertrauensschutz (Rückwirkungsverbot; Rechtsstaatsprinzip; grundrechtliche Schutzpflichten; tatbestandliche Rückanknüpfung oder unechte Rückwirkung; Erziehungszweck; Anwendung der EMRK in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen; Opferschutz; Verhältnismäßigkeit); Recht auf Freiheit und Sicherheit; Freiheit der Person.

Art. 7 EMRK; Art. 53 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; Art. 5 EMRK; § 66b StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG

455. BGH 1 StR 601/09 – Urteil vom 25. März 2010 (LG Augsburg)

Rücktritt von der versuchten schweren räuberischen Erpressung (beendeter und unbeendeter Versuch); Nötigung.

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 240 StGB

456. BGH 2 StR 397/09 – Beschluss vom 17. März 2010 (LG Darmstadt)

BGHSt; Beeinträchtigungen des Konfrontationsrechts durch andere Vertragsstaaten der EMRK (Recht auf ein faires Strafverfahren; Zurechnung; Verschulden; Garantiegehalt der Menschenrechte; Protokollverlesung; besonders vorsichtige Beweiswürdigung); Mord (niedrige Beweggründe; Ehrenmord; Familienehre).

Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 1 EMRK; Art. 1 EMRK; § 251 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StPO

457. BGH 4 StR 606/09 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Schwerin)

BGHSt; erforderlicher Zwischenrechtsbehelf für die Geltendmachung der Verletzung eines Zeugnisverweigerungsrechts (Verlöbnis; Heirat; Verfahrensrüge).

§ 52 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 252 StPO

458. BGH 4 StR 572/09 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Essen)

Wirksame Rücknahme der Revision durch den Pflichtverteidiger (Falschberatung durch den Pflichtverteidiger; erforderliche Ermächtigung; Unanfechtbarkeit).

§ 302 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StPO