

## SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

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

## STÄNDIGE MITARBEITER

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

## Publikationen

Prof. Dr. *Gerhard Fezer*, Hamburg – **Anforderungen an die Begründung re-  
visionsgerichtlicher Entscheidungen – Verfahrenswirklichkeit und normati-  
ver Anspruch** S. 281

Prof. Dr. *Klaus Rogall*, FU Berlin – **Zur Zulässigkeit einer heimlichen akusti-  
schen Überwachung von Ehegattengesprächen in der Untersuchungshaft**  
Zugl. Bespr. von BGH HRRS 2009 Nr. 745 S. 289

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

## Entscheidungen

- BVerfG **Keine einstweilige Anordnung trotz konventionswidriger Haft**
- BVerfG **Klageerzwingung und Schutzpflichten**
- BGHSt **Nichtanzeige geplanter Straftaten und Beteiligungsverdacht**
- BGHSt **Fahrlässige Tötung durch Brechmitteleinsatz**
- BGHSt **Inlandsbezug bei der terroristischen Vereinigung**
- BGHSt **Untreue durch Auszahlung hinterlegter Gelder**
- BGHSt **Beutesicherungsabsicht beim schweren Raub**
- BGHR **Bekanntnis eines Schöffen zu Methoden der Selbstjustiz**
- BGHR **Beschlagnahme des gesamten auf dem Mailserver des Provi-  
ders gespeicherten E-Mail-Bestandes**
- BGH **Zeugnisverweigerungsrecht yezidischer Geistlicher**
- BGH **Zurückhaltende Anwendung des § 354 Ia StPO im Jugendstraf-  
recht**
- BGH **Neue Deutung der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige**
- BGH **Untreue bei der englischen Limited**

Die Ausgabe umfasst 84 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

## SCHRIFTLEITUNG

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 Klieschewski (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, Juni 2010, Ausgabe

6

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### **464. BVerfG 2 BvR 769/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Mai 2010 (OLG Koblenz/StrVollK Diez des LG Koblenz)**

Vorläufige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (keine Entlassung aus der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil EGMR M. v. Deutschland).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 32 BVerfGG; § 67d Abs. 3 StGB

Auch nach der Rechtskraft des Urteils des EGMR im Fall M. v. Deutschland vom 17. Dezember 2009 (HRRS 2010 Nr. 65) führt die für eine einstweilige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (§ 32 BVerfGG) erforderliche Folgenabwägung nicht dazu, dass ein Beschwerdeführer sofort aus der Sicherungsverwahrung zu entlassen ist. Die durch das Urteil des EGMR aufgeworfenen

Rechtsfragen bedürfen einer Klärung im Hauptsacheverfahren.

### **460. BVerfG 1 BvR 369/04 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 4. Februar 2010 (BayObLG/LG Augsburg)**

Volksverhetzung („Aktion Ausländerrückführung – Für ein lebenswertes deutsches Augsburg“); Meinungsfreiheit (Grenzen; Menschenwürde; Begründungspflichten).

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b StGB

1. Meinungen genießen den Schutz der Meinungsfreiheit, ohne dass es dabei auf deren Begründetheit, Werthaltigkeit oder Richtigkeit ankäme. Sie verlieren diesen Schutz auch dann nicht, wenn sie scharf und überzogen geäußert

werden (vgl. BVerfGE 61, 1, 7; 90, 241, 247). Geschützt sind damit – in den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG – auch rechtsextremistische Meinungen, wie die Aussage „Aktion Ausländerrückführung – Für ein lebenswertes deutsches Augsburg“.

2. Bei der Auslegung und Anwendung strafrechtlicher Vorschriften wie § 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b StGB haben die Gerichte dem eingeschränkten Grundrecht der Meinungsfreiheit Rechnung zu tragen, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198, 208 f.; 94, 1, 8; stRspr). Dies erfordert zum einen, dass der objektive Sinngehalt einer Meinungsäußerung zutreffend erfasst worden ist. Die Deutung des objektiven Sinngehalts einer Meinungsäußerung ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums zu ermitteln (vgl. BVerfGE 93, 266, 295; 114, 339, 348). Hierbei dürfen die Gerichte der Meinungsäußerung keine Bedeutung beilegen, die sie objektiv nicht hat, und im Fall der Mehrdeutigkeit nicht von der zur Verurteilung führenden Deutung ausgehen, ehe sie andere Deutungsmöglichkeiten mit tragfähigen Gründen ausgeschlossen haben. Zum anderen ist der wertsetzenden Bedeutung der Meinungsfreiheit auch auf der Ebene der Auslegung Rechnung zu tragen. Die Wahrung dieser wertsetzenden Bedeutung erfordert es grundsätzlich, dass eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem durch die Meinungsfreiheit beeinträchtigten Rechtsgut stattfindet.

3. Die Meinungsfreiheit muss jedoch stets zurücktreten, wenn die Äußerung einer Meinung die Menschenwürde eines anderen antastet. Denn die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig (BVerfGE 93, 266, 293; 107, 275, 284). Da aber nicht nur einzelne, sondern sämtliche Grundrechte Konkretisierungen der Menschenwürde sind, bedarf es stets einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt (vgl. BVerfGE 93, 266, 293; 107, 275, 284).

4. Einzelfall einer verfassungswidrigen Verurteilung wegen Volksverhetzung.

### **462. BVerfG 2 BvR 366/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. April 2010 (BGH/LG Hildesheim)**

Unschuldsvermutung (verfassungs- und konventionsrechtliche Anforderungen; inzidente Feststellungen nicht angeklagter Vorgänge in einem Strafurteil; strafschärfende Berücksichtigung); Selbstbelastungsfreiheit (zulässige Verwertung von Teilschweigen; Recht auf ein faires Strafverfahren); BGH 3 StR 253/09.

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

1. Bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite der grundgesetzlichen Unschuldsvermutung sind Art. 6 Abs. 2 EMRK und die hierzu ergangene Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe heranzuziehen (vgl. BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 322 ff.).

2. Die grundgesetzlich und konventionsrechtlich gewährleistete Unschuldsvermutung ist nicht bereits schon dann verletzt, wenn die zu vor dem eigentlichen Tatzeitraum liegenden Taten getroffenen Feststellungen im Urteil sowohl als Indiz für die Umstände der Begehung der angeklagten Taten als auch in gewissem Umfang im Rahmen der Strafzumessung verwendet werden.

3. Anders als das Verfahren über den Bewährungswiderruf und anders als ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren ist das zu einem Urteil führende strafrechtliche Hauptverfahren zur Widerlegung auch und gerade der konventionsrechtlichen Unschuldsvermutung geeignet; es muss dem Angeklagten insbesondere die von der Konvention geforderten Verteidigungsrechte (Art. 6 Abs. 1, 3 EMRK) in vollem Umfang gewähren. Diese schützen ihn auch im Hinblick auf die Feststellung nicht im eigentlichen Sinn verfahrensgegenständlicher Tatsachen.

### **461. BVerfG 2 BvR 2307/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Februar 2010 (OLG Frankfurt am Main)**

Klageerzwingungsverfahren (Wiederaufnahme der Ermittlungen); Recht auf Leben (Wirksame Untersuchung von Todesumständen).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 EMRK; § 172 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des BVerfG besteht im Allgemeinen auch bei Verletzung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter durch Private kein grundrechtlicher Anspruch auf Strafverfolgung durch den Staat (vgl. BVerfGE 51, 176, 187). Anderes kann allerdings gelten, wenn ernstlich zu besorgen ist, dass ein Verzicht auf effektive Untersuchung verdächtiger Todesfälle zu einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt oder im Einzelfall zu einer Gefahrenlage für Leben und Gesundheit führt. In solchen Fällen kann gestützt auf einen grundrechtlichen Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ein Einschreiten des Staates und seiner Organe verlangt werden (vgl. BVerfGE 39, 1, 36 ff.; 90, 145, 195), wobei die wirksame Ahndung von Gewaltverbrechen Teil dieser Schutzpflicht ist.

2. Die Gewährleistungen der EMRK beeinflussen die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR 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. BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 317).

3. Bei der Auslegung des aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG resultierenden, für den Staat geltenden Gebots, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen, ist demnach die Rechtsprechung des EGMR zu berücksichtigen. Nach dieser resultiert aus Art. 2 EMRK die Pflicht, verdächtige Todesfälle

durch amtliche Ermittlungen wirksam, d.h. prompt, umfassend, unvoreingenommen und gründlich zu untersuchen, wobei diese Ermittlungen geeignet sein müssen, zur Identifizierung und Bestrafung der verantwortlichen Person zu führen.

**463. BVerfG 2 BvR 504/08 und 2 BvR 1193/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. April 2010 (OLG Hamm/LG Bielefeld)**

Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur se ipsum accusare); Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen (Grundsätzlich nur Verweigerung der Beantwortung einzelner Fragen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 55 Abs. 1 StPO

1. Der Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten (nemo tenetur se ipsum accusare), gehört zu den anerkannten Prinzipien des deutschen Strafverfahrens (vgl. BVerfGE 38, 105, 113; 56, 37, 43). Als Folge dieses rechtsstaatlichen Grundsatzes gewährt § 55 Abs. 1 StPO dem Zeugen das Recht, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden (vgl. BVerfGE 38, 105, 113).

2. Eine Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO ist anzunehmen, wenn eine Ermittlungsbehörde aus einer wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen Tatsachen entnehmen könnte, die sie zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (§ 152 StPO) oder auch zur Aufrechterhaltung oder Verstärkung eines Tatverdachts veranlassen könnte. Hierfür genügt es bereits, wenn der Zeuge bestimmte Tatsachen angeben müsste, die mittelbar den Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit begründen. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die wahrheitsgemäße Beantwortung einer Frage zwar allein eine

Strafverfolgung nicht auslösen könnte, jedoch „als Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude“ zu einer Belastung des Zeugen beitragen könnte. Für die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung muss es konkrete tatsächliche Anhaltspunkte geben; bloße Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen nicht aus.

3. Ist von einer Verfolgungsgefahr auszugehen, so ist der Zeuge gemäß § 55 Abs. 1 StPO grundsätzlich nur berechtigt, die Auskunft auf einzelne Fragen zu verweigern. Nur ausnahmsweise ist er zu einer umfassenden Verweigerung der Auskunft befugt, wenn seine gesamte in Betracht kommende Aussage mit einem möglicherweise strafbaren oder ordnungswidrigen Verhalten in so engem Zusammenhang steht, dass im Umfang der vorgesehenen Vernehmungsgegenstände nichts übrig bleibt, wozu er ohne die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit wahrheitsgemäß aussagen könnte.

**459. BVerfG 1 BvR 249/10 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 1. März 2010 (LG Stuttgart/AG Böblingen)**

Fristbeginn für die Verfassungsbeschwerde (maßgeblicher Zeitpunkt bei in Anwesenheit verkündeten Urteilen nach § 35 Abs. 1 StPO).

§ 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 2 Abs. 2 JGG; § 35 Abs. 1 StPO; Nr. 140 Abs. 1 Satz 1 RiStBV

Soweit eine Bekanntmachung der in vollständiger Form abgefassten Entscheidung lediglich auf Grundlage von Verwaltungsvorschriften oder langjähriger gerichtlicher Übung erfolgt, stellt dies keine für den Fristbeginn maßgebliche Mitteilung im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG dar. Im Falle eines nach § 35 Abs. 1 StPO in Anwesenheit verkündeten Strafurteils kommt es daher nicht auf eine spätere Zustellung oder Bekanntgabe des vollständig abgefassten Urteils, sondern auf den Zeitpunkt der Verkündung an.

Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**494. BGH 5 StR 464/09 – Urteil vom 19. Mai 2010 (LG Berlin)**

BGHSt; Nichtanzeige geplanter Straftaten (Verdacht der Beteiligung an einer Katalogtat; Zweifelssatz; Unrechtsgehalt; Vorstufe zur Teilnahme; normativ-ethisches Stufenverhältnis); Anklagegrundsatz (wirksame Anklageerhebung); Recht auf ein faires Verfahren (Vertrauen auf umstrittene Rechtsprechung; effektive Verteidigung); Präpendenzfeststellung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Verfahrensverzögerung durch Anfrageverfahren; keine Kompensation); Hinweispflicht.

§ 138 StGB; § 261 StPO; § 264 StPO; § 265 StPO; § 155 StPO; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 46 StGB

1. Eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Verdacht der Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 und 2 StGB bezeichneten Katalogtat fortbesteht. (BGHSt)

2. Durch § 138 StGB werden die Rechtsgüter der dort genannten Katalogtaten mittelbar geschützt. Der Unrechtsgehalt der Nichtanzeige liegt in der Gefährdung

gerade des Rechtsguts, das durch die anzuzeigende Katalogtat verletzt wird; er bleibt lediglich quantitativ – im Sinne einer Vorstufe zur Teilnahme – dahinter zurück. Zwischen der Katalogtat und ihrer Nichtanzeige nach § 138 StGB besteht ein normativ ethisches Stufenverhältnis. (Bearbeiter)

3. In der Anklage einer Beteiligung an einer Katalogtat des § 138 StGB ist zugleich im Sinne prozessualer Tatidentität der Vorwurf enthalten, die beabsichtigte Begehung dieses Delikts nicht angezeigt zu haben. Dieser Vorwurf untersteht damit ebenfalls trichterlicher Kognition. (Bearbeiter)

4. Die Entscheidung auf eindeutiger Grundlage unter Anwendung des Zweifelssatzes geht einer (echten) Wahlfeststellung vor. (Bearbeiter)

#### **488. BGH 5 StR 18/10 – Urteil vom 29. April 2010 (LG Bremen)**

BGHSt; fahrlässige Tötung; Brechmitteleinsatz gegen Drogendealer; Exkorporation von Drogenbehältnissen um jeden Preis (vollständige Missachtung der Belange des Betroffenen); ärztlicher Beweissicherungsdienst; Übernahmeverschulden (bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit; Schutzpflicht des Arztes; objektive Zurechnung; Abgrenzung von Verantwortungssphären, Nebentäterschaft, eigenverantwortliche Selbstgefährdung); Wahrung der Menschenwürde; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Körperverletzung mit Todesfolge; ärztliche Berufsausübung (Regeln der ärztlichen Kunst; standesrechtliche Pflichten); Verbotsirrtum; Erlaubnistatbestandsirrtum; redaktioneller Hinweis.

§ 222 StGB; § 227 StGB; § 81a StPO; § 17 StGB; § 16 StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 EMRK

1. Zur Verantwortlichkeit eines im Beweissicherungsdienst tätigen Arztes für tödlich verlaufenen Brechmitteleinsatz gegen Drogen-Kleindealer. (BGHSt)

2. Der Brechmitteleinsatz ist nach objektiven Maßstäben aus derzeitiger im Anschluss an EGMR NJW 2006, 3117 = HRRS 2006 Nr. 562 geläuterter Sicht eindeutig als Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) zu werten. (Bearbeiter)

3. Ein Arzt, der eine polizeilich angeordnete Zwangsmaßnahme ausführen soll, ist zu einer verantwortlichen Prüfung der rechtlichen Eingriffsvoraussetzungen – abgesehen von weitergehenden Pflichten zur Beurteilung der medizinischen Risiken – allenfalls in dem Maße verpflichtet, als er an einer erkennbar willkürlich angeordneten Zwangsmaßnahme nicht teilnehmen darf. (Bearbeiter)

4. Die für die ärztliche Berufsausübung wesentlichen Regeln der ärztlichen Kunst sowie die standesrechtlichen Pflichten sind auch von einem Arzt zu erfüllen, der eine Zwangsmaßnahme gemäß § 81a StPO vorzunehmen hat. Insbesondere sind die Aufklärungspflichten zu beachten, falls der Betroffene hierdurch in die Lage versetzt wird, den hinzunehmenden Eingriff schonender zu gestalten. (Bearbeiter)

5. Fahrlässig schuldhaftes Handeln kommt unter dem Aspekt des Übernahmeverschuldens bei einem Arzt in Betracht, der eine Tätigkeit vornimmt, obwohl er weiß (bewusste Fahrlässigkeit) oder erkennen kann (unbewusste Fahrlässigkeit), dass ihm die dafür erforderlichen Kenntnisse fehlen. (Bearbeiter).

6. Schlägt sich in dem für den Erfolg ebenfalls kausalen pflichtwidrigen Verhalten Dritter gerade das Risiko der Pflichtwidrigkeit des Angeklagten wieder, ist Nebentäterschaft gegeben. (Bearbeiter)

#### **542. BGH StB 52/09 – Beschluss vom 15. Dezember 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

BGHSt; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Inlandsbezug); terroristische Vereinigung (Inlandsbezug); Strafanwendungsrecht (Handlungsort, Erfolgsort).

§ 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 7 StGB; § 9 StGB

1. Eine im Ausland außerhalb der Europäischen Union begangene Tathandlung im Sinne von § 129b Abs. 1 Satz 1, § 129 Abs. 1, § 129a Abs. 1 bis 5 StGB kann nicht über § 129b Abs. 1 Satz 2 1. Var. StGB unter dem Gesichtspunkt zur Anwendbarkeit dieser Strafvorschriften führen, dass ein eventuell durch die Handlung bewirkter Erfolg (§ 9 Abs. 1 StGB) im Inland eingetreten ist. (BGHSt)

2. Der Begriff des Opfers im Sinne des § 129b Abs. 1 Satz 2 3. Var. StGB bezieht sich nicht auf die Organisationstaten nach § 129b Abs. 1 Satz 1, §§ 129, 129a StGB, sondern auf die von der Vereinigung in Verfolgung ihrer Zwecke oder Tätigkeiten begangenen Straftaten. (BGHSt)

3. Soweit § 129b Abs. 1 Satz 2 StGB in seiner ersten Alternative einen ausdrücklichen Ausschluss des Erfolgsorts als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Nicht-EU-Ausland enthält, stellt die Regelung eine vom Gesetzgeber gewollte Ausnahme von § 9 StGB dar und schränkt dessen Anwendungsbereich ein. Dies hat zur Folge, dass der Erfolgsort einer Betätigungshandlung im Sinne von § 129b Abs. 1 Satz 1, §§ 129, 129a StGB abweichend von § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB zur Begründung der innerstaatlichen Strafgewalt nicht herangezogen werden kann. (Bearbeiter)

#### **535. BGH 4 StR 522/09 – Urteil vom 25. März 2010 (LG Saarbrücken)**

Voraussetzungen der Mittäterschaft (Abgrenzung von der Beihilfe); gefährliche Körperverletzung; erfolgreiche Aufklärungsrüge der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Vorstrafen des Angeklagten.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

1. Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als

Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, handelt mittäterschaftlich, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die gemeinschaftliche Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 37, 289, 291 m.w.N.). Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein (BGH aaO).

2. Dabei ist dem Tatrichter, vor allem in Grenzfällen, ein Beurteilungsspielraum eröffnet, der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüft werden kann. Enthalten die Urteilsgründe eine hinreichende Darlegung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, ist die tatrichterliche Wertung vom Revisionsgericht auch dann hinzunehmen, wenn im Einzelfall eine andere Beurteilung möglich gewesen wäre.

3. Auch bei der gefährlichen Körperverletzung in der Tatvariante „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ sind die Tatbeiträge nach diesen allgemeinen Regeln abzugrenzen.

4. Zwar ist gemeinschaftliches Handeln, wie es § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB voraussetzt, auch ein Kennzeichen der Mittäterschaft im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB, aber weder deren einzige Voraussetzung noch auf diese Beteiligungsform beschränkt. Dass das Zusammenwirken eines Täters mit einem Gehilfen zur Erfüllung des Qualifikationsmerkmals nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreichen kann (vgl. dazu BGHSt 47, 383, 386), führt nicht dazu, dass der Gehilfe schon deshalb als Mittäter zu bestrafen wäre (BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2008 – 2 StR 286/08, NStZ-RR 2009, 10).

5. Die Erwägung, Beihilfe im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB liege schon deshalb vor, weil dem Angeklagten eine konkrete Verletzungshandlung nicht zweifelsfrei habe nachgewiesen werden können, ist für sich genommen nicht tragfähig. Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann vielmehr auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch auf Grund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt (BGH StV 1984, 190).

#### **511. BGH 2 StR 87/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Frankfurt am Main)**

Versuchte besonders schwere Brandstiftung; versuchte Anstiftung zu einer besonders schweren Brandstiftung (mitbestrafte Vortat).

§ 30 StGB; § 22 StGB; § 306a StGB; § 306b StGB; § 52 StGB

Durch § 30 StGB werden einzelne Vorbereitungshandlungen wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit unter Strafe gestellt; für eine Verurteilung nach § 30 StGB ist

indes dann kein Raum mehr, wenn nach einer versuchten Anstiftung der Auffordernde selbst das Verbrechen begeht oder zu begehen versucht, zu dem er einen anderen vergeblich zu bestimmen versucht hat (BGHSt 8, 38 ff.; BGHR StGB § 30 Abs. 1 Satz 1 Konkurrenzen 3 und 6). Die versuchte Anstiftung tritt dann als mitbestrafte Vortat zurück, der diesbezügliche Schuldspruch entfällt, ohne dass es insoweit eines Freispruchs bedarf (BGHR aaO Konkurrenzen 2 und 3).

#### **536. BGH 4 StR 594/09 – Urteil vom 25. März 2010 (LG Mainz)**

Beweiswürdigung beim Vorwurf des versuchten Totschlages (zu hohe Anforderungen an das Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements); Vorsätzlicher gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr; gefährliche Körperverletzung; Mord (gemeingefährliche Mittel); Freiheitsberaubung (Vollendung).

§ 315b StGB; § 224 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 211 StGB

1. Zwar ist selbst bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung immer auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 30 m.w.N. und BGH NZV 2000, 88). Rammt der Täter aber in Selbstmordabsicht ein mit drei Insassen besetztes Fahrzeug, ist in die Würdigung besonders einzustellen, dass der Angeklagten demnach bestrebt war, einen so heftigen Zusammenstoß beider Fahrzeuge herbeizuführen, dass er diesen auch in einem Mittelklassewagen nicht überleben würde. In diesem Fall erschließt sich nicht, warum der Angeklagte ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut haben sollte, die Insassen des betroffenen Kleinwagens würden im Gegensatz zu ihm den heftigen Zusammenstoß überleben.

2. Der Tatbestand der vollendeten Freiheitsberaubung setzt keine bestimmte Dauer der Entziehung der persönlichen Fortbewegungsfreiheit voraus; es reicht vielmehr grundsätzlich auch eine nur vorübergehende Einschränkung aus (vgl. BGHSt 14, 314, 315). Jedoch erfüllt eine zeitlich nur unerhebliche Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit den Tatbestand nicht (BGH NStZ 2003, 371 und BGH NStZ-RR 2003, 168).

#### **525. BGH 4 StR 62/10 – Beschluss vom 4. März 2010 (LG Paderborn)**

Bedingter Vorsatz bei der versuchten Brandstiftung (Vorsatzbeleg; Überzeugungsbildung).

§ 306 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

Ein bedingter Brandstiftungsvorsatz liegt nur dann vor, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt und damit in einer Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung entweder billigend in Kauf nimmt oder sich wenigstens mit ihr abfindet (vgl. BGH, Beschl. vom 22. März 1994 – 4 StR 110/94 = BGHR StGB § 306 Beweiswürdigung 6). Um dies festzustellen, bedarf es einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände.

**487. BGH 5 StR 135/10 – Beschluss vom 28. April 2010 (LG Itzehoe)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Anforderungen an die Darlegung eines Ausschlusses); Blutalkoholkonzentration (Verpflichtung zur Berechnung; Zweifelsatz); Erziehungsbedarf (Einfluss einer nach Tatbegehung in anderer Sache verbüßten Freiheitsentziehung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).

§ 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 31 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

Eine Berechnung der Blutalkoholkonzentration aufgrund von Schätzungen unter Berücksichtigung des Zweifelsatzes ist bereits dann vorzunehmen, wenn die Beweislast zwar keine sichere Berechnungsgrundlage ergibt, jedoch eine ungefähre zeitliche und mengenmäßige Eingrenzung des Alkoholkonsums ermöglicht.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**504. BGH 2 StR 17/10 – Beschluss vom 8. April 2010 (LG Aachen)**

BGHSt; schwerer Raub und schwere räuberische Erpressung (qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung des Raubopfers nur bei Motivation der Beutesicherung; Anschluss an BGHSt 53, 234); räuberischer Diebstahl; rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 211 Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b StGB; § 255 StGB; § 251 StGB; § 252 StGB; § 78a StGB; § 64 StGB

1. Die qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung des Raubopfers nach Vollendung der Tat oder Scheitern ihres Versuchs ist ausgeschlossen, wenn die die Lebensgefahr verursachende Handlung nicht mit der Motivation der Beutesicherung vorgenommen wird (im Anschluss an BGHSt 53, 234). (BGHSt)

2. Für die Fälle des § 250 Abs. 2 Nr. 1 sowie des Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a StGB hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass die Qualifikationswirkung jeweils nur dann eintritt, wenn die auf den Qualifikationserfolg gerichteten Handlungen des Täters (noch) Teil „der Tat“, also des auf Verwirklichung des Raubtatbestands (§ 249 StGB) gerichteten Geschehens sind. (Bearbeiter)

3. Der Bundesgerichtshof hält die Qualifikationswirkung in dem Zeitraum zwischen Vollendung des Raubs und Beendigung der Tat (§ 78 a StGB) für möglich, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt zwar nicht mehr mit Wegnahmevorsatz, aber mit der Absicht der Beutesicherung handelt (vgl. BGHSt 53, 234 [zu § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a]; BGHSt 20, 194, 197 [zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 a.F.]; BGHSt 52, 376; BGH NStZ-RR 2008, 342 [zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB]). Auf die Streitfrage, ob die zeitliche Grenze für die Qualifikation schon mit der Vollendung der Tat – entsprechend: mit Fehlschlag des Versuchs – anzunehmen ist, kommt es nicht an, wenn eine Qualifikationswirkung nach diesem Zeitpunkt jedenfalls fortbestehende Beutesicherungsabsicht des Täters voraussetzt. (Bearbeiter)

4. Im Fall der Lebensgefährdung nach Fehlschlag des Versuchs der räuberischen Erpressung kommt die Anwendung der Qualifikation nicht in Betracht, da Beutesicherungsabsicht hier ausscheidet. (Bearbeiter)

5. Soweit Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu § 251 StGB entnommen werden könnte, dass die Anwendung von § 251 StGB nach Raubvollendung auch dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn der Einsatz nicht mehr der Beutesicherung, sondern (nur noch) der „bloßen Fluchtsicherung“ dient (vgl. BGHSt 38, 295, 299), so kann hier dahinstehen, ob hieran unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung zu den Qualifikationsfällen des § 250 StGB (sowie auch zu § 176 a Abs. 5 und § 177 Abs. 4 StGB) festzuhalten wäre. (Bearbeiter)

**517. BGH 2 StR 153/09 – Beschluss vom 7. April 2010 (LG Limburg)**

BGHSt; Untreue durch Auszahlung hinterlegter Gelder durch einen Notar (Kenntnis von einem geplanten Betrug; Pflichtwidrigkeit; Vermögensbetreuungspflicht; schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung und subjektive Einschränkung).

§ 54d Nr. 1 BeurkG; § 266 StGB

1. Ein Notar, der schon vor der Beurkundung Kenntnis von einem von den Kaufvertragsparteien zum Nachteil des finanzierenden Geldinstituts geplanten Betrug erlangt hat und trotzdem hinterlegte Gelder auszahlt, verstößt gegen § 54 d Nr. 1 BeurkG und handelt pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB. (BGHSt)

2. Die Vermischung treuhänderisch verwahrter fremder mit eigenen Geldern führt nur dann nicht zu einem Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB, wenn der die Treuepflicht Verletzende uneingeschränkt bereit und jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren (st. Rechtspr.; vgl. nur RGSt 73, 283, 285 f.; BGHSt 15, 342, 344 f.; BGH BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 56). (Bearbeiter)

**532. BGH 4 StR 345/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Rostock)**

Vermögensschaden beim Betrug auf der Grundlage der HOAI (Abrechnung von Architektenleistungen; individueller Schadenseinschlag; Täuschung durch Unterlassen: Garantenstellung, Auskunftspflicht); Beihilfe zur Untreue (Nachteil).

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 27 StGB; § 15 HOAI; § 16 HOAI

1. Wird auf der Grundlage von verbindlichen Abrechnungssystemen nach einer Gebührenordnung abgerechnet, enthält die Vorlage jeder einzelnen Liquidation die konkludente Behauptung, die abgerechnete Leistung sei tatsächlich erbracht worden und nach dem jeweiligen Regelwerk abrechenbar (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 12).

2. Für die nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung vorzunehmende Ermittlung des Vermögensschadens, also für den Vergleich des Vermögensstandes vor und nach der schädigenden Verfügung (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 15, 342, 343; 30, 388, 389; 34, 199, 203), kann nur die auf der Grundlage jeder einzelnen Rechnung erfolgte Zahlung maßgebend sein. Bei der Bewertung von Architektenleistungen ist die HOAI zu berücksichtigen (vgl. näher BGH HRRS 2010 Nr. 37). Der allgemeine Hinweis, die einzelnen Rechnungen seien überhöht gewesen, reicht zur Bestimmung eines konkreten Schadens nicht aus.

3. Vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften reichen nicht ohne weiteres für die Annahme der erforderlichen Aufklärungspflicht aus (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 13). Der Abschluss eines Austauschvertrages begründet in der Regel keine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die in die Risikosphäre des jeweiligen Vertragspartners fallen; das gilt insbesondere für die Preisgestaltung.

4. Zwar ist es grundsätzlich zulässig, bei Honorarzahlungen an einen Architekten zur Schadensermittlung die vom Auftraggeber geleisteten Zahlungen den vom Architekten erbrachten Leistungen und damit den von ihm verdienten Honoraren gegenüberzustellen. Dabei müssen aber die zwingenden Regelungen über die Mindestsätze nach der HOAI beachtet werden. Ein vereinbarter Pauschalpreis darf daher bei der Ermittlung des Schadens nur dann zugrunde gelegt werden, wenn er nicht den Betrag unterschreitet, der sich aus einer insgesamt zutreffenden fiktiven Berechnung nach den Mindestsätzen der HOAI ergibt.

#### **484. BGH 3 StR 556/09 – Urteil vom 18. Februar 2010 (LG Wuppertal)**

Schwerer Raub (Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs; Drohung; Versuch; Vollendung); Wegnahme (Einstecken eines Gegenstandes in die Kleidung; Gewahrsam); Urteilsformel (besonders schwerer Raub); Doppelverwertungsverbot.

§ 250 StGB; § 22 StGB; § 249 StGB; § 242 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 46 Abs. 3 StGB; § 50 StGB

1. Der Täter „verwendet“ eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 250 Abs. 2 StGB, wenn er dieses Tatmittel zur Wegnahme einer fremden beweglichen

Sache gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht.

2. Vollendetes Verwenden zur Drohung setzt voraus, dass das Opfer das Nötigungsmittel als solches erkennt und die Androhung seines Einsatzes wahrnimmt.

3. Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt und dessen Verwirklichung er nach dem Inhalt seiner Äußerung für den Fall des Bedingungeintritts will. Die Äußerung der Drohung kann dabei ausdrücklich oder konkludent erfolgen.

4. Kein Verwenden ist das bloße Mitsichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs, und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es offen erfolgt.

5. Steckt der Täter einen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Der Annahme eines Gewahrsamswechsels steht nicht entgegen, wenn sich der erbeutete Gegenstand – etwa bei Festnahme des Täters am Tatort – noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet, da die Tatvollendung keinen gesicherten Gewahrsam voraussetzt.

6. Die von § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO geforderte rechtliche Bezeichnung der Straftat macht die Kennzeichnung der jeweils gegebenen Qualifikation notwendig. Daher ist im Falle einer Verurteilung nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf „besonders schweren Raub“ zu erkennen.

#### **481. BGH 3 StR 420/08 – Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Oldenburg)**

Betrug (Schadensberechnung; negativer Vermögenssaldo; werthaltige Sicherheiten); Strafzumessung (Betrugsschaden; weitere verschuldete Tatauswirkungen).

§ 263 StGB; § 46 StGB

1. Vermögensschaden im Sinne von § 263 StGB ist ein negativer Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Getäuschten. An einem Schaden fehlt es, wenn und soweit der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und – ohne dass dies der Schuldner vereiteln kann – mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind. Danach entfällt ein Vermögensschaden im Sinne des Betrugstatbestandes, soweit eine als Sicherheit eingeräumte Buchgrundschuld werthaltig war (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 54).

2. Hinsichtlich der Werthaltigkeit der Sicherheit ist auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung abzustellen (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 331). Ein darüber hinaus gehender, nachträglich eintretender Schaden der Bank kann allenfalls als verschuldete Tatauswirkung (§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB) strafschärfend berücksichtigt werden (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 241, 242).

**478. BGH 3 StR 400/08 – Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Oldenburg)**

Zueignungsabsicht (Wegnahme zum Zwecke der Nötigung).

§ 242 StGB; § 249 StGB, § 250 StGB

Zueignungsabsicht liegt nicht vor, wenn der Täter mit der Wegnahme der Sache diese nur als Mittel zur Nötigung des Tatopfers nutzen will, das fortbestehende Eigentum des Geschädigten mithin anerkennt.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**530. BGH 4 StR 119/10 – Beschluss vom 20. April 2010 (LG Bielefeld)**

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln (Doppelverwertungsverbot); Verhältnis von Verfall und erweitertem Verfall.

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 73 StGB; § 73d StGB

1. Es verstößt gegen das Doppelverwertungsverbot, wenn das Gericht beim unerlaubtem Handelreiben mit Betäubungsmitteln straferschwerend berücksichtigt, dass der Angeklagte den Handel mit Betäubungsmitteln „aus reinem Gewinnstreben“ betrieben hat, ohne sich etwa aufgrund eigener Sucht zum Verkauf von Drogen gezwungen zu sehen.

2. Beim Verfall gemäß § 73 StGB muss die Tat, für die oder aus der etwas erlangt worden ist, Gegenstand der Verurteilung sein, das heißt, das Gericht muss zur Überzeugung gelangen, dass der Täter für oder aus der/den ausgeurteilten Tat(en) etwas im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt hat. § 73d StGB regelt demgegenüber den Fall, dass der Täter über Vermögensgegenstände verfügt, die nach Überzeugung des Gerichts (vgl. hierzu BGHSt 40, 371, 373) für oder aus anderen rechtswidrigen Taten erlangt worden sind. Die Bestimmung des § 73d StGB ist gegenüber der des § 73 StGB subsidiär. Vor einer Anwendung des § 73 d StGB muss daher unter Ausschöpfung der zulässigen Beweismittel ausgeschlossen werden können, dass die Voraussetzungen des § 73 StGB erfüllt sind.

3. Dem Verfall unterliegt – sei es nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB oder nach § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB stets nur das, was unmittelbar aus der oder für die Tat erlangt worden ist. Bei der Anordnung des Verfalles sichergestellten Dealgeldes muss es sich daher um die nämlichen Geldscheine handeln, die durch die Drogenverkäufe erlangt worden sind. Befinden sich diese nicht mehr im Besitz des Täters, ist ihr Verfall somit aus tatsächlichen Gründen nicht (mehr) möglich, kommt gemäß § 73a Satz 1 StGB die Anordnung eines Geldbetrages in Betracht, der dem Wert des Erlangten entspricht (Wertersatzverfall).

**526. BGH 4 StR 64/10 – Beschluss vom 21. April 2010 (LG Dessau-Roßlau)**

Prüfung der verminderten Schuldfähigkeit infolge Alkoholkonsums (BAK; psychodiagnostische Beweiskriterien).

§ 21 StGB; § 20 StGB; 49 StGB

Zur Prüfung der Voraussetzungen des § 21 StGB hat das Gericht bei vorliegendem Alkoholkonsum auf der Grundlage der getroffenen Feststellung zu der Trinkmenge eine Tatzeit-Blutalkoholkonzentration zu errechnen, die bei der Beurteilung der möglichen erheblichen Verminderung des Steuerungsvermögens zur Tatzeit in die erforderliche Gesamtwürdigung einzubeziehen ist. Für die Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind, kommt es sowohl auf die Höhe der Blutalkoholkonzentration als auch auf die psychodiagnostischen Kriterien an (vgl. BGHSt 43, 66). Dabei steht das Fehlen von Ausfallerscheinungen einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit nicht unbedingt entgegen; gerade bei alkoholgewöhnten Tätern können äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit durchaus weit auseinander fallen (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2007 – 4 StR 187/07 m.w.N.).

**508. BGH 2 StR 51/10 – Beschluss vom 7. April 2010 (LG Köln)**

Strafzumessung nach Rücktritt vom versuchten Totschlag; minder schwerer Fall der gefährlichen Körperverletzung.

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 224 StGB; § 46 StGB

Das Rücktrittsprivileg bewirkt, dass der auf die versuchte Straftat gerichtete Vorsatz sowie ausschließlich darauf bezogene Tatbestandsverwirklichungen nicht strafschärfend berücksichtigt werden dürfen (vgl. BGHSt 42, 43; BGH StV 2003, 218 m.w.N.). Dies gilt auch für die Entscheidung über das Vorliegen eines minder schweren Falles.

**486. BGH 5 StR 132/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Leipzig)**

Versuchter Mord; Strafzumessung (Versagung der Strafraumenverschiebung; Erfolgsnähe; Vollendungsnähe; Milderungsgründe; Doppelverwertungsverbot).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Versagt der Tatrichter dem Angeklagten aufgrund von Erfolgsnähe die Strafmilderung wegen Versuchs (§§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB), so darf innerhalb des nicht verschobenen Strafrahmens die Erfolgsnähe nicht neuerlich zu Lasten des Angeklagten gewertet werden.

**524. BGH 4 StR 45/10 – Beschluss vom 30. März 2010 (LG Ravensburg)**

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Auswirkungen auf die mögliche Verhängung einer Jugendstrafe: Subsidiarität).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 5 Abs. 3 JGG

1. Die Maßregelanordnung nach § 63 StGB erfordert nach ständiger Rechtsprechung unter anderem, dass die Voraussetzungen (zumindest) des § 21 StGB zum Zeitpunkt der Anlasstat zweifelsfrei vorliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010 – 4 StR 9/10).

2. Wird die Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet, ist gemäß §§ 5 Abs. 3, 105 Abs. 1 JGG zu prüfen, ob von einer Jugendstrafe abzusehen ist.

**473. BGH 3 StR 275/08 – Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Hannover)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Kausalität zwischen Hang und Tatbegehung; Beschaffungskriminalität); Überzeugungsbildung.

§ 64 StGB; § 261 StPO

1. Für die Annahme eines symptomatischen Zusammenhangs zwischen einer Straftat und einem Hang im Sinne des § 64 StGB ist es ausreichend, dass der Hang – gegebenenfalls auch neben anderen Umständen – mit dazu beigetragen hat, dass der Täter die Tat begangen hat.

2. Ein solcher Zusammenhang ist typischerweise bei der so genannten Beschaffungskriminalität von Rauschgift-

süchtigen gegeben, wenn also die Straftat unmittelbar oder auch mittelbar – etwa über die Verbesserung der finanziellen Situation des Täters – der Beschaffung von Drogen für den Eigenkonsum dient.

**476. BGH 3 StR 384/08 – Beschluss vom 30. September 2008 (LG Düsseldorf)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Verhältnismäßigkeit; straffreie Zeiträume; Kleinkriminalität).

§ 62 StGB; § 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist eine außerordentlich beschwerende Maßnahme. Deshalb darf sie nur angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, dass der Betroffene infolge seines fortdauernden Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

2. In Fällen, in denen der Täter trotz bestehenden Defekts über einen langen Zeitraum keine Straftaten begangen hat, kann dies ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Straftaten sein, mit dem sich der Tatrichter im Rahmen einer Gesamtwürdigung auseinandersetzen hat. Dies ist insbesondere dann geboten, wenn die bisherigen Taten des Angeklagten überwiegend dem Bereich der Kleinkriminalität oder der mittelschweren Kriminalität zuzuordnen sind.

**471. BGH 3 StR 71/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Duisburg)**

Gesamtstrafenbildung (Ausschöpfung des Strafrahmens; formelhafte Begründung).

§ 54 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

Die formelhafte Wendung, der Tatrichter habe „alle relevanten Aspekte erneut berücksichtigt und gegeneinander abgewogen“, ist keine hinreichende Begründung dafür, den Rahmen der Gesamtstrafenbildung nahezu auszuschöpfen.

## Rechtsprechung

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**521. BGH 2 StR 595/09 – Urteil vom 28. April 2010 (LG Aachen)**

BGHR; Recht auf den gesetzlichen Richter (unabhängiges und unparteiisches Gericht; Bekenntnis eine Schöffen zur Selbstjustiz; Bezeichnung des Verteidigers als „Spannmann“); Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 31 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. Ein offenes Bekenntnis eines Schöffen zu Methoden der Selbstjustiz und zur Eintreibung von Forderungen

mit Hilfe rechtswidriger Drohungen in seiner beruflichen Tätigkeit als Inkassounternehmer begründet jedenfalls dann die Besorgnis der Befangenheit, wenn eine – wenn auch nur mittelbare – Verbindung eines solchen Verhaltens zu dem Strafverfahren besteht, in dem der ehrenamtliche Richter tätig ist. (BGHR)

2. Dem Schöffen kommen in seiner Eigenschaft als zur Entscheidung berufenen Richter grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten zu wie den Berufsrichtern. Das Gesetz stellt daher an ehrenamtliche Richter dieselben Anforderungen der Unbefangenheit und Rechtstreue, wie sie für Berufsrichter gelten, und lässt konsequent die

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit unter denselben Voraussetzungen wie bei jenen zu (§ 31 Abs. 1 StPO). Zu den Mindestanforderungen an die Rechtstreue und charakterliche Eignung eines Schöffen gehört es, dass er sich – namentlich in rechtlich geregelten Verfahren – dem Recht verpflichtet fühlt. Ein Schöffe, der sich offen zur Selbstjustiz und zur Durchsetzung von (angeblichen) Forderungen mittels rechtswidriger Drohungen oder Gewalt bekennt, begründet regelmäßig Zweifel an seiner Rechtstreue. (Bearbeiter)

**541. BGH StB 48/09 (a) – Beschluss vom 24. November 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

Überwachung der Telekommunikation; Beschlagnahme von E-Mails beim Provider (Verhältnismäßigkeit; Verfahrensbezug; Beachtung von Beschlagnahmeverboten); offene Ermittlungsmethode (zwingende Unterrichtung des Beschuldigten; keine Zurückstellung der Unterrichtung).

§ 100a StPO; § 100g StPO; § 96 TKG; § 113a TKG; § 129a StGB; § 129b StGB; § 110 StPO; § 33 StPO; § 35 StPO

1. Die Anordnung der Beschlagnahme des gesamten auf dem Mailserver des Providers gespeicherten Email-Bestandes eines Beschuldigten verstößt regelmäßig gegen das Übermaßverbot. (BGHR)

2. Zur Pflicht der Benachrichtigung des Beschuldigten über die Beschlagnahme der in seinem elektronischen Postfach gelagerten Email-Nachrichten. (BGHR)

3. Das Vorliegen der Voraussetzungen von Eingriffen, die einem Richtervorbehalt unterliegen, insbesondere des erforderlichen Tatverdachts, hat der zuständige Ermittlungsrichter eigenständig zu prüfen. An die Bewertung der Verdachtslage oder einzelner Beweismittel durch die Ermittlungsbehörden ist er dabei nicht gebunden. Dieser Pflicht zur umfassenden Prüfung (auch) des Tatverdachts kann er nur dann genügen, wenn ihm von der Staatsanwaltschaft grundsätzlich alle maßgeblichen Beweismittel vorgelegt werden. Auswertevermerke der Ermittlungsbehörden oder eines Nachrichtendienstes vermögen dies regelmäßig nicht zu ersetzen. Sie sind – soweit sie lediglich Beweisergebnisse zusammenfassend schildern und bewerten – ein nur mittelbares Beweismittel, dem nur ein eingeschränkter Beweiswert zukommt. (Bearbeiter)

4. Beim Vollzug von Beschlagnahmen, insbesondere beim Zugriff auf einen umfangreichen elektronischen Datenbestand, ist darauf zu achten, dass die Gewinnung überschießender, für das Verfahren bedeutungsloser und dem Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO unterliegender Daten vermieden wird. Die Beschlagnahme sämtlicher gespeicherten Daten ist deshalb allenfalls dann mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der gesamte Datenbestand, auf den zugegriffen werden soll, für das Verfahren potentiell beweisrelevant ist. Bei einem Email-Postfach wird dies in aller Regel nicht der Fall sein. (Bearbeiter)

5. Als mildere Maßnahme zur Sicherung beweisrelevanter Emails unter Vermeidung der Gewinnung über-

schießender Informationen kann die Beschlagnahme eines Teils des Datenbestands unter Eingrenzung der ermittlungsrelevanten Emails anhand bestimmter Sender- oder Empfängerangaben oder anhand von Suchbegriffen in Betracht kommen. Außerdem kommt die vorläufige Sicherstellung des gesamten Email-Bestandes in Betracht, an die sich dann zunächst eine Durchsicht des sichergestellten Datenmaterials nach § 110 Abs. 1 bzw. Abs. 3 StPO zur Feststellung der Beweiserheblichkeit und -verwertbarkeit anzuschließen hat. (Bearbeiter)

6. Durchsuchung und Beschlagnahme sind offene Ermittlungsmaßnahmen, deren Anordnung den Betroffenen und Verfahrensbeteiligten bekannt zu machen ist (§ 33 Abs. 1, § 35 Abs. 2 StPO). Der Beschuldigte ist deshalb auch dann von der Beschlagnahme der in seinem elektronischen Postfach gelagerten Email-Nachrichten zu unterrichten, wenn die Daten aufgrund eines Zugriffs beim Provider auf dessen Mailserver sichergestellt wurden. Eine Zurückstellung der Benachrichtigung wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks sieht die StPO für diese Untersuchungshandlung nicht vor. (Bearbeiter)

**540. BGH 4 StR 650/09 – Urteil vom 15. April 2010 (LG Münster)**

Zeugnisverweigerungsrecht yezidischer Geistlicher (Gleichstellung mit sonstigen staatlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften; Begriff des Geistlichen; Reichweite des Schweigerechts; Begriff der Seelsorge); Beruhen (Zeugenaussage und Beweisthema).

Art. 4 GG; Art. 9 EMRK; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO; § 245 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

1. Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO steht nicht nur den Geistlichen der staatlich anerkannten, öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften zu. Es gilt z.B. auch für Geistliche der Yeziden.

2. Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO schützt in erster Linie das Vertrauensverhältnis zwischen dem Geistlichen und demjenigen, der sich ihm anvertraut (vgl. BVerfGE 109, 279, 322). Dem Rat- und Hilfesuchenden soll die Möglichkeit eröffnet sein, sich mit einem Geistlichen zu besprechen, ohne befürchten zu müssen, dass dieser die ihm mitgeteilten Tatsachen und Umstände als Zeuge offenbaren muss. Der Schutz erfolgt um der Menschenwürde des Gesprächspartners des Seelsorgers willen (BVerfG aaO). Denn „das Zwiegespräch mit dem Seelsorger ist dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen, der dem staatlichen Zugriff schlechthin entzogen ist, und bedarf daher umfassenden Schutzes vor staatlicher Kenntnisnahme“. Mit diesem Schutzzweck des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO ist eine Beschränkung des Personenkreises der Geistlichen, die auf den rechtlichen Status der Religionsgemeinschaft abstellt, unvereinbar.

2. Geistlicher im Sinne des § 53 StPO ist nur derjenige, dem die seelsorgerische Tätigkeit von der Religionsgemeinschaft übertragen und ein entsprechendes Amt – verbunden mit einer herausgehobenen Stellung innerhalb der Religionsgemeinschaft – anvertraut wurde, und dem

hinsichtlich geführter seelsorgerischer Gespräche eine ihm von der Religionsgemeinschaft auferlegte Schweigepflicht obliegt. Allein bei Vorliegen dieser Voraussetzung ist das Vertrauen seines Gesprächspartners darauf, der Geistliche werde den Inhalt des Gesprächs oder die ihm in Zusammenhang mit diesem sonst bekannt gewordenen Tatsachen nicht weitergeben, schutzwürdig und schutzbedürftig.

3. Bei der Moderation eines yezidischen Versöhnungsgesprächs handelt es nicht um eine seelsorgerische Tätigkeit im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO. Seelsorge im Sinne dieser Vorschrift umfasst nur eine von religiösen Motiven und Zielsetzungen getragene Zuwendung, die der Fürsorge für das seelische Wohl des Beistandsuchenden, der Hilfe im Leben oder Glauben benötigt, dient. Zu ihr gehören dagegen nicht Gespräche, Erkenntnisse oder Tätigkeiten des Geistlichen auf dem Gebiet des täglichen Lebens bei Gelegenheit der Ausübung von Seelsorge ohne Bezug zum seelischen Bereich. Deshalb ist ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht anzuerkennen, soweit es sich um eine karitative, fürsorgerische, erzieherische oder verwaltende Tätigkeit des Geistlichen handelt (BGHSt 51, 140, 141 ff.; ebenso BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 – 4 StR 394/09; ähnlich bereits BGHSt 37, 138, 140).

4. Die Frage, ob einem Geistlichen Tatsachen in seiner Eigenschaft als Seelsorger anvertraut oder bekannt geworden sind, ist objektiv und in Zweifelsfällen unter Berücksichtigung der Gewissensentscheidung des Geistlichen zu beurteilen (vgl. BVerfG NJW 2007, 1865, 1866 f.; BGHSt 51, 140, 141). Vorrangig ist sie dem Tatgericht anvertraut, das bei seiner Entscheidung den ihm etwa aus Zeugenaussagen oder der Einlassung des Beschuldigten bekannten Inhalt des Gesprächs zu berücksichtigen und auch zu beachten hat, dass die Rechtsprechung von einer Unterscheidbarkeit seelsorgerischer und nichtseelsorgerischer Teile eines Gesprächs ausgeht (BVerfG und BGH aaO). Kommt der Tatrichter zu dem Ergebnis, dass jedenfalls Teile des Gesprächs nicht dem Bereich der Seelsorge zuzurechnen sind, muss es den Geistlichen hierzu vernehmen und kann allenfalls im Übrigen der (gegebenenfalls glaubhaft gemachten) Einschätzung des Geistlichen folgen, bei weiteren Teilen des Gesprächs habe es sich um eine seiner Schweigepflicht unterliegende Seelsorge gehandelt.

5. Die durch Art. 4 GG gewährleistete Religions- und Glaubensfreiheit schützt nicht jede Handlung, die im weitesten Sinne auf religiöse Ansichten zurückgeführt werden kann. Erforderlich – und auch das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften hinreichend berücksichtigend – ist, dass es sich um eine zwingende Verhaltensregel handelt, von der der Betroffene nicht ohne innere Not absehen kann (vgl. BVerfG NJW 2007, 1865, 1867).

6. § 53 StPO regelt nur Zeugnisverweigerungsrechte „aus beruflichen Gründen“, lässt also eine allein religiös motivierte, indes nicht mit der Übertragung eines entsprechenden Amtes verbundene seelsorgerische Tätigkeit nicht genügen.

#### **496. BGH StB 16/09 – Beschluss vom 11. März 2010 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

militante Gruppe (mg); Überwachung der Telekommunikation (Fernmeldegeheimnis; Verdachtsgrad, hinreichende Tatsachenbasis); irreführende Sachverhaltsdarstellung gegenüber dem Ermittlungsrichter (Verschweigen wesentlicher entlastender Umstände); Textanalysen (äußerst geringer indizieller Beweiswert); keine Gefahrenabwehr im Gewande der Strafverfolgung.

§ 129a StGB; § 129 StGB; § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO; § 304 Abs. 5 StPO; Art. 10 Abs. 1 GG

1. Eine Anordnung nach § 100a StPO erfordert zwar für sich betrachtet keinen bestimmten Verdachtsgrad, sondern nur den „einfachen“ Tatverdacht einer Katalogtat. Dieser Verdacht muss allerdings auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage beruhen. Dabei sind mit Blick auf das Gewicht des in Rede stehenden Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG Verdachtsgründe notwendig, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Es müssen Umstände vorliegen, die nach der – auch kriminalistischen – Lebenserfahrung in erheblichem Maße darauf hindeuten, dass jemand eine Katalogtat begangen hat. Der Verdacht muss auf Grundlage schlüssigen Tatsachenmaterials bereits ein gewisses Maß an Konkretisierung und Verdichtung erreicht haben.

2. Bei Analysen von Bekennerschreiben vorgefundene Übereinstimmungen in thematischer, stilistischer und textgestalterischer Hinsicht sind regelmäßig Indizien mit einem allenfalls äußerst geringen Beweiswert.

3. Die präventive Gefahrenabwehr ist nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden und darf nicht durch Ermittlungsmaßnahmen auf der Grundlage der Strafprozessordnung durchgeführt werden. Dies gilt ungeachtet der Tatsachen, dass die Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit oder einzelne Personen eine vordringliche staatliche Aufgabe ist und dass aufgrund der Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes durch die §§ 129 ff. StGB die Abgrenzung zwischen präventiven und repressiven Ermittlungen nicht in jedem Falle trennscharf möglich ist.

4. Staatsanwaltschaften und Gerichte müssen davon ausgehen können, dass sie im Ermittlungsverfahren ihre Entscheidungen auf der Grundlage aller maßgebenden bisherigen Ermittlungsergebnisse treffen. Der Ermittlungsrichter ist bereits von Verfassungs wegen verpflichtet, die Zulässigkeit der beabsichtigten Maßnahme eigenständig zu prüfen. Die Erfüllung seiner Funktion als Kontrollorgan der Ermittlungsbehörden wird nicht unerheblich erschwert und verzögert, wenn der Ermittlungsrichter nicht annehmen kann, dass die Beweislage – soweit sie für die Entscheidung relevant ist – in den Antragsschriften der Ermittlungsbehörden nicht ohne erhebliche Lücken dargetan ist.

#### **480. BGH 3 StR 404/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Wuppertal)**

Angemessene Rechtsfolge (Jugendstrafe; Zurückhaltung des Revisionsgerichts; eigene Sachentscheidung); Schwere der Schuld; schädliche Neigungen.  
§ 354 Abs. 1a StPO; § 17 JGG; § 18 JGG

1. Grundsätzlich kann das Revisionsgericht auch eine Sanktion nach dem JGG als angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO behandeln.

2. Hierbei ist aufgrund der Besonderheiten bei der Zumessung einer jugendrechtlichen Sanktion jedoch eine gewisse Zurückhaltung des Revisionsgerichts geboten.

**537. BGH 4 StR 612/09 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Halle)**

Verfahrensrüge der mangelnden Ausschöpfung einer verlesenen Urkunde (Urteilsgründe); mangelnde Unterrichtung nach Abwesenheit (Entfernung) des Angeklagten (effektive Verteidigung; Fragerecht).

§ 261 StPO; § 247 Satz 4 StPO; § 240 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

1. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass das Gericht Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zugunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Erwägungen einbezogen hat (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 29, 18, 20; BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 7). Eine Verletzung von § 261 StPO kommt daher grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn der Tatrichter den Inhalt einer Urkunde, die durch Verlesung zum Inbegriff der Hauptverhandlung geworden ist, bei seiner Beweismwürdigung nicht berücksichtigt hat, obwohl deren Bedeutsamkeit auf der Hand lag (vgl. BGH NStZ 2008, 475).

2. Der Vorsitzende hat den Angeklagten gemäß § 247 Satz 3 StPO, sobald dieser wiederum anwesend ist, vom wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was während seiner Abwesenheit ausgesagt oder sonst verhandelt worden ist. Die Unterrichtung muss stattfinden, bevor weitere Verfahrenshandlungen erfolgen. Damit soll er weitgehend so gestellt werden, wie er ohne Zwangsentfernung gestanden hätte (vgl. BGHSt 3, 384, 385; BGHR StPO § 247 Satz 4 Unterrichtung 2). Auch wenn die während der Entfernung des Angeklagten durchgeführte Zeugenvernehmung noch nicht abgeschlossen, sondern nur unterbrochen war, muss der Angeklagte von dem in seiner Abwesenheit Ausgesagten unterrichtet werden, bevor in seiner Anwesenheit die Beweisaufnahme fortgesetzt wird. Nur so ist sichergestellt, dass der Informationsstand des Angeklagten im Wesentlichen dem der anderen Prozessbeteiligten entspricht und er seine Verteidigung, etwa durch Fragen an weitere Zeugen, sachgerecht ausüben vermag (st. Rspr.; vgl. BGHSt 38, 260; BGH NStZ-RR 2005, 259).

**477. BGH 3 StR 390/08 – Beschluss vom 10. November 2008 (LG Hannover)**

Verlesung eines richterlichen Protokolls (Verteidigererklärung; Hauptverhandlungsprotokoll); Begründung der Verfahrensrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen; kein Beweisantritt); Verfall (Vorrang der Ansprüche des Verletzten; Anspruchsübergang auf den Versicherer).

§ 254 StPO; § 249 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 86 Abs. 1 VVG; § 67 Abs. 1 VVG aF

1. Wenn sich der Angeklagte bei seiner Einlassung in der Hauptverhandlung der Hilfe seines Verteidigers in der Form bedient, dass der Verteidiger mit seinem Einverständnis oder seiner Billigung für ihn eine schriftlich vorbereitete Erklärung abgibt und diese sodann vom Gericht entgegengenommen und als Anlage zum Protokoll der Hauptverhandlung genommen wird, so darf die in der Protokollanlage enthaltene Erklärung in einem späteren Strafverfahren nicht gemäß § 254 Abs. 1 StPO verlesen werden. Bei der geschilderten Verfahrensweise äußert sich der Angeklagte im Rechtssinne mündlich. Seine Erklärung wird nicht zum Bestandteil des Hauptverhandlungsprotokolls; ebenso wenig ist sie im Sinne des § 254 Abs. 1 StPO in einem richterlichen Protokoll enthalten.

2. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO verpflichtet den Beschwerdeführer nur zum vollständigen Tatsachenvortrag, nicht auch darüber hinausgehend zum Beweisantritt.

3. Ansprüche des Verletzten gehen auch dann gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB vor, wenn dem Bestohlenen der Schaden von einem Versicherer ersetzt worden ist. In diesem Fall geht die Forderung des Versicherungsnehmers im Wege des gesetzlichen Anspruchs-Übergangs auf den Versicherer über (§ 86 Abs. 1 VVG = § 67 Abs. 1 VVG aF).

**538. BGH 4 StR 637/09 – Beschluss vom 1. April 2010 (LG Arnsberg)**

Unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Hindernis; Verschulden; wirksamer Rechtsmittelverzicht nach Verständigung).

§ 44 StPO; § 302 StPO a.F.; § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO n.F.

Die zu späte Kenntnisnahme des Angeklagten oder seines Verteidigers von einer gesetzlichen Bestimmung (hier § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO) stellt – ebenso wenig wie die Unkenntnis höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2005 – 5 StR 354/05, wistra 2006, 28 m.w.N.) – keine Verhinderung im Sinne dieser Vorschrift dar.

**474. BGH 3 StR 350/08 – Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG Düsseldorf)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung (rechtlicher Hinweis; keine zu geringen Anforderungen an die Hinweispflicht; Gutachtauftrag); psychiatrischer Sachverständiger (Tauglichkeit prognostischer Methoden).

§ 265 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 246a StPO; § 66 StGB

Der Angeklagte muss in der Hauptverhandlung gemäß § 265 Abs. 2 StPO darauf hingewiesen werden, wenn die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung in Betracht kommt, soweit weder die Anklageschrift noch der Eröffnungsbeschluss einen Hinweis auf die Möglichkeit einer solchen Anordnung enthielten (BGHR StPO § 265 Abs. 2 Hinweispflicht 2). Da die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungs-

verwahrung einen besonders gravierenden Eingriff darstellt, dürfen an die Hinweispflicht des Gerichts keine zu geringen Anforderungen gestellt werden (BGHR StPO § 265 Abs. 2 Hinweispflicht 6; BGH NStZ-RR 2004, 297). Der Hinweis wird nicht dadurch entbehrlich, dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren den Sachverständigen beauftragt hatte, den (damals) Beschuldigten „auf seine Schuldfähigkeit gem. §§ 20, 21 StGB sowie hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 63, 66 StGB psychiatrisch zu begutachten“. Gleiches gilt im Hinblick darauf, dass in der Hauptverhandlung die Frage der Gefährlichkeit des Angeklagten zwischen den Verfahrensbeteiligten erörtert wurde.

**507. BGH 2 StR 42/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Köln)**

Anforderungen an die Zulässigkeit der Verfahrensrüge. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Es genügt den Anforderungen an einen ordnungsgemäßen Revisionsvortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) nicht, wenn Aktenbestandteile und Ausschnitte aus dem Hauptverhandlungsprotokoll „der Einfachheit halber in chronologischer Reihenfolge und nicht nach Rügen getrennt überreicht werden“. Es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, sich aus einem Aktenkonvolut denkbare Verfahrensfehler selbst herauszusuchen und den dazu möglicherweise passenden Verfahrenstatsachen zuzuordnen.

**483. BGH 3 StR 428/09 – Beschluss vom 5. November 2009 (LG Krefeld)**

Unzulässiger Adhäsionsantrag (fehlender Nachweis der Erbfolge; Erbschein; internationales Erbrecht). § 403 StPO; Art. 25 EGBGB; Art. 26 EGBGB

Beruhet die Antragsberechtigung eines Adhäsionsklägers auf seiner Erbenstellung, so ist zum Nachweis der Erbfolge entweder ein Erbschein vorzulegen oder die Erbenstellung auf andere Weise nachzuweisen.

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

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht; Verschlechterungsverbot). § 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

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 durch sein Rechtsmittel nicht genommen werden.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**502. BGH 1 StR 577/09 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG München)**

Gesetzlichkeitsprinzip (Analogieverbot; Verbot der teleologischen Reduktion eines Strafaufhebungsgrundes; Bestimmtheitsgebot); Anforderungen an die strafbefreiende Selbstanzeige bei der Steuerhinterziehung (Teilselbstanzeige; gestufte Selbstanzeige; Sperrgründe; persönlicher Strafaufhebungsgrund); Wahrnehmung des Evokationsrechts der Staatsanwaltschaft. Art. 103 Abs. 2 GG; § 370 AO; § 371 AO; § 386 Abs. 4 Satz 2 AO

1. Die in der strafbefreienden Selbstanzeige liegende Privilegierung des Steuerstraftäters gegenüber anderen Straftätern bedarf einer doppelten Rechtfertigung: Zum einen sollen verborgene Steuerquellen erschlossen werden; zum anderen soll dem Steuerhinterzieher ein Anreiz gegeben werden, zur Steuerehrlichkeit zurückzukehren. Aus fiskalischen Gründen soll für den Steuerhinterzieher ein Anreiz geschaffen werden, von sich aus den Finanzbehörden bisher verheimlichte Steuerquellen durch wahrheitsgemäße Angaben zu erschließen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 35, 36, 37; BGH wistra 2004, 309, 310 m.w.N.). Allein fiskalische Interessen an der Entrichtung hinterzo-

gener Steuern können diese Privilegierung schwerlich rechtfertigen.

2. Eine Rückkehr zur Steuerehrlichkeit ist dann gegeben, wenn der Täter nunmehr vollständige und richtige Angaben – mithin „reinen Tisch“ – macht. Dies erfordert eine vollumfängliche Rückkehr zur Steuerehrlichkeit. Erst dann liegt eine strafbefreiende Selbstanzeige i.S.d. § 371 Abs. 1 AO vor.

3. Im Hinblick darauf, dass der fiskalische Zweck, noch unbekannte Steuerquellen zu erschließen, angesichts der heute bestehenden Ermittlungsmöglichkeiten und der verbesserten internationalen Zusammenarbeit zunehmend an Bedeutung verloren hat, erlangt der weitere Zweck, Rückkehr zur Steuerehrlichkeit, zusätzliches Gewicht.

4. Der Senat hält eine Teilselbstanzeige nicht für ausreichend, um die Strafbefreiung zu erlangen. Denn hier fehlt gerade die Rückkehr zur vollständigen Steuerehrlichkeit. Soweit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bislang eine solche Teilselbstanzeige als wirksam angesehen worden ist, weil das Wort „insoweit“ in

§ 371 Abs. 1 AO eine nur teilweise Nachholung fehlender zutreffender Angaben erlaube (vgl. BGHSt 35, 36; BGH wistra 1988, 356; 1999, 27), hält der Senat daran nicht fest.

5. Eine danach nicht ausreichende Teilselbstanzeige ist beispielsweise gegeben, wenn ein Steuerpflichtiger seine unvollständige Einkommensteuererklärung dahin „berichtigt“, dass er von bislang gänzlich verschwiegenen Zinseinkünften nunmehr nur diejenigen eines Kontos angibt, aber immer noch weitere Konten verschweigt, weil er insoweit keine Entdeckung durch die Finanzbehörden befürchtet (dolose Selbstanzeige). Nach Ansicht des Senats läge in einem solchen Fall keine wirksame Selbstanzeige vor.

6. Der Sperrgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a 2. Alt. AO betrifft nicht nur solche Taten, die vom Ermittlungswillen („zur Ermittlung“) des erschienenen Amtsträgers erfasst sind. Er erstreckt sich auch auf solche Taten, die mit dem bisherigen Ermittlungsgegenstand in sachlichem Zusammenhang stehen (vgl. BGH wistra 1983, 146; 2000, 219, 225; 2004, 309). Allenfalls dann, wenn eine Erschließung weiterer sonstiger Steuerquellen durch bereits laufende Ermittlungen auszuschließen ist, kann dieser Sperrgrund noch zur Anwendung kommen. In diesem Fall ist – wie sonst auch – für die Strafbefreiung maßgeblich, dass die Aufdeckung bislang unerkannter Steuerquellen im Wesentlichen auf die Initiative des Steuerpflichtigen zurückgeht, die in der Rückkehr zur Steuerehrlichkeit zum Ausdruck kommt (vgl. BGHSt 3, 373, 375). Unvereinbar mit dem Normzweck wäre demgegenüber eine Auslegung, die honorierte, dass der Steuerpflichtige – ist der Amtsträger erst einmal erschienen – den „Wettlauf mit den Ermittlungsbehörden um die Rechtzeitigkeit“ gewonnen hat.

7. Nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO ist erforderlich, dass die „Tat“ ganz oder zum Teil bereits entdeckt war. Das Wort „entdecken“ ist – wie im allgemeinen Sprachgebrauch – dahin zu verstehen, dass Unbekanntes, Verborgenes aufgefunden wird. Die noch unbekannte, verborgene Tat i.S.d. § 370 AO muss ganz oder zum Teil entdeckt sein. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt ist dabei nicht der Begriff des Anfangsverdachts (vgl. BGH wistra 2000, 219, 225), sondern der der „Tatentdeckung“. Bei diesem Begriff handelt es sich um ein Tatbestandsmerkmal, das mit den üblichen strafprozessualen Verdachtsgraden nicht gleichgesetzt werden kann; es hat einen eigenständigen Bedeutungsgehalt.

8. Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH NStZ 1983, 415; wistra 2000, 219, 225) liegt Tatentdeckung vor, wenn bei vorläufiger Tatbewertung die Wahrscheinlichkeit eines verurteilenden Erkenntnisses gegeben ist. Diese Definition enthält eine doppelte, zweistufige Prognose. Zunächst ist – auf der Grundlage der vorhandenen, regelmäßig noch unvollständigen Informationen – die Verdachtslage, und zwar vorläufig, zu bewerten. Aufbauend auf dieser bloß vorläufigen Bewertung muss der Sachverhalt, auf den sich der Verdacht bezieht, zudem rechtlich geeignet sein, eine Verurteilung wegen einer Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit zu rechtfertigen. Ist das Vorliegen eines Sachverhalts wahrscheinlich, der die Aburteilung als Steuerstraftat oder -ordnungswidrig-

keit rechtfertigen würde, ist die Tat entdeckt. Die Anforderungen an diese Wahrscheinlichkeitsprognose dürfen schon deshalb nicht zu hoch angesetzt werden, weil sie auf einer (noch) schmalen Tatsachenbasis erfolgen muss. Ein hinreichender Verdacht im Sinne des §§ 170 Abs. 1, 203 StPO ist entbehrlich. Der Täter der Steuerhinterziehung muss nicht ermittelt sein. Ebenso wenig ist erforderlich, dass die tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen bereits so weit bekannt sind, dass der Schuldumfang verlässlich beurteilt werden kann (vgl. BGH wistra 2000, 219, 226). Es genügt, dass konkrete Anhaltspunkte für die Tat als solche bekannt sind.

9. Die Kenntniserlangung von einer Steuerquelle stellt für sich allein noch keine Tatentdeckung dar. Welche Umstände hinzukommen müssen, damit die Tat (wenigstens zum Teil) entdeckt ist, lässt sich nur im Einzelfall und nicht schematisch beantworten. In der Regel ist eine Tatentdeckung bereits dann anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung der zur Steuerquelle oder zum Auffinden der Steuerquelle bekannten weiteren Umstände nach allgemeiner kriminalistischer Erfahrung eine Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit nahe liegt. Stets ist die Tat entdeckt, wenn der Abgleich mit den Steuererklärungen des Steuerpflichtigen ergibt, dass die Steuerquelle nicht oder unvollständig angegeben wurde. Entdeckung ist aber auch schon vor einem Abgleich denkbar, etwa bei Aussagen von Zeugen, die dem Steuerpflichtigen nahe stehen und vor diesem Hintergrund zum Inhalt der Steuererklärungen Angaben machen können, oder bei verschleierte Steuerquellen, wenn die Art und Weise der Verschleierung nach kriminalistischer Erfahrung ein signifikantes Indiz für unvollständige oder unrichtige Angaben ist.

10. Nicht erforderlich für die Tatentdeckung in § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO ist, dass aufgrund der Tatsachen bereits ein Schluss auf vorsätzliches Handeln gezogen werden kann. Dem steht nicht entgegen, dass bei Entdeckung einer Tat im Sinne des § 370 Abs. 1 AO, die sich als nur leichtfertig begangen erweist (§ 378 Abs. 1 AO), eine bußgeldbefreiende Selbstanzeige (§ 378 Abs. 3 AO) nicht ausgeschlossen ist.

11. Angesichts der verbesserten Ermittlungsmöglichkeiten im Hinblick auf Steuerstraftaten und auch der stärkeren Kooperation bei der internationalen Zusammenarbeit können nach Auffassung des Senats jedenfalls heute keine hohen Anforderungen an die Annahme des „Kennenmüssens“ der Tatentdeckung mehr gestellt werden. Der Sperrgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO wird daher heute maßgeblich durch die objektive Voraussetzung der Tatentdeckung im vorstehend verstandenen Sinne und weniger durch die subjektive Komponente bestimmt.

12. Der Senat ist der Ansicht, dass mit einer „gestuften Selbstanzeige“ die Sperrwirkung nicht umgangen werden kann. Soweit dem Steuerpflichtigen aufgrund unzureichender Buchhaltung oder wegen fehlender Belege eine genau bezifferte Selbstanzeige nicht möglich ist, ist er nach Auffassung des Senats gehalten, von Anfang an – also bereits auf der ersten Stufe der Selbstanzeige – alle erforderlichen Angaben über die steuerlich erheblichen Tatsachen, notfalls auf der Basis einer Schätzung anhand der ihm bekannten Informationen, zu berichten, zu

ergänzen oder nachzuholen. Diese Angaben müssen in jedem Fall so geartet sein, dass die Finanzbehörde auf ihrer Grundlage in der Lage ist, ohne langwierige Nachforschungen den Sachverhalt vollends aufzuklären und die Steuer richtig festzusetzen (BGHSt 3, 373, 376; BGH wistra 2004, 309 m.w.N.; BGH DB 1977, 1347 m.w.N.). Genügen die Angaben – bei Anwendung eines strengen Maßstabes – diesen Anforderungen nicht, liegt eine wirksame Selbstanzeige nicht vor. Vielmehr ist dann lediglich die Ankündigung einer Selbstanzeige gegeben.

13. Die Staatsanwaltschaft ist in den Fällen, bei denen eine Evokation (vgl. § 386 Abs. 4 Satz 2 AO) nicht fern liegt, frühzeitig in die Ermittlungen der Finanzbehörden einzubeziehen, damit sie ihr Recht und ihre Pflicht zur Prüfung einer Evokation auch in jedem Einzelfall und in jedem Stadium des Verfahrens sachgerecht ausüben kann (BGHSt 54, 9). Diese Pflicht zur Beteiligung der Staatsanwaltschaft gilt bei solchen Fallgestaltungen auch und gerade dann, wenn zu entscheiden ist, ob eine wirksame Selbstanzeige i.S.v. § 371 AO gegeben ist.

#### **493. BGH 5 StR 428/09 – Urteil vom 13. April 2010 (LG Hamburg)**

Untreue bei einer englischen Limited (Gründungsstatut; Gründungstheorie; Niederlassungsfreiheit; Nichtigkeit einer Gesellschaft; europarechtskonforme Auslegung); Pflichtenkreis eines „Directors“ (ausländisches Gesellschaftsrecht; Bestimmtheitsgebot; Fremdrechtsanwendung); keine entsprechende Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts (Analogieverbot); Verfahren nahezu ohne Inlandsbezug (Einstellungsmöglichkeiten).

§ 266 StGB; § 9 StGB; Art. 49 AEUV; Art. 54 AEUV; Art. 103 Abs. 2 GG; § 153 StPO; § 153a StPO; § 154 StPO

1. Im Falle einer Limited als EU-Auslandsgesellschaft ist zur Bestimmung der Pflichten des „Director“ im Rahmen des § 266 Abs. 1 StGB auf das ausländische Gesellschaftsrecht zurückzugreifen. Dies ist insbesondere mit dem verfassungsrechtlich garantierten Bestimmtheitsgebot vereinbar.

2. Eine entsprechende Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts auf nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften kommt nicht in Betracht.

3. Bei einem Verfahren, dessen Gegenstand etwaige Vermögensdelikte unter ausländischen Straftätern nahezu ohne Inlandsbezug bilden, ist ein überaus schonender Einsatz justizieller Ressourcen durch die Strafverfolgungsbehörden angezeigt; insbesondere sind frühzeitig Einstellungsmöglichkeiten zu erwägen.

4. Für Auslandsgesellschaften, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des EWR oder in einem mit diesen aufgrund Staatsvertrages in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit gleichgestellten Staat gegründet wurden, gilt die sog. Gründungstheorie (vgl. BGHZ 154, 185; 164, 148, 151; 178, 192, 196; vgl. EuGH NJW 2002, 3614 [Überseering]; EuGH, Urteil vom 30. September 2003 – C-167/01 [Inspire Art]). Danach ist die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft unabhängig von ihrem Verwal-

tungssitz nach dem Recht zu beurteilen, nach dem sie gegründet wurde; dies gilt auch für sogenannte Briefkastengesellschaften (vgl. EuGH, Urteil vom 30. September 2003 – C-167/01 [Inspire Art] Tz. 139).

5. Aus dem Untreuetatbestand lassen sich für beide Tatbestandsalternativen noch vollständige abstrakt-generelle Verhaltensnormen ableiten. Welches Verhalten in Bezug auf die Betreuung fremden Vermögens pflichtwidrig ist, regelt die Strafbestimmung zwar nicht selbst; sie eröffnet aber über das normative Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit die Möglichkeit einer einfachgesetzlichen oder auch privatautonomen Konkretisierung, namentlich durch Satzung oder Vertrag (vgl. BGHR StGB § 266 Pflichtwidrigkeit 4; BGH NSTz 2006, 214, 217, insoweit in BGHSt 50, 331 nicht abgedruckt). Diese außerstrafrechtlichen Regelungen – gegebenenfalls auch ausländischen Rechts – entscheiden damit nicht selbst über den tatbestandsmäßigen Erfolg und die ihn herbeiführende Handlung, sondern schaffen lediglich die – für sich genommen strafrechtlich wertungsfreie und ihrerseits nicht dem Bestimmtheitsgebot unterstehende – Grundlage für eine anschließende untreuespezifische Präzisierung (vgl. BVerfGE 78, 205, 213; BGHSt 37, 266, 272).

#### **500. BGH 1 StR 454/09 – Urteil vom 27. April 2010 (LG München I)**

Tateinheit und Tatmehrheit bei der Steuerhinterziehung (maßgebliche Erklärungspflichten; Unterlassen); beschränkte Revision (Auslegung des Umfangs der Revision der Staatsanwaltschaft; Trennungsformel); rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei einem Freispruch (Unterstellung dem Angeklagten günstiger Sachverhalte ohne Anhaltspunkt; in dubio pro reo; überspannte Anforderungen an die Beweiswürdigung). § 370 AO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 344 StPO; § 261 StPO

Die Hinterziehung von Umsatzsteuer durch Nichtanmeldung von Ausgangsumsätzen einerseits und durch unberechtigte Geltendmachung von Vorsteuern andererseits stellt für jeden Voranmeldungszeitraum eine einheitliche Tat der Steuerhinterziehung im materiellrechtlichen Sinn dar. Maßgeblich für den materiell-rechtlichen Tatbegriff sind die steuerlichen Erklärungspflichten. Die Abgabe jeder einzelnen unrichtigen Steuererklärung ist deshalb grundsätzlich als einheitliche, selbständige Tat im Sinne des § 53 StGB zu werten. Bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen ist ebenfalls im Hinblick auf jede Steuerart, jeden Besteuerungszeitraum und jeden Steuerpflichtigen von einer selbständigen Tat auszugehen (vgl. BGH wistra 2005, 30; wistra 2008, 266).

#### **509. BGH 2 StR 70/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Trier)**

Schuldpruchberichtigung beim unerlaubten Bandenhandel mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit bei der Einfuhr von BtM; Strafschärfung wegen der Einfuhr; Beruhen).

§ 30a BtMG; § 46 StGB; § 337 StPO

Auch wenn die unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln wegen einer vorliegenden Bewertungseinheit in den

Konkurrenzen zurücktritt, kann das Verbringen von Betäubungsmitteln über die Grenze zum Zwecke des Han-

deltreibens strafscharfend berücksichtigt werden.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Anforderungen an die Begründung revisionsgerichtlicher Entscheidungen – Verfahrenswirklichkeit und normativer Anspruch\*

Von Professor Dr. Gerhard Fezer, Hamburg

## I. Theorie und Praxis: „getrennte Welten“?

Das Verhältnis zwischen Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis scheint in den letzten Jahren zu einem Modethema geworden zu sein.<sup>1</sup> Von „Entfremdung“<sup>2</sup> ist die Rede,<sup>3</sup> von „Praxisferne“ und „Theorienlastigkeit“ einerseits, andererseits davon, dass die Praxis die Theorie „nicht genügend zur Kenntnis nimmt“, dass sogar die wissenschaftlichen Veröffentlichungen weitgehend unbeachtet blieben.<sup>4</sup>

So werden gut gemeinte Vorschläge zur „Verbesserung der Beziehung“ gemacht, insbesondere wird an die Bereitschaft beider Seiten appelliert, die Bedürfnisse und Belange der jeweils anderen Seite zu berücksichtigen,<sup>5</sup> einander zu beachten, sich gegenseitig beeinflussen zu lassen, und deshalb vor allem: einen „Dialog“ zu führen.<sup>6</sup>

Der derzeitige Vorsitzende des 1. Strafsenats des BGH, *Nack*, will diesen Dialog sogar „verbessern“ und hat dazu den Wunsch: „Wir Richter würden uns wünschen, dass die uns beschäftigenden Probleme vorher wissenschaftlich aufgearbeitet sind. Dann hätten wir wissenschaftlich

aufbereitete Grundlagen, die wir unseren Entscheidungen zugrunde legen können“<sup>7</sup>. Mit diesem Satz wird eine Aufgeschlossenheit suggeriert, die in Wirklichkeit nicht besteht. Im Übrigen erscheint der Hinweis angebracht, dass „die Wissenschaft“ in ihrer Themenwahl frei ist, d.h. sich einer Instrumentalisierung entzieht.

*Nack* war denn auch der Mitbegründer des „Karlsruher Strafrechtsdialogs“, der seit 2007 alle 2 Jahre stattfindet. War bei der ersten Veranstaltung noch von „getrennten Welten“ (Praxis und Wissenschaft) die Rede,<sup>8</sup> so lautet das Generalthema der zweiten Veranstaltung (2009): „Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?“<sup>9</sup>. Es ist nicht zufällig, dass an erster Stelle die „Rechtsprechung“ steht. *Binding* hat dies am Ende des 19. Jahrhunderts noch anders gesehen: Die Wissenschaft „trägt die Fackel, und in ihrem Lichte folgen Richter wie Gesetzgeber“<sup>10</sup>. Diese Zeiten sind längst vorbei. Wie das Zustandekommen des sog. Verständigungsgesetzes vom 28. Mai 2009 zeigt,<sup>11</sup> sind die *Gerichte* vorangegangen und haben den Gesetzgeber hinterher gezogen. Die Wissenschaft wurde abgehängt.

BGH-Richter *Fischer*<sup>12</sup> spricht in diesem Zusammenhang von „fast schon demütigender Behandlung“ der Wissenschaft. Er attestiert – offensichtlich anders als *Nack* – der Strafrechtswissenschaft ganz generell eine geringe Bedeutung, woran sie offenbar selber schuld sei: „Die Strafrechtswissenschaft hat kein Instrumentarium und keine inhaltliche Autorität entwickelt, welche es ihr möglich machten, Entwicklungen des Prozessrechts mit zu gestalten

\* Der nachfolgende Text entspricht im Wesentlichen dem Vortrag, den der Verf. am 26.02.2010 auf dem 34. Strafverteidigertag in Hamburg gehalten hat.

<sup>1</sup> Vgl. z.B. aus neuerer Zeit die Abhandlungen von *Erb* ZStW 113 (2001), 1; *Fischer*, Hamm-FS, 2008, S. 63 ff; *Radtke* ZStW 119 (2007), 69. Auch auf der Strafrechtslehrertagung 2009 befassten sich zwei Referate mit diesem Thema: *Kindhäuser* ZStW 122 (2010), 954; *Landau* ZStW 122 (2010), 965. Insgesamt ist zu diesen Publikationen zu sagen, dass überwiegend die Perspektive der Anwendung des materiellen Strafrechts maßgebend ist. Die Anwendung des Prozessrechts wird allenfalls nebenbei miteinbezogen.

<sup>2</sup> *Erb* ZStW 113 (2001), 1, 3.

<sup>3</sup> *Fischer* (Fn. 1) formulierte sogar (im Titel seines Beitrags): „Fremde seltsame Welten“.

<sup>4</sup> *Fischer* (Fn. 1), S. 65, 75.

<sup>5</sup> *Fischer* (Fn. 1), S. 81.

<sup>6</sup> *Erb* ZStW 113 (2001), 1, 9; vgl. *Radtke* ZStW 119 (2007), 134.

<sup>7</sup> *Nack*, in: Jahn, *Nack* (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Rechtswissenschaft – getrennte Welten? – Referate und Diskussionen auf dem 1. Karlsruher Strafrechtsdialog 2007, 2008, S. 3.

<sup>8</sup> S. Fn. 7.

<sup>9</sup> Jahn, *Nack* (Hrsg.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog 2009, 2010.

<sup>10</sup> *Binding* ZStW 1 (1880), 4 ff., 29.

<sup>11</sup> Vgl. dazu zusammenfassend *Fezer* NStZ 2010, 177; neuerdings auch *Murmann* ZIS 2009, 526.

<sup>12</sup> *Fischer* (Fn. 1), S. 76.

ten und Fehlentwicklungen entgegen zu steuern<sup>13</sup>. Das ist anmaßend und bewusst irreführend. Wer, wie ein Strafsenat des BGH, letztlich die Macht für sich beansprucht zu entscheiden, wie er will, kann demjenigen, der institutionell diese Macht nicht hat, nicht vorhalten, es fehle ihm an Autorität. Nur wenn Fischer belegen könnte, dass die Strafsenate bei strittigen Auslegungsfragen die besseren *Argumente* gegenüber der Wissenschaft hätten, dann könnte er der Wissenschaft die inhaltliche „Autorität“ absprechen.

## II. Wissenschaftliche Begründung revisionsgerichtlicher Entscheidungen?

Damit sind wir beim Thema (Stichwort: „Argument“), das mit der eingangs geschilderten Problematisierung des „Verhältnisses“ Strafrechtswissenschaft/Strafrechtspraxis scheinbar nichts zu tun hat, in Wirklichkeit aber von dieser Problematik in den Hintergrund gedrängt wird. Wie steht es also mit der Fähigkeit und Bereitschaft und evtl. sogar Verpflichtung der Strafsenate, selbst den wissenschaftlichen Begründungsansprüchen zu genügen?

BGH-Richter und Strafprozesswissenschaftler haben immerhin eine Gemeinsamkeit: In ihrer universitären Ausbildung wurden sie auch in „rechtswissenschaftlichen Methoden“ (§ 5a II DRiG) unterwiesen. Was das für die Anwendung des Strafprozessrechts in einem konkreten Fall bedeutet, soll am Beispiel einer StPO-Hausarbeit kurz verdeutlicht werden.

Nehmen wir an, folgende Verfahrensrüge sei gutachterlich zu beurteilen: In der Hauptverhandlung macht der Angeklagte von seinem Schweigerecht Gebrauch. Daraufhin wird ein Polizeibeamter als Zeuge gehört, der den damals geständigen Beschuldigten im Ermittlungsverfahren vernommen hatte, und zwar ohne die erforderliche Belehrung. Der Verteidiger widerspricht der Vernehmung des Polizeibeamten nicht. Darf das Gericht die Aussage des Polizeibeamten verwerten?

Der Bearbeiter wird sogleich auf die berühmte Entscheidung des 5. Strafsenats in BGHSt 38, 214 stoßen und dort den Grundsatz formuliert finden, dass der Verstoß gegen die Beschuldigtenbelehrungspflicht zu einem Verwertungsverbot führen kann. Derselbe Senat hatte das in BGHSt 31, 395 noch anders gesehen. Seine Meinungsänderung – ausgelöst durch eine Vorlage des OLG Celle – stützt sich auf Argumente des wissenschaftlichen Schrifttums. So kann der Senat formulieren<sup>14</sup>: „Der Senat folgt damit im Wesentlichen der heute im Schrifttum vorherrschenden Auffassung“ (es schließen sich zahlreiche Schrifttumsnachweise an).

*Zwischenbemerkung:* Dass sich die im Schrifttum vorgebrachten Argumente in der Rechtsprechung durchsetzen und ein Strafsenat deswegen seine Auffassung ändert, ist zunächst einmal ein ganz außerordentlicher Vorgang innerhalb der Strafsenate. Das hat sich – wenigstens im Bereich des Strafprozessrechts – so auch nicht mehr wiederholt.

<sup>13</sup> Fischer (Fn. 1), S. 77.

<sup>14</sup> BGHSt 38, 214, 218.

Die Entscheidung BGHSt 38, 214 ist geradezu ein einsamer positiver Höhepunkt – allerdings nur, was die Grundsatzaussage zum Verwertungsverbot betrifft. In derselben Entscheidung beginnt nämlich der BGH, den Beschuldigtenschutz wieder zu relativieren. Er wendet zum ersten Mal die sog. *Widerspruchs-Lösung* an: Ein Verwertungsverbot entstehe dann nicht, „wenn der verteidigte Angeklagte einer solchen Verwertung nicht widersprochen hat“<sup>15</sup>. Ein solcher Widerspruch müsse spätestens zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erhoben worden sein.

## III. Hauptbeispiel für Begründungsdefizite: BGH 38, 214 (Widerspruchs-Lösung)

Und nun zurück zur fiktiven StPO-Übung: Der Bearbeiter der Hausarbeit, wie wir uns ihn vorstellen, nimmt diese Widerspruchs-Lösung zur Kenntnis und er gedenkt nun so zu verfahren, wie er es in seiner wissenschaftlichen Ausbildung für eine solche Situation gelernt hat: Er sucht nach der *Begründung* dieser Auffassung und verfolgt auch die weitere Entwicklung der Rechtsprechung. Sodann sucht er nach *Argumenten*, die *gegen* die Auffassung vorgebracht wurden und sodann nach einer entsprechenden Auseinandersetzung in der BGH-Entscheidung selbst. Denn am Ende muss sich der Bearbeiter entscheiden, welcher Auffassung er mit welcher Begründung in seinem Gutachten folgen will. In unserem konkreten Fall würde unser studentischer Bearbeiter nun aber folgende Entdeckung machen: In BGHSt 38, 214 findet sich so gut wie keine Begründung der – wie sie fortan genannt wurde – Widerspruchs-Lösung.<sup>16</sup> Es ist nur andeutungsweise davon die Rede, dass das Widerspruchserfordernis der besonderen Verantwortung und Fähigkeit des Verteidigers nicht widerspreche.

Weiter wird unser Bearbeiter feststellen, dass diese Widerspruchs-Lösung im Schrifttum mit großem Argumentationsaufwand überwiegend abgelehnt worden ist.<sup>17</sup> Das wiederum hat den 5. Strafsenat nicht davon abhalten können, in BGHSt 42, 15, 22 an der Widerspruchs-Lösung festzuhalten und sich um die im Schrifttum detailliert vorgebrachten Einwände nicht zu kümmern<sup>18</sup>. Er schreibt nur lapidar: „Der Senat hält hieran (sc. an der Widerspruchs-Lösung) auch unter Berücksichtigung der erhobenen Einwände (Fezer JR 1992, 385, vgl. auch *Widmaier* NStZ 1992, 519) fest...“. Dass diese Rechtsprechung im Schrifttum weiterhin kritisiert wurde,<sup>19</sup> hat den 1. Senat nicht beeindruckt. Denn dieser hat in einer späteren Entscheidung (BGHSt 50, 272 = BGH HRRS 2006

<sup>15</sup> BGHSt 38, 214, 228

<sup>16</sup> Die zitierten Entscheidungen BGHSt 1, 284; 9, 24; 31, 140 enthalten jeweils keine Begründung, sondern nur einen Behauptungssatz.

<sup>17</sup> Vgl. auch *Tepperwien*, *Widmaier-FS*, 2009, S. 589, 590.

<sup>18</sup> Der einzige Begründungssatz bezieht sich auf § 257 StPO: „Der Senat hält an dem durch § 257 StPO bestimmten Zeitpunkt fest, zu dem der Widerspruch vor dem Tatrichter spätestens erklärt werden muss. Er dient der gebotenen Verfahrensförderung ...“.

<sup>19</sup> Zur Kritik an der BGH-Rechtsprechung vgl. die Nachweise bei *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl., 2009, § 136 Rn. 25.

Nr. 40) die Auswirkungen der Widerspruchs-Lösung noch verschärft: Nach Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht könne in der neuen Hauptverhandlung ein bislang unterlassener Widerspruch nicht mehr nachgeholt werden. Abermals gibt der Senat keine Begründung, weder für die Widerspruchs-Lösung als solche, noch für ihre Verschärfung.<sup>20</sup>

Der 1. Senat hat offenbar längst vergessen, dass er oder ein anderer Senat die Widerspruchs-Lösung immer noch nicht begründet hat. Er redet inzwischen darauf bezogen nur noch pauschal von „der Rechtsprechung“ des BGH und begnügt sich mit bloßen zusammengefassten Entscheidungshinweisen.<sup>21</sup>

Der BGH hält also an seiner Rechtsprechung fest, obwohl diese keine ausreichende argumentative Grundlage hat und obwohl keine Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten stattfindet. Der Student, der in der Bearbeitung seiner Hausaufgabe bis an diesen Punkt gelangt ist, wird spätestens jetzt ausrufen: Ja, darf der BGH denn so verfahren? Denn den Studenten wird beigebracht, dass und wie sie eine umstrittene Rechtsfrage methodisch behandeln müssen:<sup>22</sup> Sie müssen Argumente sammeln, sich mit ihnen auseinandersetzen und sich auf dieser Grundlage dann – und erst dann – für eine Auffassung entscheiden, die dann die „richtige“ ist und deshalb der verfahrensrechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt werden darf. Würde sich der Student etwa so ausdrücken, wie der 1. und 5. Strafsenat dies selbst getan haben, dann wäre die Hausarbeitsleistung in diesem Punkt mangelhaft.

Wenn ich nun frage, ob für die revisionsgerichtliche Entscheidungsbegründung in diesem Punkt nicht dasselbe gelten muss, was für die studentische Fallbearbeitung gilt, dann sehe ich schon, wie mir die Einwände nur so um den Kopf fliegen:

Der Student *lerne* doch erst die Rechtsanwendung, er übe sich auf einer „Spielwiese“, d.h. in einer künstlichen Ausbildungssituation. Dagegen müsse ein Strafsenat entscheiden, er könne in der Begründung nicht alles berücksichtigen, was in der wissenschaftlichen Literatur zu lesen sei, er sei auch nicht verpflichtet, sich umfassend um Nachweise zu bemühen. Wenn schon ein Argument oder ein Nachweis fehle, so sei es doch denkbar, dass der Senat dies bei der Beratung mitberücksichtigt habe etc. In solchen Einwänden kommt eine Relativierung der wissenschaftlichen Literatur zum Vorschein, die die eingangs geschilderte Diskussion – Verhältnis der BGH-Rechtsprechung zur Wissenschaft – prägt. Diese – nur begrenzt fruchtbare – Diskussion hat den Zugang zur eigentlichen Problematik verschüttet – und jetzt bin ich beim eigentlichen Thema. In Wahrheit geht es für unsere Frage um die Methodik der Normanwendung und nicht um das Verhältnis Strafprozesswissenschaft/Rechtsprechung, es geht schon gar nicht um den angeblichen Autoritätsverlust der Prozesswissenschaft, es geht auch

nicht darum, dass (selbstverständlich) nicht *jede* wissenschaftliche Äußerung zitiert werden kann. Und es geht auf der anderen Seite auch nicht darum, dass der Geltungsanspruch der Wissenschaft bereits dann negativ berührt ist, wenn ein Strafsenat irgendwelche Autoren nicht zitiert.

Maßgebend ist vielmehr folgendes: Wenn der BGH immer wieder Auffassungen des Schrifttums ignoriert, so kann darin eine fehlerhafte Entscheidungsbegründung durch das Revisionsgericht liegen. Wir haben im Beispielsfall der „Widerspruchs-Lösung“ beobachtet, dass die Begründung des 1. Strafsenats stark defizitär ist. Er hält im Ergebnis an dieser „Lösung“ fest, ohne selbst ein tragendes Argument entwickelt und sich vor allem mit den Gegenargumenten befasst zu haben. Ob solche Gegenargumente im wissenschaftlichen Schrifttum<sup>23</sup> oder etwa in anderen obergerichtlichen Entscheidungen formuliert sind oder ob sie einfach „in der Luft liegen“, also vom Strafsenat von selbst bemerkt werden müssten, das alles ist völlig gleichgültig.

Entscheidend ist die Frage, welchen erkenntnistheoretischen und normativen Anforderungen eine revisionsgerichtliche Entscheidungsbegründung genügen muss.<sup>24</sup> Insoweit gibt es eben keinen Unterschied zur Anwendung des Strafprozessrechts in einer studentischen Hausarbeit.

Denn: Die rechtstheoretischen Regeln der Normanwendung – hier besonders: der Ermittlung des Normverständnisses – sind immer die gleichen und sie fordern auch selbstverständlich die gleiche Beachtung von einem Revisionsenat genauso wie von einem Studenten. Von dieser Gemeinsamkeit im Lernen und Erleben haben die Revisionsrichter sich offenbar gelöst. Man kann hier nur Vermutungen anstellen: Um einer zu starken Behinderung durch Argumente zu entgehen, sind sie möglicherweise nicht von der Versuchung frei, die Äußerungen im wissenschaftlichen Schrifttum der „theoretischen Welt“ zuzuordnen, einer Welt also, die mit Vorsatz auf Distanz gehalten wird (Stichwort: „Theorienlastigkeit“). Damit werden aber nur die eigenen Versäumnisse des Strafsenats – was die unerlässliche Argumentation bei der Auslegung des Rechts betrifft – verschleiert.

#### IV. Weitere Beispiele

Es versteht sich von selbst, dass die Entscheidungen zur Widerspruchs-Lösung nicht etwa eine große Ausnahme darstellen. Ich habe in den letzten Jahren mehrere BGH-Entscheidungen gefunden, die ähnliche Defizite zeigen. Es sind durchweg Entscheidungen über gewichtige Verfahrensfragen.<sup>25</sup> Dass die Auswahl rein statistisch gese-

<sup>20</sup> Die wenigen Zeilen auf S. 275 haben mit der eigentlichen Problematik nichts zu tun.

<sup>21</sup> BGH 1 StR 691/08 vom 17.2.08, S. 6 = BGHSt 53, 191 = BGH HRRS 2009 Nr. 315.

<sup>22</sup> Fischer (Fn. 1), S. 66 zieht dies leider ins Lächerliche.

<sup>23</sup> Vgl. z.B. zuzf. L/R-Gleß, 26. Aufl., 2007 § 136 Rn. 82 ff.

<sup>24</sup> Diese Frage betrifft nur revisionsgerichtliche Urteile (also nicht die Beschlussverwerfung gem. § 349 II StPO, weil hier die Rechtsprechung überhaupt keine Begründung verlangt), ferner Beschlüsse in Vorlegungssachen gem. §§ 121 II, 132 GVG.

<sup>25</sup> Im Bereich des materiellen Rechts erscheint die Bereitschaft der Senate, wissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen, etwas größer zu sein als im Bereich des Prozessrechts (so auch die Beobachtung von Roxin in: Die deutsche Straf-

hen nicht repräsentativ ist, spielt keine Rolle. In den nachfolgenden weiteren Beispielen geht es mir in erster Linie darum, die „Methode“ der Strafsenate zu erhellen.

### (1) BGHSt 52, 284 = BGH HRRS 2008 Nr. 611 („Konnexität“)

Der BGH hat in den letzten 15 bis 20 Jahren die Anforderungen an das Vorliegen eines Beweisantrags ständig verschärft: Zunächst forderten die Entscheidungen BGHSt 39, 251, 254 und BGHSt 40, 3, 6 vom Antragsteller Angaben dazu, welche *eigene Wahrnehmung* der Zeuge bekunden soll. Als Begründung für dieses Antragsfordernis dient allenfalls die Erwägung, dass nur auf diese Weise eine sinnvolle Prüfung der Ablehnungsgründe möglich sei. Die Kritik im wissenschaftlichen Schrifttum hat demgegenüber mehrere gewichtige Gegenargumente ins Feld geführt. Daraufhin hat der BGH in BGHSt 43, 321, 329 f, ohne auf die Kritik einzugehen, die Anforderungen an das Vorliegen eines Beweisantrags noch einmal verschärft: Es werden auch Angaben verlangt, *weshalb* der Zeuge etwas bekunden kann. Diese sog. „Konnexität im weiteren Sinn“ wurde im Schrifttum heftig kritisiert. Neuerdings verlangt der 5. Senat – bei fortgeschrittener Beweisaufnahme – eine „Konkretisierung der Wahrnehmungssituation“ im Beweisantrag: BGHSt 52, 284. Dieses Gebot leitet er nur aus seinem sehr allgemein gehaltenen Satz ab, der für Wertungen offen ist, dem Senat es also erlaubt, die Wertung im vorliegenden Fall so vorzunehmen, dass damit das angestrebte Ergebnis „herauskommt“: Dieses erschließe „sich aus dem Rechtsgrund und dem Wesen des Beweisantragsrechts von selbst“. Auf eine andere Deutungsmöglichkeit des „Wesens“ geht der Senat nicht ein. Für den 5. Senat gibt das Beweisantragsrecht dem Antragsteller im Ergebnis nicht mehr die Möglichkeit, eine Beweiserhebung zu erreichen, die das Gericht von Amts wegen nicht für nötig gehalten hätte. Mit dieser Folge hätte sich der Senat befassen müssen, also darlegen, dass sie entweder nicht eintreten kann oder dass sie um anderer Ziele willen – Anforderungen an den Inhalt des Beweisantrags sind zwingend notwendig – unvermeidbar ist. Die Argumentation des 5. Senats ist unvollständig und damit einseitig. Nicht behandelte Gegenargumente sind z.B.<sup>26</sup>, dass der Unterschied zwischen der Reichweite des § 244 II StPO und dem Beweisantragsrecht eingeebnet wird und dass insgesamt die Darlegungslast, die für einen Beweisantrag gefordert wird, zu groß ist.

### (2) BGHSt 52, 355 = HRRS 2008 Nr. 1150 (Befristung im Beweisantragsrecht)

In BGHSt 38, 111 hatte der BGH versucht, einem „Missbrauch“ des Beweisantragsrechts einen Riegel vorzuschieben: Er billigt – freilich nur für eine Extremsituation – eine Anordnung des Tatgerichts, dass der Angeklagte künftig Beweisanträge nur noch über seinen Verteidiger stellen dürfe. Diese Entscheidung wurde heftig kriti-

rechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Sinn und Ausblick, hrsg. von Eser, Hassemer und Burkhardt (2000), S. 269, 384).

<sup>26</sup> Vgl. dazu ausf. Fezer HRRS 2008, 457.

siert<sup>27</sup>, weil ein solcher Totalentzug des Beweisantragsrechts mit der StPO nicht zu vereinbaren sei. Über zehn Jahre danach hat der BGH damit begonnen, mit anderen Mitteln das Beweisantragsrecht zu begrenzen: Es wurde – jeweils unter bestimmten Voraussetzungen – dem Tatgericht gestattet, den Verfahrensbeteiligten eine Frist für das Stellen von Beweisanträgen zu setzen. Die „Sanktionen“ für eine Fristüberschreitung sind in den einzelnen Entscheidungen unterschiedlich. In BGH NJW 2005, 2466 ist von der Möglichkeit die Rede, dass das Gericht bei extremer Verzögerung „verspätete“ Beweisanträge nicht mehr durch gesonderten Beschluss, sondern erst im Urteil ablehnen dürfe. Dagegen werden im Schrifttum im Hinblick auf § 246 StPO Bedenken erhoben.<sup>28</sup>

Darauf geht die folgende Entscheidung des 1. Senats (BGHSt 51, 333 = BGH HRRS 2007 Nr. 602) mit keinem Wort ein. Vielmehr wird dem Tatgericht die Möglichkeit eröffnet, die verspätete Stellung eines Beweisantrags als „Indiz“ für die Prozessverschleppungsabsicht zu werten. Der Senat erwägt auch, das in diesem Zusammenhang maßgebliche Kriterium der Urteilsverschleppungsabsicht restriktiver als bisher auszulegen (die zu erwartende Verzögerung müsse nicht mehr unbedingt „wesentlich“ sein). Demgegenüber wurde im Schrifttum eingewandt, dass eine Befristung in diesem Zusammenhang gegen § 246 StPO verstößt<sup>29</sup>. Der Senat sagt zwar (nur im Ergebnis), *warum* diese Art von Fristsetzung *nicht* gegen § 246 StPO verstößt. Aber er geht dabei auf die Begründung der „Gegner“ nicht ein. Vielmehr redet er einfach am anderen Standpunkt vorbei und formuliert in aller Deutlichkeit: „Eine verspätete Stellung eines Beweisantrags kann allein schon für sich für Verschleppungsabsicht sprechen“<sup>30</sup>.

### (3) BGHSt 46, 93 (Die „Beweiswürdigungs-Lösung“)

Die Strafkammer hatte durch Vernehmung des Ermittlungsrichters die Aussage des Opfers in die Hauptverhandlung eingeführt und im Urteil verwertet. Dabei war der Angeklagte von dieser ermittelungsrichterlichen Vernehmung ausgeschlossen und es war ihm auch noch kein Verteidiger bestellt worden. Der 1. Senat sieht darin einen Verfahrensfehler: Das Unterlassen der rechtzeitigen Verteidigerbestellung habe das Fragerecht des Angeklagten gemäß Art. 6 Abs. 3d EMRK verletzt. Damit sei das Vernehmungsergebnis „fehlerhaft“ zustande gekommen. Es wäre folgerichtig gewesen, die Frage nach einem Verwertungsverbot zu stellen und diese Frage (folgerichtig) nach dem vom BGH vor allem im 38. Band erarbeiteten Kriterium zu beantworten. Dies hat der 1. Senat unterlassen. Er hat vielmehr umgehend und ohne Umschweife dekretiert: Das „Versäumnis“ (so wird der Verfahrensfehler verharmlosend genannt) „mindert den Beweiswert“. Dem sei entsprechend den in BGHSt 17,

<sup>27</sup> Nachweise bei Meyer-Gofßner (Fn. 19), § 244 Rn. 69a.

<sup>28</sup> Nachweise bei Meyer-Gofßner (Fn. 19), § 244 Rn. 69b.

<sup>29</sup> Sehr gründliche Überlegungen – direkt zu BGHSt 51, 333 – bei Tepperwien, Widmaier-FS, S. 583, 589: „Grundaussage des § 246 StPO unterlaufen“.

<sup>30</sup> BGHSt 52, 355, 362 = BGH HRRS 2008 Nr. 1150.

382 aufgestellten Grundsätzen durch eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Diese „Beweiswürdigungs-Lösung“ sei „sachgerechter“ als ein Verwertungsverbot; dieses hatte der Senat – und dies wiederholt – von vornherein ausgeklammert. Es ist offensichtlich, dass der Senat das Bestreben hatte, die Verwertbarkeit zu erhalten. Man höre jedoch, wie der eingangs zitierte *Nack* – im Anschluss an seinen „Wunsch“, dass die Probleme vorher wissenschaftlich aufgearbeitet seien – einige Jahre später die Situation geschildert hat: „Der Senat hat sich beim ... für die Beweiswürdigungs-Lösung entschieden, verbunden mit einer frühzeitigen Verteidigerbestellung. Hinterher wurden wir heftig kritisiert, dass wir kein Verwertungsverbot angenommen hatten, obwohl wir auch das in Erwägung gezogen hatten. Aber für uns war die Materie neu; wir konnten auf keinerlei wissenschaftliche Arbeiten zurückgreifen“<sup>31</sup>.

Die Verantwortung wurde also abenteuerlicherweise der Wissenschaft zugeschoben, offenbar weil sie sich vorher nicht um diese Probleme gekümmert habe. Hier wird vieles auf den Kopf gestellt: Ein Strafsenat des BGH braucht zunächst einmal keine wissenschaftlichen Vorarbeiten, um zu erkennen, dass er seine eigenen Maßstäbe beachten muss. Denn die „Materie“ war keineswegs „neu“. Neu war nur die Beweiswürdigungs-Lösung, die aber so schnell und einfach einem Prozesswissenschaftler nicht eingefallen wäre. Vor allem wäre der Senat durch eine Befürwortung des Verwertungsverbots nicht zu beeindrucken gewesen: Er *wollte* das nicht, weil es nicht „sachgerecht“ war. Durchgesetzt hat sich damit eine konturenlose Einzelfalljudikatur.

Die Entscheidung des 1. Senats wird im Schrifttum heftig kritisiert. Darauf hätte der BGH in der Folgezeit reagieren können. Hier fand jedoch das von *Nack* gewünschte „Zurückgreifen“ nicht statt. Als in einer späteren Entscheidung (BGHSt 49, 112, 118 ff. = BGH HRRS 2004 Nr. 200) ebenfalls eine „Beweiswürdigungs-Lösung“ entwickelt wurde, dienten dem BGHSt 17, 82 und 46, 93 ganz selbstverständlich als Stütze, ohne dass die Kritik an diesen Entscheidungen irgendwie erwähnt worden wäre. Wenn der BGH danach strebt, durch pragmatische Maßstäbe („sachgerecht“, Vermeiden des Prinzips „alles oder nichts“) Verwertungsverbote oder eine Verfahrenseinstellung zu vermeiden, dann lässt er sich, durch wissenschaftliche Äußerungen gerade nicht beeindrucken.

#### (4) BGHSt 51, 1 = BGH HRRS 2006 Nr. 313 (Anordnung gemäß § 100a StPO)

Der 4. Senat hat in BGHSt 41, 30, 34 unter Umgehung der Gegenargumente entschieden, dass das Gericht der Hauptverhandlung nur beschränkt die Rechtmäßigkeit einer ermittelungsrichterlichen Anordnung gemäß § 100a StPO nachprüfen dürfe. Diese Entscheidung ist umgehend heftig kritisiert worden<sup>32</sup>. Eine spätere Entscheidung des 1. Senats (BGHSt 47, 367) bleibt jedoch auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung, ohne dass die Kritik in irgendeiner Weise erwähnt werde. Nur ein einziger

<sup>31</sup> *Nack* in: Strafrechtspraxis und Rechtswissenschaft (Fn. 7), S. 3.

<sup>32</sup> Nachweise bei *Meyer-Gofßner* (Fn. 19), § 100a Rn. 39.

lapidarer Satz fällt: „Hieran ist trotz teilweise kritischer Stimmen im Schrifttum festzuhalten (vgl. etwa *Bernsmann* NStZ 1995, 512; *Störmer* StV 1995, 653)“<sup>33</sup>. Vier Jahre später knüpft der 1. Senat in BGHSt 51, 1 an diese beiden Entscheidungen an, ohne irgendwelche Bedenken zu erwähnen.<sup>34</sup> Er weicht sogar – ebenfalls ohne Argumentation – in einem wesentlichen Punkt von BGHSt 47, 367 zulasten des Angeklagten ab (gerade keine Verpflichtung zur Überprüfung). Auch die Entscheidung BGHSt 51, 1 leidet an einer außerordentlich lückenhaften Argumentation. Es fehlt vor allem eine Auseinandersetzung mit den Gründen, die im Schrifttum für die volle Nachprüfbarkeit vorgebracht worden sind.<sup>35</sup>

#### (5) BGHSt 53, 191 (Erstreckung des Verwertungsverbots)

Der BGH hatte erstmals die Frage verbindlich zu entscheiden, ob der Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht aus § 168c V 1 StPO zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich eines *Mitbeschuldigten* führt. Der 1. Senat verneint dies. Es gelingt ihm aber nicht, dieses offensichtlich erwünschte Ergebnis zu begründen. Seine eigenen recht dünnen Begründungsbemühungen liegen neben der Sache (was immer ein Indiz dafür ist, dass sich ein Ergebnis nicht begründen lässt). Den klar begründeten Gegenstandspunkt referiert er zwar, er macht aber keine Anstalten, auf diese Gründe einzugehen.<sup>36</sup> Auch das ist ein Argumentationsfehler.

*Ergebnis:* Die von mir ausgewählten Entscheidungen zeigen Argumentationsdefizite in unterschiedlichen Erscheinungsformen:

- In den Entscheidungsgründen wird überhaupt nicht erwähnt, dass es Gegenargumente gibt (wohl häufigster Fall).
- Es wird nur ganz pauschal und eher nebenbei erwähnt, dass es „Bedenken“ gegen die Auffassung des BGH gäbe. Welchen Inhalt diese Bedenken haben und warum der Strafsenat diese Bedenken nicht teilt, wird nicht gesagt. Urheber von „Bedenken“ kann auch im Übrigen ein anderer Strafsenat sein<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> BGHSt 47, 367. – Dass es über die beiden zitierten Autoren *Bernsmann* und *Störmer* hinaus noch weitere Kritik an diesen Entscheidungen gab, verschweigt der Senat.

<sup>34</sup> Der Senat schreibt nur noch: „Nach Maßgabe der Rechtsprechung (vgl. BGHSt 41, 30, 33 f.; 47, 362, 365 f.; 48, 240, 248) geprüft“ (BGHSt 51, 1, 6).

<sup>35</sup> Vgl. dazu im Einzelnen (u.m.w.N.) *Fezer* HRRS 2006, 239; *Teppervien*, *Widmaier-FS*, S. 592.

<sup>36</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Weßlau* NStZ 2010, 41; *Fezer* NStZ 2009, 524.

<sup>37</sup> In BGHSt 52, 165, 169 Rn. 7 vertritt der 3. Senat die Auffassung, dass eine Verständigung über eine Verhängung einer Jugendstrafe nicht unzulässig sei und setzt dann in Klammern hinzu: „zu den Bedenken vgl. BGH ...“. Dazu wird dann weiter nichts gesagt. – In BGHSt 52, 172 Rn. 14 heißt es: „zu den Bedenken einer Beteiligung der Staatsanwaltschaft an einer Verfahrensabsprache vgl. BGHSt ...“.

- Der Inhalt von „Bedenken“ wird zwar referiert, aber es fehlt dann jede Stellungnahme bzw. Auseinandersetzung.

## V. Normative Anforderungen an die revisionsgerichtliche Entscheidungsbegründung

Vor diesem Hintergrund lautet die *Kernfrage* meiner Ausführungen: Muss ein Strafsenat in seiner Urteilsbegründung sich mit wesentlichen Gegenargumenten befassen, bevor er ein Ergebnis formuliert oder darf er sich auch so rudimentär äußern, wie wir dies an den Beispielen erlebt haben? Die Frage, ob ein Strafsenat in seinen Entscheidungsbegründungen argumentativen Zwängen, wie sie beispielhaft herausgearbeitet wurden, unterliegt, ist bisher im strafprozessualen Schrifttum in dieser Konkretheit nicht gestellt worden.<sup>38</sup> Das Gesetz schweigt: In den Vorschriften über die Revision findet sich keine Norm, welche den gedanklichen Inhalt einer Entscheidungsbegründung näher regelt.<sup>39</sup>

Die allgemeine Vorschrift des § 34 StPO nimmt sogar die Entscheidungen, die nicht mehr durch ein Rechtsmittel angegriffen werden können, von der Begründungspflicht von vornherein aus. § 267 StPO ist auf eine revisionsgerichtliche Entscheidung nicht anwendbar. Diese Vorschrift zeigt im Übrigen, dass der Gesetzgeber der StPO insgesamt von einer Entscheidungsbegründung nicht sehr viel gehalten hat. Die eben skizzierte normative Situation besteht seit 1879 unverändert. Sie wurzelt noch im Kaiserreich<sup>40</sup>.

Was die tatrichterliche Ebene betrifft, so hat die Rechtsprechung vor allem des BGH in den letzten Jahrzehnten den dogmatischen Irrtum des historischen Gesetzgebers korrigiert: Der Tatrichter ist nach neuerer Erkenntnis keineswegs „frei“ in der Überzeugungsbildung, so dass insoweit die enge Begrenzung des § 267 I StPO (Ausnahme der Beweiswürdigung aus der Darstellungspflicht) nicht berechtigt ist.<sup>41</sup> Die tatrichterliche Überzeugungsbildung hat ihrer erkenntnistheoretischen Struktur nach eine rational-objektive Grundlage, die einer kritischer intersubjektiven Diskussion standhalten muss.<sup>42</sup> Das

bedeutet, dass der Tatrichter durchaus begründen kann und muss, auf welcher Beweisgrundlage er mit welcher Würdigung zu den subsumtionsrelevanten Feststellungen gelangt ist. Seine Schlussfolgerungen müssen argumentativ einwandfrei, d.h. lückenlos nachvollziehbar sein. Wenn der Tatrichter sich für *eine* Deutungsmöglichkeit entscheidet, muss er zuvor nahe liegende *andere* Deutungsmöglichkeiten gewürdigt und ausgeschlossen haben. Das Revisionsgericht prüft, ob der Tatrichter seinen Begründungsverpflichtungen nachgekommen ist. In der Praxis ist dies Teil einer sachlich-rechtlichen Urteilsüberprüfung.

Die Beseitigung des speziell mit § 34 StPO verbundenen historischen Irrtums steht dagegen noch aus. Der Gesetzgeber war offensichtlich der Auffassung, dass eine Entscheidungsbegründung dann nicht nötig ist, wenn es sich um eine letztinstanzliche Entscheidung handelt. Von daher gesehen war es folgerichtig, keinerlei Anforderungen an die Gestaltung der revisionsgerichtlichen Entscheidungsbegründung zu stellen. Denn sie hätte keine Kontrollfunktion. Dies jedoch ändert nichts daran, dass eine revisionsgerichtliche Entscheidungsbegründung weitere wichtige *Funktionen*<sup>43</sup> zu erfüllen hat:

- Information der Beteiligten über Argumente und Entwicklungslinien der Rechtsprechung
- Grundlage für richterliche Rechtsfortbildung
- bei Verwendung in späteren Verfahren, insbesondere als Präzedenzfall; Berechenbarkeit der neuen Verfahren.

Diese Funktionen werden von Bedeutung sein, wenn abschließend in der gebotenen Kürze versucht werden soll, die Struktur der revisionsgerichtlichen Entscheidungsbegründung zu eruieren.

Kann man denn überhaupt herleiten, dass der Revisionsrichter *verpflichtet* ist, in seiner Entscheidungsbegründung Gegenargumente auszugreifen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen? Insoweit ist sich das (reichhaltig vorhandene) erkenntnis- und rechtstheoretische Schrifttum – trotz aller Unterschiede in der theoretischen Grundlegung<sup>44</sup> – eigentlich einig. Eine richterliche Entscheidung, also auch eine revisionsgerichtliche Entscheidung, ist nicht nur ein Hoheitsakt, sondern auch ein Erkenntnis,<sup>45</sup> das den allgemeinen erkenntnistheoretischen Regeln unterliegt. Diese allgemeinen Strukturen der Erkenntnisgewinnung und -begründung zeigen sich auch im Urteil. So hat sich etwa aus einer philosophischen Argumentationstheorie eine juristische Argumentationstheorie entwickelt.<sup>46</sup>

Von diesem Grundansatz her müsste nun eigentlich über mehrere Ableitungsstufen ermittelt werden, welche

<sup>38</sup> Selbstverständlich gibt es Entscheidungen, die sorgfältig, auch unter Hinweis auf das wissenschaftliche Schrifttum, begründet sind, vgl. nur BGHSt 49, 347; 49, 29; 51, 325, 332; 51, 88.

<sup>39</sup> Kommentare und Lehrbücher machen zum Begründungsinhalt keine Ausführungen.

<sup>40</sup> Dies gilt auch für den immer noch gültigen § 13 I der Geschäftsordnung des BGH von 1952 (BAnz Nr. 83, 1952, S. 9), der an den Begründungsinhalt ebenfalls keine großen Ansprüche stellt: „Tatbestand und Entscheidungsgründe sind klar und möglichst kurz abzufassen. Sie sollen sich auf das Wesentliche und auf den Gegenstand der Entscheidung beschränken...“. In der Geschäftsordnung des Reichsgerichts ist noch strenger von „bündiger Kürze unter strenger Beschränkung auf den Gegenstand“ die Rede.

<sup>41</sup> Das ist inzwischen unbestritten und bedarf keiner besonderen Rechtfertigung; vgl. nur Frisch, Fezer-FS, 2008, S. 375 ff.; Wagner ZStW 106 (1994), 272 ff. (verfassungsrechtliche Verankerung dieser Begründungspflicht des Tatrichters).

<sup>42</sup> Dazu näher Schlüter, Das Obiter dictum (1973), S. 97 ff.

<sup>43</sup> Zur Kontrollfunktion der Begründung vgl. näher Schlüter (Fn. 42), S. 94 ff.; Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht (2005), S. 32 f.; SK-StPO-Wesflau, 35. Aufbau-Lfg. (Januar 2004), § 34 Rn. 1 f.

<sup>44</sup> Vgl. dazu zusf. Brink, Über die richterliche Entscheidungsbegründung (1999), S. 20 ff.

<sup>45</sup> Zutreffend Brüggemann, Die richterliche Begründungspflicht (1971), S. 45 ff, 63, 136.

<sup>46</sup> Dazu Kudlich/Christensen, Die Methodik des BGH in Strafsachen (2009), S. 88.

Auswirkungen sich für die revisionsgerichtliche Entscheidungsbegründung ergeben. Es gibt jedoch kaum entsprechende Vorarbeiten. Nur soviel: Die Entscheidungsbegründung hat die Aufgabe, die Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses im Sinne einer Übereinstimmung mit Gesetz und Recht dadurch nachzuweisen, dass sie einen rational nachvollziehbaren Begründungszusammenhang aufweist.<sup>47</sup> Die Argumentation muss so geschlossen sein, dass kein Zwischenglied der Gedankenkette fehlt, weil dann die unerlässliche intersubjektive Nachprüfbarkeit nicht mehr möglich ist. Wenn sich an einer Stelle eine argumentative Alternative zeigt, muss der Richter begründen, warum er sich für die eine und nicht für die andere Alternative entschieden hat. Denn zur Geschlossenheit der Argumentation gehört auch, dass die Begründungsarbeit endgültig ist, also keine Frage mehr offen bleibt.<sup>48</sup> Gegenargumente sind zu widerlegen oder in den eigenen Ableitungszusammenhang zu integrieren.<sup>49</sup> Solange noch mehrere Auslegungsantworten angeboten werden, kann jede Antwort richtig sein (man weiß das im Voraus nicht). Es ist daher erkenntnistheoretisch unzulässig, dass der Revisionsrichter unreflektiert im direkten Zugriff sich für *eine* Möglichkeit entscheidet, und alle anderen unbeschrieben weglässt. Vielmehr muss durch rationales Argumentieren dargelegt werden, *welche* die richtige ist. Damit wird auch deutlich, dass diese Struktur des revisionsgerichtlichen Begründens der Struktur des trichterlichen Begründens wesensmäßig gleicht.

Wie steht es nun mit der *normativen* Verankerung dieser allgemeinen rechtstheoretischen Bedingungen? Diskutiert wird, dass sich die Notwendigkeit einer vollständigen, lückenlosen, logisch rationalen Argumentation aus dem Grundgesetz ergeben könnte: Art. 20 III, 97 I GG.<sup>50</sup> Die Einbeziehung des Art. 97 I wirkt plausibel: Da der Richter an Recht und Gesetz gebunden ist, hat er in der Entscheidungsbegründung jeweils nachzuweisen, dass er sich mit seiner Entscheidung noch innerhalb der Gesetzesbindung bewegt. Mittels lückenloser Argumentation muss er die Legitimation, die ihm das Gesetz gibt auf seine Entscheidung übertragen können.<sup>51</sup> Ob dann, wenn der Revisionsrichter in seiner Entscheidungsbegründung ein Gegenargument nicht behandelt, bereits als Verstoß gegen Art. 97 I, 20 III GG gewertet werden könnte, soll hier nicht vertieft werden. Hier gibt es noch wissenschaftlichen Nachholbedarf.

Die frühere Auffassung, der vor allem noch das Reichsgericht gefolgt ist,<sup>52</sup> ist nach alledem eindeutig widerlegt. Das Revisionsgericht ist nicht berechtigt, sich ausschließlich auf die Gründe für seine eigene Auffassung zu be-

schränken und jegliche Gegenauffassung außen vor zu lassen.

Andernfalls könnte die Entscheidungsbegründung die oben behandelten weiteren wichtigen Funktionen der Begründung nicht erfüllen. Sie betreffen vor allem die vom BGH besonders wahrzunehmenden Aufgaben der Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung. Wenn etwa eine Entscheidung wegen einer Argumentationslücke später immer wieder in Frage gestellt werden kann,<sup>53</sup> so kann sie für spätere Verfahren keine solide Grundlage bilden.

Nach alledem ist das Revisionsgericht verpflichtet, in der Urteilsbegründung sich mit wesentlichen Argumenten und Gegenargumenten zu befassen. Das ergibt sich aus erkenntnistheoretischen Grundeinsichten. Auch wenn noch offen ist, inwieweit verfassungsrechtliche Verpflichtungen dahinter stehen: Es ist auf jeden Fall eine Frage der Prozesskultur, dass der BGH – vor allem im Strafverfahrensrecht – seine restriktive Begründungshaltung ändert.

## VI. Zusammenfassung und Folgerungen

Ich fasse zusammen: Die Frage der Begründungspflicht bei revisionsgerichtlichen Entscheidungen ist neu zu stellen. Die Notwendigkeit einer Begründung entfällt nicht etwa deswegen, weil gegen revisionsgerichtliche Entscheidungen kein ordentliches Rechtsmittel mehr möglich ist.<sup>54</sup> § 34 StPO ist antiquiert, genauso das Schweigen der StPO zum Inhalt von revisionsgerichtlichen Entscheidungen und die Formulierungen in der Geschäftsordnung des BGH. Wie die zitierten Äußerungen von 1954 zeigen, ist die Begründungsproblematik noch nicht in der Welt des demokratischen Rechtsstaates angekommen.

Dabei ist die rechtstheoretische Struktur des Begründungsvorganges inzwischen offengelegt. Aus ihr ergibt sich im Einzelfall die Notwendigkeit einer konkreten Begründung: Wenn es um das Verständnis einer Norm oder eines Verfahrensgrundsatzes geht, darf sich das Revisionsgericht nicht damit begnügen, *einer* Auffassung zu folgen und andere (gegenteilige) Argumente zu ignorieren. Es besteht eine Verpflichtung zur Argumentation: Nur diejenige Rechtsauffassung darf die „richtige“ Grundlage für die Rechtsanwendung bilden, die sich argumentativ gegen andere behauptet hat.

Eine solche Begründungsverpflichtung muss natürlich auch praktisch handhabbar bleiben. Angesichts der Vielzahl und Vielfalt von wissenschaftlichen Äußerungen ist es unmöglich zu verlangen, dass die Argumentation des Revisionsgerichts bis in alle Verästelungen hinein erfolgt. Es muss nach der Bedeutung der Argumente und der Bedeutung der Argumentationsträger gewichtet werden.<sup>55</sup> Dabei hat der Revisionsrichter einen Spielraum, genauso wie der Wissenschaftler im wissenschaftlichen

<sup>47</sup> Vgl. Schlüter (Fn. 42), S. 97; Brüggemann (Fn. 45), S. 161 ff.

<sup>48</sup> Vgl. näher Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens (2001), S. 348, 359.

<sup>49</sup> Vgl. Kudlich/Christensen, Methodik (Fn. 46), S. 86.

<sup>50</sup> Vgl. z.B. Brink (Fn. 44), S. 259 f.; Kudlich/Christensen, Methodik (Fn. 46), S. 5, 45 f.; Christensen/Kudlich, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis (2008), S. 177 ff, 182 ff.

<sup>51</sup> Dazu näher Christensen/Kudlich, Gesetzesbindung (50), S. 180 ff.

<sup>52</sup> Vgl. dazu auch Jescheck GA 1954, 322, 323, der darauf hinweist, dass das Reichsgericht selten mehr getan hat, als zur Begründung der eigenen Ansicht unbedingt notwendig war.

<sup>53</sup> Kudlich/Christensen, Methodik (Fn. 46), S. 86.

<sup>54</sup> Vgl. auch SK-StPO-Weßlau (Fn. 43) § 34 Rn. 2; SK-StPO-Wohlens 33. Aufbau-Lfg. (Sept. 2003), § 349 Rn. 8, 56.

<sup>55</sup> Dazu Schlüter (Fn. 42), S. 99.

Diskurs einen Spielraum hat, wenn er den einen Autor zitiert, den anderen nicht.

Sodann darf die Verpflichtung zur Argumentation nicht zu noch längeren Revisionsurteilen führen. Wie neuere Untersuchungen zeigen,<sup>56</sup> sind bei Revisionsurteilen generell noch Verschlanungs- und Konzentrationsmöglichkeiten vorhanden. Zu denken ist vor allem an den verschwenderischen Umgang mit obiter dicta.

Die Klage darüber, dass die Entscheidungen der Strafsenate immer länger geworden<sup>57</sup> sind, darf nicht verhindern, dass die notwendigen inhaltlichen Begründungserweiterungen vorgenommen werden. Ganz verheerend wirkt es sich aus, wenn nostalgisch an die guten alten Zeiten des Reichsgerichts erinnert wird<sup>58</sup>. Denn die da-

mals praktizierte Kürze war der Stil des Wilhelminischen Herrschaftsstaates.

Es wäre gefährlich, bei der alten revisionsgerichtlichen Praxis zu bleiben. Wenn die Entscheidungsbegründung keine Struktur mehr hat, dann besteht die Gefahr, dass das Revisionsgericht von vorn herein Einzelfallentscheidungen anstrebt,<sup>59</sup> die sich auch nachträglich einer strukturellen Einbindung entziehen. Unter den vorstehend ausgewerteten Entscheidungen sind einige, die nicht begründbar sind<sup>60</sup> – deswegen wohl auch keine Begründung haben. Sie haben keine demokratische Legitimität, sind also bloße „Machtsprüche“. Diese verleihen den Strafsenaten des BGH nicht die argumentative „Autorität“, die allein in der Lage wäre, die Autorität der Strafprozesswissenschaft in Frage zu stellen.

<sup>56</sup> Simon (Fn. 43), S. 31 ff.

<sup>57</sup> Simon (o.Fn. 43), S. 35 f.

<sup>58</sup> Wie etwa noch Weinkauff DRiZ 1954, 251, 252. Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts schreibt er (als 1. Präsident des BGH!): „Man spürt deutlich, wie sich seine Rechtsprechung im Laufe der Zeit immer stärker von der anfänglichen strengerer Bindung an das Wort des Gesetzes und von der formalen Herrschaft der Rechtsbegriffe löste und zu einer immer freieren, unbefangeneren und sicheren Betrachtung und Entscheidung des Einzelfalles fortschritt, die geleitet war von den herrschenden Wertvorstellungen des Gesetzes, von Treu und Glauben, von Billigkeit und Gerechtigkeit, von der schiedsrichterlichen Schlichtung der Interessenge-

gensätze, kurz von der sicheren Kunst des erfahrenen Richters. Man spürt deutlich, wie es dieser Rechtsprechung immer mehr gelang, in der Ausführung der Lücken und Generalklauseln der Gesetze ein klares, schmiegsames und wirkungsvolles richterliches Billigkeitsrecht zu schaffen, wie sie trotz ihrer engen Bindung an das qualifizierte Recht immer mehr vermochte, rechtsschöpferisch zu wirken“. Dahin wollen wir auf keinen Fall zurück!

<sup>59</sup> Die Tendenz zur „Einzelfallbeurteilung“ begrüßt jetzt auch Fischer (Fn. 1), S. 78 ausdrücklich.

<sup>60</sup> Dies gilt vor allem für BGHSt 46, 93.

# Zur Zulässigkeit einer heimlichen akustischen Überwachung von Ehegattengesprächen in der Untersuchungshaft

Zugleich Besprechung von BGHSt 53, 294 = HRRS 2009 Nr. 745

Von Prof. Dr. Klaus Rogall, Berlin

## I. Eine schwere Geburt: Das Urteil des 1. Strafsenats des BGH vom 29. April 2009

Als Ende April 2009 die Mitteilung Nr. 90/2009 der Pressestelle des Bundesgerichtshofs über das Urteil des 1. Strafsenats vom 29. April 2009 – 1 StR 701/08<sup>1</sup> erschien, nahm ich dies zum Anlass einer Erörterung des Falles in meiner Schwerpunktveranstaltung zum Strafprozessrecht. Allen Beteiligten – den Lernenden wie dem Lehrenden – war klar, dass mangels Kenntnis der Gründe nur eine vorläufige Einschätzung möglich war. Wir hielten es deshalb für denkbar, dass die Entscheidung Zustimmung, aber auch Ablehnung verdienen konnte. Die Sache war also zu vertagen, und wir behielten uns vor, nach Veröffentlichung des Urteils auf den Fall zurückzukommen. Unsere Geduld wurde indessen auf eine harte Probe gestellt. Es vergingen Monate – das Semesterende rückte schon näher – bis wir in Kenntnis der Entscheidungsgründe gelangten. Die Verzögerung überschritt unserem Eindruck nach das Maß des Üblichen und Verständlichen. Was also war geschehen?

Über die Ursachen kann man nur spekulieren. Sie sollen besser im Dunkeln gelassen werden. Was man aber mit Sicherheit sagen kann, ist, dass am Ende eines der am wenigsten überzeugenden Urteile des Bundesgerichtshofs herausgekommen ist, die ich je gelesen habe. Das ist nachfolgend im Einzelnen auszuführen.

## II. Zu den Gründen des Urteils und ihren Defiziten

Das Urteil des 1. Strafsenats beruht auf zwei Thesen: Erstens soll eine „Gesamtschau“ der Umstände der akustischen Gesprächsüberwachung eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 20 Abs. 3, 2 Abs. 1 GG) belegen. Diese Rechtsverletzung soll zweitens durch

ein Beweisverwertungsverbot zu kompensieren sein.<sup>2</sup> Während die erste These lang und umständlich und darüber hinaus nicht selten widersprüchlich begründet wird, beschränkt sich die für die zweite These gegebene Begründung auf den Satz, dass die Beweisgewinnung in erheblicher Weise in die Verfahrensrechte des Angeklagten eingegriffen habe und daher ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben müsse.<sup>3</sup>

### 1. Zur Anwendbarkeit der Kernbereichsregelungen und weiterer Bestimmungen aus §§ 100a, 100c StPO

Der Senat beginnt seine Prüfung mit der Frage, ob sich das gesuchte Beweisverwertungsverbot „unmittelbar aus § 100f StPO“ oder „aus einer entsprechenden Anwendung der Kernbereichsregelungen in § 100c und § 100a StPO“ herleiten lässt.<sup>4</sup> Das ist mindestens schief. § 100f StPO enthält nämlich kein Beweisverwertungsverbot. Denkbar ist allein, dass die Beweiserhebung unter Verstoß gegen § 100f StPO stattgefunden hat und die erzielten Beweisergebnisse deshalb einem (unselbständigen) Beweisverwertungsverbot unterliegen. Ob das der Fall ist, ergibt sich aber nicht aus § 100f StPO, sondern aus den Grundsätzen der Beweisverbotslehre.<sup>5</sup> Überhaupt scheint dem Senat das Verhältnis von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten nicht recht klar zu sein; mindestens lassen die Urteilsgründe das nicht immer erkennen.

Beweisverwertungsverbote sind allerdings in den §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100c Abs. 5 S. 3 StPO normiert. Danach dürfen „Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung“ bzw. Erkenntnisse über „Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind,“ nicht verwertet werden. Diese (für ein Strafverfahren prinzipiell gegenstandslosen und daher

<sup>1</sup> BGHSt 53, 294 = JZ 2009, 1175 m. Anm. *Engländer* = JR 2010, 38 m. Anm. *Zuck* JR 2010, 17 = NSTz 2009, 519 m. Aufsatz *Hauck* NSTz 2010, 17. Zum literarischen Echo näher unten III.

<sup>2</sup> BGHSt 53, 299 (Rn. 14).

<sup>3</sup> BGHSt 53, 310 (Rn. 51). Zu den Rechtsfolgen einer Verletzung des Fairness-Grundsatzes SK-StPO/Rogall, Bd. II (2010), Vor § 133 Rn. 105.

<sup>4</sup> BGHSt 53, 299 (Rn. 15).

<sup>5</sup> Vgl. dazu etwa *Rogall* JZ 2008, 818, 821 f.

unsinnigen)<sup>6</sup> Regelungen finden in § 100f StPO keine Entsprechung. Das Fehlen einer solchen Regelung ist im Schrifttum<sup>7</sup> freilich beanstandet worden, und daher ist es durchaus verständlich, dass der 1. Strafsenat eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen<sup>8</sup> immerhin in Erwägung zieht.<sup>9</sup> Wenn man das tut, so kommt man jedoch im vorliegenden Fall nicht daran vorbei, die Anwendbarkeit auch anderer Vorschriften aus dem Bereich der §§ 100a, 100c StPO zu diskutieren.

Dieser Aufgabe unterzieht sich der Senat dann auch, indem er prüft, ob die Zulässigkeit einer akustischen Gesprächsaufzeichnung i.S.d. § 100f Abs. 1 StPO von einer Kernbereichsprognose abhängig ist.<sup>10</sup> Es tritt aber nicht deutlich hervor, dass die insoweit einschlägigen Vorschriften zumindest ihrem Wortlaut nach von einander abweichen. Bei § 100a StPO ist die Maßnahme unzulässig, wenn anzunehmen ist, dass „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden (§ 100a Abs. 4 S. 1 StPO), während die Maßnahme bei § 100c StPO nur angeordnet werden darf, wenn anzunehmen ist, „dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden“ (§ 100c Abs. 5 S. 1 StPO). Im vorliegenden Fall eines Gesprächs zwischen Ehegatten über durchaus heikle Themen dürfte eine Kernbereichsprognose aller Voraussicht nach die Annahme einer „Mischäußerung“ nahelegen.<sup>11</sup> Das würde die Anordnung bei entsprechender Anwendung des § 100a Abs. 4 S. 1 StPO unbedenklich erscheinen lassen; ob das bei entsprechender Anwendung des § 100c Abs. 5 S. 1 StPO auch so wäre, könnte immerhin zweifelhaft sein.<sup>12</sup> Welche der genannten Vorschriften soll also – die Zulässigkeit ihrer entsprechenden Anwendung unterstellt – auf unseren Fall anwendbar sein?<sup>13</sup> Der Senat macht es sich daher zu leicht, wenn er – in der Begründung schwankend und unsicher – erklärt, die Kernbe-

reichsprognose könne im vorliegenden Fall nur negativ ausfallen, was sich ja am Ende auch bestätigt habe.<sup>14</sup>

Für Kernbereichs-Mystiker dürfte wahrscheinlich auch die Frage erwägenswert sein, ob eine Pflicht zur Unterbrechung der Maßnahme in entsprechender Anwendung des § 100c Abs. 5 S. 1 StPO in Betracht zu ziehen ist. Doch mag das dahinstehen, da der Fall zu einer Beantwortung dieser Frage keine Veranlassung gibt. Keine Erwähnung hat auch die weitere Frage gefunden, ob § 100c Abs. 6 S. 2, 3 StPO entsprechend anzuwenden sind.<sup>15</sup> Danach bedarf die Beweisverwertung im Falle von Maßnahmen, die in Angehörigenverhältnisse (§ 52 StPO) eingreifen, einer besonderen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die ihrerseits bei Beteiligungsverdacht wieder entfällt.<sup>16</sup> Allerdings besteht kein Zweifel daran, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Anordnung im vorliegenden Fall nur positiv ausgehen kann.<sup>17</sup> Dennoch wären Ausführungen zu dieser Frage sicher hilfreich gewesen.

Grundsätzlich ist zu bemerken, dass sich die gesetzliche Erforschungspflicht und das Erforschungsrecht der Strafverfolgungsorgane nur auf Umstände erstrecken, die für die Schuldfrage und die Bestimmung der Rechtsfolgen relevant sind.<sup>18</sup> Sie sind nicht zur Ermittlung anderer Umstände – seien diese nun dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zugehörig oder nicht – legitimiert. Das ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit aus den §§ 152 Abs. 2, 155 Abs. 1, 160 Abs. 1, 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO.<sup>19</sup> Strafrechtlich relevante Tatsachen können daher nicht schon wegen ihrer angeblichen Zugehörigkeit zum Kernbereich privater Lebensgestaltung der Erkenntnisgewinnung im Strafverfahren entzogen sein. Sie sind es von Rechts wegen auch nicht, weil sowohl das Gesetz<sup>20</sup> als auch das BVerfG<sup>21</sup> bei Straftatbezug in aller Regel eine Zuordnung zum Kernbereich ausschließen. Daraus ergibt sich:

Eine gesetzliche Befugnis zur Ermittlung von Kernbereichsdaten besteht nicht. § 100a Abs. 4 S. 1 StPO verlautbart eine pure Selbstverständlichkeit, die sich ohnehin aus dem Gesetz ergibt. Ermittlungshandlungen müssen ohne Ausnahme möglichst so durchgeführt werden, dass Kernbereichsdaten nicht anfallen. Wenn sich das aber nicht ausschließen lässt, stellt sich die Frage, ob eine Ermittlungshandlung, die im Hinblick auf strafatrelevante Erkenntnisse vielversprechend ist, allein wegen der Gefahr einer Kernbereichsberührung unterbleiben muss. Grundsätzlich ist das nicht sinnvoll und aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes auch nicht geboten, da

<sup>6</sup> Rogall FS Fezer (2008), S. 61, 78.

<sup>7</sup> Vgl. etwa Warnjtjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung (2007), S. 151 ff.; SK-StPO/Wolter, Loseblattausgabe, 61. Lfg. 2009, § 100f Rn. 2, 22, 30 ff., 39, für nicht erforderlich hält derartige Regelungen AnwK-StPO/Löffelmann, 2. Aufl. (2010), § 100f Rn. 1, 5 (verfassungsrechtliche Maßstäbe unmittelbar anwendbar).

<sup>8</sup> Als Beweisverwertungsverbote klar benannt werden sie in dem Urteil nicht. Die Ausführungen des Senats wirken auch hier relativ „freischwebend“.

<sup>9</sup> Zuck (JR 2010, 18) hält freilich den Weg einer Analogie mangels Vergleichbarkeit der Regelungsmaterie für nicht gangbar. Tatsächlich ergibt sich der Schutz des Kernbereichs in der StPO bereits aus der Beschränkung jeder strafprozessualen Exekutivmaßnahme auf den Ermittlungszweck, vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen im Text.

<sup>10</sup> BGHSt 53, 301 ff. (Rn. 22 ff., 26 ff.).

<sup>11</sup> Davon scheint auch der Senat auszugehen, s. BGHSt 53, 307 f. (Rn. 44).

<sup>12</sup> Zur Zulässigkeit einer Erfassung von Mischäußerungen bei der akustischen Wohnraumüberwachung vgl. Rogall, FS Fezer (2008), S. 80 ff., 82.

<sup>13</sup> M.E. bietet sich in diesem Fall allein eine entsprechende Anwendung des § 100a Abs. 4 S. 1 StPO an, so dass die Beweiserhebung unter Kernbereichsaspekten jedenfalls unbedenklich ist; ebenso Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl. 2009, § 100f Rn. 19 m.w.N.

<sup>14</sup> BGHSt 53, 302 ff. (Rn. 25 ff.); weiterführend SK-StPO/Wolter, Loseblattausgabe, 61. Lfg. (2009), § 100f Rn. 33 ff.

<sup>15</sup> Dass die Situation des Ehegattengesprächs vom Senat nicht gebührend berücksichtigt worden ist, bemängeln Zuck (JR 2010, 18, 20) und Hauck (NSStZ 2010, 18) mit Recht.

<sup>16</sup> Relatives Beweisverwertungsverbot, s. dazu BVerfG NJW 2010, 287 (Rn. 12) u. BVerfGE 109, 279, 328 f.

<sup>17</sup> Vgl. dazu schon BGHSt 44, 138, 142; s. auch AnwK-StPO/Löffelmann, 2. Aufl. 2010, § 100f Rn. 5.

<sup>18</sup> Rogall, FS Fezer (2008), S. 77, 80 f.

<sup>19</sup> Rogall, FS Fezer (2008), S. 80 f.; BVerfGE 113, 29, 52.

<sup>20</sup> Vgl. § 100c Abs. 4 S. 3 StPO.

<sup>21</sup> BVerfGE 109, 319.

die Organe der Strafverfolgung einer strafrechtlich sanktionierten Schweigepflicht unterliegen. Da Kernbereichsdaten per definitionem strafrechtlich irrelevant sein müssen, ist ihre Erörterung im Strafverfahren auch nicht zu besorgen.<sup>22</sup> Sollte ausnahmsweise etwas anderes gelten (z.B. Verlesung einer schriftlichen Aufzeichnung, die untrennbar auch Kernbereichsdaten enthält), kann mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit geholfen werden (§ 171b GVG). Vor diesem Hintergrund ist die vom Gesetzgeber in § 100c Abs. 4 S. 1 StPO getroffene Regelung als konstitutive Ausnahmenvorschrift anzusehen, die sich aus der besonderen Lage bei der akustischen Wohnraumüberwachung erklärt. Ihre analoge Anwendung auf andere Sachverhalte kommt nicht in Betracht. Die (unvermeidliche) Erfassung von Mischäußerungen ist daher grundsätzlich zulässig. Das gilt auch bei Maßnahmen nach § 100f StPO. Unterbleiben muss eine solche Maßnahme nur, wenn sie „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zutage fördern würde.

## 2. Anwendbarkeit des § 100f StPO

Der Senat hat immerhin Recht mit seiner Annahme, dass auf den vorliegenden Fall die Vorschrift des § 100f Abs. 1 StPO Anwendung findet.<sup>23</sup> Dazu hätte einleitend darauf hingewiesen werden sollen, dass die allgemeinen Eingriffsbefugnisse zum Zwecke der Strafverfolgung während der Untersuchungshaft unberührt bleiben, d.h. weiter gelten.<sup>24</sup> Weder war eine Totalüberwachung intendiert<sup>25</sup> noch stand eine Verletzung der Menschenwürde der Beteiligten in Rede.<sup>26</sup> Dass eine erkennbare Gesprächsüberwachung stattfinden müsse, verlangt der Senat zutreffend nicht. Seine Interpretation von BGHSt 44, 143 geht allerdings insofern fehl, als der 3. Strafsenat dort bei einer offenen Gesprächsüberwachung nur eine Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sicher ausschließen wollte.<sup>27</sup> Natürlich bleibt im Ergebnis richtig, dass § 100f StPO eine offene Gesprächsüberwachung nicht verlangt.

Zu den weiteren Subsumtionsschritten des Senats ist hier eine Äußerung nicht veranlasst.<sup>28</sup> Es sei nur darauf aufmerksam gemacht, dass die fehlende Befristung der Anordnung dem Senat mit Recht keine Veranlassung gibt, ein Beweisverwertungsverbot zu erwägen.<sup>29</sup> Der Fehler ist nämlich ohne jede Auswirkung geblieben, weil die gesetzliche Dreimonatsfrist bei der Maßnahme gar

nicht ausgeschöpft werden sollte und auch tatsächlich nicht ausgeschöpft worden ist.

Die Maßnahme findet somit in § 100f StPO ihre gesetzliche Stütze.

## 3. Die akustische Gesprächsüberwachung als unfaire Beweiserhebung?

Dessen ungeachtet betrachtet der Senat die durchgeführte akustische Gesprächsüberwachung als eine gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstoßende Beweiserhebung. Zu dieser Beurteilung meint er in einer „Gesamtchau der Umstände“ der Überwachung und „der besonderen Situation des Angeklagten in der Untersuchungshaft“ kommen zu müssen.<sup>30</sup> Am Beginn der Argumentationskette steht – wie könnte es auch anders sein – der *Allan-Fall* des EGMR,<sup>31</sup> der offenbar zu einem Trauma bei den deutschen Strafgerichten geführt und allein durch seine Existenz viel Unheil gestiftet hat.<sup>32</sup> Das *Allan-Urteil* ist aber entgegen einer weit verbreiteten Ansicht in der Literatur<sup>33</sup> gerade nicht dahingehend zu deuten, dass die Selbstbelastungsfreiheit als Täuschungsverbot und damit als ein Recht auf Wahrheit zu interpretieren ist.<sup>34</sup> Es reicht in der Sache über den deutschen Zellengenossen-Fall<sup>35</sup> nicht hinaus.<sup>36</sup> Der Senat sieht selbst, dass auf den Angeklagten kein Gesprächspartner als Spitzel angesetzt worden ist und nur das abgeschöpft wurde, was der Angeklagte von sich aus preisgegeben hat. Das *Allan-Urteil* ist daher nicht einschlägig, was dem Senat offenbar auch mehr oder weniger bewusst geworden zu sein scheint, weil er in seinen weiteren Ausführungen darauf nicht mehr zurückkommt. Die Erwähnung des *Allan-Urteils* wäre also besser unterblieben.

Die weitere wortreiche und gewundene Argumentation des Senats beruht auf der Annahme, dass in concreto eine „besondere Fallgestaltung“ vorgelegen habe, bei der mehrere unverzichtbare rechtsstaatliche Grundsätze „tangiert“ worden seien und – man höre und staune – das „nicht nur am Rande“.<sup>37</sup> Zwar seien die einzelnen Grundsätze für sich betrachtet noch nicht in einem Ausmaß verletzt worden, das die Rechtsfolge „Verwertungsverbot“ zu tragen vermöchte, doch könne eine angemessene Bewertung nur durch „Berücksichtigung aller Umstände der Gesprächsüberwachung“ gefunden werden.<sup>38</sup>

<sup>22</sup> Es bedarf demnach auch keines „Verwertungsverbotes“, denn es gibt nichts zu verwerten.

<sup>23</sup> Vgl. dazu schon BGHSt 44, 139 ff. m. Anm. Roxin NStZ 1999, 150; krit. Duttge JZ 1999, 261 ff. Zur Problematik des mangelnden Schutzes des Gefangenen durch Art. 13 GG vgl. Bernsmann, FS Schwind (2006), 515 ff.

<sup>24</sup> Vgl. dazu BGHSt 44, 143 m.w.N.

<sup>25</sup> BGHSt 44, 143 m.w.N.

<sup>26</sup> Zu einer etwaigen Unterbrechung der Maßnahme verhielt sich die Anordnung des Ermittlungsrichters aber wohl nicht.

<sup>27</sup> Der Senat lehnt sich insoweit an die Ausführungen H. Schneiders (NStZ 2001, 8 [14]) an, die aber die Argumentation des 3. Strafsenats in BGHSt 44, 143 leider auch nicht richtig wiedergeben.

<sup>28</sup> Vgl. dazu aber Zuck JR 2010, 18 f.; Hauck NStZ 2010, 18.

<sup>29</sup> BGHSt 53, 300 (Rn. 20).

<sup>30</sup> BGHSt 53, 304 (Rn. 33).

<sup>31</sup> StV 2003, 257 ff.

<sup>32</sup> Zum *Allan-Kurs* des BGH vgl. die Nachweise bei SK-StPO/Rogall, Bd. II (2010), § 136a Rn. 27.

<sup>33</sup> Vgl. statt aller Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts (2007), S. 65 ff., 110 ff., 112 ff. m.w.N.; Roxin, NStZ-SH Miebach (2009), S. 41, 44.

<sup>34</sup> Vgl. dazu SK-StPO/Rogall, Bd. II (2010), Vor § 133 Rn. 131; Rogall NStZ 2008, 110 (112).

<sup>35</sup> BGHSt 34, 362 ff. S. dazu auch SK-StPO/Rogall, Bd. II (2010), § 136a Rn. 26.

<sup>36</sup> Der EGMR hat inzwischen selbst klargestellt, dass im Falle *Allan* nicht Täuschung, sondern Zwang oder Druck eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit herbeigeführt haben, vgl. dazu EGMR NJW 2010, 213 (216 Nr. 100 ff.) = HRRS 2009 Nr. 360 – Bykov ./.. Russland.

<sup>37</sup> BGHSt 53, 306 (Rn. 39).

<sup>38</sup> BGHSt 53, 306 (Rn. 39).

Die spannende Frage besteht nun darin, welche Grundsätze denn nun im Einzelfall verletzt sein sollen, wenn es zutrifft, dass durch die Überwachung nur Inhalte „abgeschöpft“ wurden, die der Angeklagte aus freien Stücken gegenüber seiner Ehefrau äußerte, so dass von einem Zwang zur Selbstbelastung keine Rede sein kann.<sup>39</sup> Eine nähere Analyse ergibt, dass für den Senat offenbar die gezielte Ausnutzung der besonderen Situation des Untersuchungshaftvollzuges zur Erlangung einer prozesswertbaren Selbstbelastung des Angeklagten der ausschlaggebende Faktor war.<sup>40</sup> Er verneint das Vorliegen einer zulässigen kriminalistischen „List“ und geht von einer gezielten Irreführung des Angeklagten aus, die in der Vermittlung des Eindrucks einer „Sonderbehandlung“ (durch Zuweisung eines separaten Raums, Absehen von einer Echtzeit-Überwachung durch Vollzugsorgane) bestanden habe.<sup>41</sup> Das mag ja alles sein, doch es wäre nachzuweisen, dass das Gesetz dem entgegensteht. Der Senat erklärt das Ganze vor dem Hintergrund der Selbstbelastungsfreiheit für „bedenklich“.<sup>42</sup> Aber „bedenklich“ ist nicht „unzulässig“, und wenn es richtig ist, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz kein Täuschungsverbot enthält,<sup>43</sup> gehen die Ausführungen ins Leere.

Man könnte allerdings an eine analoge Anwendung des § 136a StPO (hier: § 136a Abs. 3 S. 2 StPO) denken.<sup>44</sup> Der Senat ist jedoch der Meinung, dass die Maßnahme noch nicht die Qualität einer Täuschung oder eines unzulässigen Zwangs i.S.d. § 136a StPO erreicht habe.<sup>45</sup> Beurteilungsmaßstäbe werden hierfür freilich nicht genannt. Daher bleibt unklar, wie es zugehen soll, dass die Beweisgewinnung trotz dieses Befundes „in erheblicher Weise“ in die Verfahrensrechte des Angeklagten eingegriffen habe.<sup>46</sup>

Der Senat sieht wohl, dass seine Argumentation zu dem Schluss verleiten könnte, eine akustische Gesprächsüberwachung dürfe in der Untersuchungshaft nicht mehr stattfinden. Um dem vorzubeugen, stellt er klar, dass Überwachungsmaßnahmen nach § 100f StPO auch im Vollzug der Untersuchungshaft grundsätzlich zulässig und ggf. sogar geboten (!) sein können. Bei Maßnahmen nach § 100f StPO gegen Untersuchungshäftlinge, „die letztlich darauf gerichtet sind, den Beschuldigten als »Beweismittel gegen sich selbst« zu verwenden“,<sup>47</sup> soll (nur) auf die „besonderen Umstände der Haft“ Bedacht zu nehmen sein.<sup>48</sup> Der Beschuldigte müsse positiv wissen oder – etwa durch entsprechende Hinweise – wissen können, dass Besuchskontakte generell oder im konkreten Fall überwacht und aufgezeichnet werden.<sup>49</sup>

<sup>39</sup> BGHSt 53, 306, 307 f. (Rn. 40, 44).

<sup>40</sup> BGHSt 53, 309 (Rn. 49).

<sup>41</sup> BGHSt 53, 308 f. (Rn. 47, 50).

<sup>42</sup> BGHSt 53, 309 (Rn. 49).

<sup>43</sup> Vgl. dazu SK-StPO/Rogall, Bd. II (2010), Vor § 133 Rn. 141 m.w.N.

<sup>44</sup> Tatsächlich ist eine solche Analogie abzulehnen. Es erscheint zutreffend, Täuschungen außerhalb von Vernehmungen am Fairness-Prinzip zu messen. Der Ansatz des Senats ist daher richtig, sein Ergebnis nicht.

<sup>45</sup> BGHSt 53, 310 (Rn. 51).

<sup>46</sup> BGHSt 53, 310 (Rn. 51).

<sup>47</sup> BGHSt 53, 310 (Rn. 54).

<sup>48</sup> BGHSt 53, 310 (Rn. 54).

<sup>49</sup> BGHSt 53, 310 f. (Rn. 55).

Diese Forderung kann man nur als abwegig bezeichnen. Hätte der Senat Recht, dürfte eine akustische Gesprächsüberwachung nur noch in regulären Besuchsräumen erfolgen, und es dürften keine Abweichungen von der regelmäßigen Gesprächsüberwachung – soweit es eine solche gibt – mehr stattfinden. Die vom Senat aufgestellte Maßgabe widerspricht auch dem Charakter des § 100f StPO als heimliche, nicht-imperative Maßnahme. Bei derartigen Maßnahmen spielt es keine Rolle, was sich der Beschuldigte denkt oder denken sollte. Würde man eine Erkennbarkeit der Überwachung fordern und ggf., wenn die Erkennbarkeit nicht gewiss ist, durch plakative Hinweise („Achtung: Sie müssen damit rechnen, in dieser Justizvollzugsanstalt akustisch überwacht zu werden.“) sicherstellen, müsste man im Ergebnis auf jede Überwachung verzichten. Dass dies vom Gesetz und/oder der Verfassung gefordert sein soll, ist geradezu absurd.

Lässt das Gesetz eine heimliche Überwachung zu, so muss jeder, bei dem die Voraussetzungen einer solchen Überwachung vorliegen, mit ihr rechnen. Ein Beschuldigter hat, wenn er sich nicht in den eigenen vier Wänden, sondern in der Untersuchungshaft befindet, sowieso allen Anlass, eine Überwachung nicht vollkommen auszuschließen. Wegen der eine heimliche Gesprächsüberwachung legitimierenden Rechtslage kann dem von den Vollzugsorganen getroffenen Arrangement auch kein verbindlicher Erklärungswert dahingehend zukommen, es werde keine Überwachung stattfinden.

Die Schaffung von Äußerungsmotiven durch Erweckung des Anscheins besonderer Unbedarftheit auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden (Entgehenlassen einer Aufzeichnungsmöglichkeit) ist nicht unfair.<sup>50</sup> Dadurch kann – wiederum mit Blick auf die Rechtslage – kein normativ schützenswertes Vertrauen entstehen.<sup>51</sup> Im Gegenteil: Für einen auf Selbstschutz Bedacht nehmenden Beschuldigten sollte das eher ein Grund zu Misstrauen und besonderer Vorsicht darstellen. Es ist denkbar, dass die Dinge in speziellen Fallkonstellationen anders liegen können (z.B. Zuweisung einer „Liebeszelle“, Stichwort: Remscheid), aber das ist hier nicht einschlägig und bedarf von daher keiner Erörterung.

Der Senat hätte gut daran getan, sich mit früheren Ausführungen des 2. Strafsenats des BGH<sup>52</sup> über die Schutzwürdigkeit von Vertrauen auf das Unterbleiben einer Überwachung auseinanderzusetzen. Man muss ja dem 2. Strafsenat nicht folgen. Aber es wäre doch klar geworden, dass die eigene Position intensiver als geschehen hätte begründet werden müssen.

Der Entscheidung des 1. Strafsenats ist daher nicht zu folgen. Von einem Verstoß gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens kann vorliegend keine Rede sein.

<sup>50</sup> Vgl. H. Schneider NStZ 2001, 14.

<sup>51</sup> Vgl. BGHSt 39, 349 u. H. Schneider NStZ 2001, 14, der allerdings den faktischen Hoffnungen eines Beschuldigten, unüberwacht sprechen zu können, bei gezielter Herbeiführung durch den Staat im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung größeres Gewicht beimessen will. Aber müsste das hier zur Unzulässigkeit der Überwachung führen?

<sup>52</sup> BGHSt 39, 335 (349); s. dazu auch SK-StPO/Rogall, Bd. II (2010), § 136a Rn. 61, 69.

### III. Die Aufnahme des Urteils in der Literatur

In den bisherigen Stellungnahmen zum Urteil des 1. Strafsenats überwiegt die Zustimmung zum Ergebnis der Entscheidung,<sup>53</sup> wenn auch deutliche Kritik an der vom Senat für richtig gehaltenen Begründung geübt wird. Nur einer Äußerung lässt sich eine (eher verhaltene) Ablehnung entnehmen.

#### 1. Engländer

*Engländer*<sup>54</sup> stimmt dem Urteil zu, hält es aber in der Begründung für nur teilweise überzeugend. Mit Recht weist er darauf hin, dass im Urteil des BGH unklar bleibt, worin der Verstoß gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens eigentlich bestehen soll und welche Prinzipien „mehr als am Rande“ tangiert worden sein sollen.<sup>55</sup> Dieselbe Unklarheit bescheinigt er den Ausführungen zur Selbstbelastungsfreiheit, bei der der Senat ja eine Festlegung vermieden hat.<sup>56</sup> *Engländer*<sup>57</sup> nimmt – insoweit irrig –<sup>58</sup> an, dass der Nemo tenetur-Grundsatz auch vor täuschungsbedingter Selbstbelastung schützt.<sup>59</sup> Dieser Schutz soll aber nicht absolut sein; insbesondere gebe es keinen Schutz vor täuschungsbedingten Fehlvorstellungen über die Vertraulichkeit von Äußerungen. Daran ändere auch die Haftsituation mit den dadurch ggf. begründeten Kommunikationsbedürfnissen nichts.<sup>60</sup> Der Beschuldigte sei keinesfalls genötigt, über die Tat und seine Tatbeteiligung zu sprechen. Tue er das doch, falle diese Unvorsichtigkeit in seinen eigenen Verantwortungsbereich.<sup>61</sup>

Angesichts dessen überrascht es nun doch, dass *Engländer*<sup>62</sup> die Ansicht vertritt, dass die Strafverfolgungsorgane vorliegend gegen das dem Fairnessprinzip zuzuordnende Verbot des *venire contra factum proprium* verstoßen hätten. Ihr Vorgehen habe einen Vertrauenstatbestand geschaffen, an dem sie sich festhalten lassen müssten. Bei Enttäuschung des Vertrauens sei – ohne dass *Engländer* dies näher begründet – ein Verwertungsverbot anzunehmen.<sup>63</sup> Damit unterstellt *Engländer*, dass der Angeklagte berechtigterweise auf eine Nichtüberwachung habe vertrauen dürfen.

Richtig ist das natürlich nicht. Denn schon rein tatsächlich lässt sich bestreiten, dass in dem Angeklagten ein Vertrauen dahingehend erzeugt wurde, es werde keine

Überwachung stattfinden.<sup>64</sup> Selbst wenn es aber anders sein sollte, wäre ein solches Vertrauen jedenfalls normativ nicht schutzwürdig. Dass eine heimliche Überwachungsmaßnahme, die das Gesetz in ihrer Heimlichkeit für zulässig erklärt, nur durchgeführt werden darf, wenn die Zielperson (außer ihr: wer noch?) weiß oder wissen kann,<sup>65</sup> dass sie ggf. überwacht wird, ist, wie schon mehrfach betont wurde, geradezu abwegig.<sup>66</sup>

#### 2. Zuck

*Zuck*<sup>67</sup> hält das vom 1. Strafsenat gefundene Ergebnis für zutreffend, auch wenn es nicht auf eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren gestützt werden könne. Dem Senat wirft er eine unklare Vermengung von einfachem Recht und Verfassungsrecht vor. Sachlich gehe es um eine verfassungskonforme Auslegung des § 100f StPO.<sup>68</sup> Prüfungsmaßstab sei aber nicht der Grundsatz des fairen Verfahrens, sondern der Nemo tenetur-Grundsatz.<sup>69</sup> In die verfassungsrechtliche Würdigung einzubeziehen seien dabei auch die Belange der Ehefrau bzw. der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG).<sup>70</sup>

*Zuck* verneint nachfolgend eine täuschungsbedingte Selbstbelastung des Angeklagten.<sup>71</sup> Dieser habe auf ein unüberwachtes Gespräch schon deshalb nicht vertrauen können, weil er die – übrigens nicht einheitliche – Praxis der Gesprächsüberwachung nicht gekannt habe.<sup>72</sup> Insofern fehle es an einem entsprechenden Vorstellungsbild. Ein allfälliges Vertrauen sei jedenfalls nicht schutzwürdig.<sup>73</sup> *Zuck* nimmt jedoch an, dass sich der Angeklagte in einer inneren Zwangslage, die ihn zu seinen Äußerungen veranlasst hätten, befunden habe. Im Ausnutzen der „erkennbaren inneren Zwangslage“ der Beteiligten<sup>74</sup> durch die Strafverfolgungsorgane liege die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit, wobei sich *Zuck* u.a. durch das *Allan*-Urteil des EGMR bestätigt sieht.<sup>75</sup>

Diesen Darlegungen ist zu widersprechen. Es geht nicht um eine verfassungskonforme Auslegung des § 100f StPO, sondern darum, ob die der Gesprächsüberwachung *vorausgehenden* und sie vorbereitenden Maßnahmen (Zuweisung eines besonderen Raumes, Absehen von einer offenen Überwachung) von Rechts wegen bedenklich sind. Die Gesprächsüberwachung als solche ist – wie bereits ausgeführt – rechtmäßig angeordnet worden.

Die genannten „Vorbereitungsmaßnahmen“ lassen sich am Maßstab des § 136a StPO, an der Selbstbelastungsfreiheit und schließlich am Fairness-Prinzip messen. Was § 136a StPO anbelangt, sieht der 1. Strafsenat die Quali-

<sup>53</sup> Die Entscheidung vorsichtig referierend AnwK-StPO/Löffelmann, 2. Aufl. (2010), § 100f Rn. 10.

<sup>54</sup> JZ 2009, 1179 f.

<sup>55</sup> JZ 2009, 1179.

<sup>56</sup> JZ 2009, 1179.

<sup>57</sup> JZ 2009, 1180.

<sup>58</sup> Vgl. dazu näher Rogall NStZ 2008, 112; SK-StPO/Rogall, Bd. II (2010), Vor § 133 Rn. 131 f., 139 m.w.N.

<sup>59</sup> Der Autor erweckt dabei den Eindruck, als habe BGHSt 52, 11 so entschieden. Das trifft aber nicht zu. Vielmehr wird die Entscheidung dieser Frage vom BGH gerade offen gelassen, vgl. BGHSt 52, 18 (Rn. 25).

<sup>60</sup> JZ 2009, 1180.

<sup>61</sup> JZ 2009, 1180.

<sup>62</sup> JZ 2009, 1180.

<sup>63</sup> JZ 2009, 1180.

<sup>64</sup> Dazu sogleich unter 2.

<sup>65</sup> So bekanntlich BGHSt 53, 310 f. (Rn. 55).

<sup>66</sup> *Engländer* stimmt dem ausgerechnet noch zu, vgl. JZ 2009, 1180.

<sup>67</sup> JR 2010, 17 ff.

<sup>68</sup> *Zuck* JR 2010, 20.

<sup>69</sup> *Zuck* JR 2010, 19.

<sup>70</sup> JR 2010, 20.

<sup>71</sup> *Zuck* JR 2010, 20 f.

<sup>72</sup> *Zuck* JR 2010, 220 f.

<sup>73</sup> *Zuck* JR 2010, 21.

<sup>74</sup> Die „Zwangslage“ soll also auch für die Ehefrau des Angeklagten gelten.

<sup>75</sup> JR 2010, 21.

tät einer Täuschung noch nicht als erreicht an.<sup>76</sup> Es müsste abgesehen davon auch bezweifelt werden, dass es sich hier um eine „vernehmungähnliche Situation“ handelt,<sup>77</sup> was jedenfalls Voraussetzung für eine analoge Anwendung der Vorschrift wäre.<sup>78</sup> Bei der Selbstbelastungsfreiheit hat der Senat bekanntlich nur „Bedenken“; von daher ist der Prüfungsmaßstab der Verfahrensfairness der einzige, der noch übrigbleibt. Das alles ist nicht unklar, sondern stimmig.

Zuck versucht nun, die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit mit einem Zwangsargument zu begründen. Die Betroffenen seien nach Lage der Dinge zum Sprechen geradezu gezwungen gewesen.<sup>79</sup> Diese Argumentation, die sich nicht auf dem neuesten Stand der EGMR-Rechtsprechung befindet, geht jedoch fehl. Von einer Zwangslage wie im Falle *Allan* kann gar keine Rede sein. Die Strafverfolgungsorgane haben keinen Druck ausgeübt und auch keine Motive zur Äußerung geschaffen. Motive dieser Art konnte und mochte der Angeklagte von sich aus haben; inwieweit er ihnen nachgab, war seine Sache. Deshalb war ein Erfolg der angeordneten Gesprächsüberwachung keineswegs sicher.

Eine Änderung dieser Einschätzung ist auch nicht durch Einbeziehung der Ehefrau des Angeklagten in die Überwachungsmaßnahme veranlasst. Die Ehefrau ist als nicht tatverdächtige Gesprächspartnerin des Angeklagten „Dritte“ i.S.d. § 100f Abs. 3 StPO.<sup>80</sup> Einer Erwähnung dieses Umstandes in der Anordnung bedurfte es nicht.<sup>81</sup>

Zuck<sup>82</sup> nimmt im Übrigen an, dass die Ehefrau hier als Ermittlungshelfer instrumentalisiert worden und ihr Zeugnisverweigerungsrecht unterlaufen worden sei. Daran könne der Straftatbezug der Äußerungen nichts ändern.<sup>83</sup> Aber auch das ist nicht richtig. Denn Ehegattengespräche sind als solche keineswegs tabu, wie die gesetzliche Regelung in § 100c Abs. 4 und Abs. 6 S. 2 StPO deutlich erkennen lässt. Verfassungsrechtlich ist das offenbar unbedenklich.<sup>84</sup> Dass hier der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist, nimmt Zuck selbst nicht an.

<sup>76</sup> BGHSt 53, 310 (Rn. 51).

<sup>77</sup> Dazu sogleich unten IV.

<sup>78</sup> Vgl. dazu SK-StPO/Rogall, Bd. II (2010), § 136a Rn. 24 ff., 28, 31.

<sup>79</sup> Zuck JR 2010, 21.

<sup>80</sup> S. dazu Hilger NStZ 1992, 457 (463); Meyer-Götsner, StPO, 52. Aufl. (2009), § 100f Rn. 13; HK/Gercke, 4. Aufl. (2009), § 100f Rn. 7.

<sup>81</sup> § 100f Abs. 3 StPO stellt nur klar, dass die Maßnahme durch die unvermeidbare Erfassung von Äußerungen Dritter nicht unzulässig wird. Dass und welche Dritte erfasst werden, lässt sich zu Beginn der Maßnahme häufig gar nicht feststellen. Das war hier anders, führt aber nicht dazu, dass die Ehefrau zur Verbindungsperson i.S.d. § 100f Abs. 2 S. 2 StPO wird.

<sup>82</sup> JR 2010, 18 Fn. 9.

<sup>83</sup> Zuck JR 2010, 20.

<sup>84</sup> Vgl. dazu unten IV.

### 3. Hauck

Hauck<sup>85</sup> kritisiert an der Entscheidung des BGH vor allem, dass der 1. Strafsenat bei der Prüfung des Fairness-Grundsatzes nur auf die grundgesetzliche Verbürgung, nicht aber auf die Maßstäbe der EMRK in der Auslegung durch den EGMR abgestellt habe. Während das BVerfG in Fairness-Fällen auch die Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege als Korrektiv berücksichtigt,<sup>86</sup> tut dies der EGMR nicht. Für ihn kommt es entscheidend darauf an, ob das Verfahren als Ganzes fair war.<sup>87</sup> Hauck legt zutreffend dar, dass bei Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze des EGMR, die von deutschen Gerichten zu beachten sind,<sup>88</sup> von einem unfairen Verfahren in concreto gar keine Rede sein kann.<sup>89</sup> In Bezug auf die damit in den Mittelpunkt des Interesses tretende Selbstbelastungsfreiheit stellt Hauck<sup>90</sup> ebenso zutreffend fest, dass der EGMR den Bereich der irrtumsbedingten Selbstbelastung im Fall *Bykov* ./.. Russland wieder eingeschränkt habe. Im Übrigen seien die Grenzen eines mit *Nemo tenetur* zu assoziierenden Täuschungsverbotes<sup>91</sup> nicht überschritten:<sup>92</sup> Die staatlichen Organe hätten keinen Einfluss auf die Gesprächsführung der Eheleute genommen. Der Angeklagte habe mit einer Überwachung rechnen müssen; ein funktionaler Vernehmungsersatz liege nicht vor. Für Hauck<sup>93</sup> ist die Unfairness-These des 1. Strafsenats daher „nicht zwingend“.

Nun ist der BGH sicher nicht gehindert, einen ggf. strengeren innerstaatlichen Fairness-Maßstab anzulegen.<sup>94</sup> Insoweit kommt es also doch auf die grundgesetzlichen Maßstäbe an. Nur ist eben zu bestreiten, dass diese Maßstäbe das Verdikt mangelnder Fairness tragen. Dies hätte dem Senat ins Bewusstsein treten können, wenn er den Fall unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung erwogen hätte. *Allan* ist hier deutlich zu wenig und – was der Senat nicht gesehen hat – nicht der letzte Stand der Dinge.

### IV. Reaktionen in der Kammerrechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG<sup>95</sup> hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Gespräch des Bruders des Angeklagten mit dessen (des Angeklagten) Mittäter in einem anderen Ermittlungsverfahren nach § 100f StPO akustisch überwacht und aufgezeichnet worden war. Das Gespräch hatte in einem PKW stattgefunden und lieferte Erkenntnisse gegen den Angeklagten, die im Urteil gegen ihn berück-

<sup>85</sup> NStZ 2010, 17 ff.

<sup>86</sup> Vgl. dazu etwa BVerfG NJW 2009, 1469; BVerfG NJW 2010, 287.

<sup>87</sup> Vgl. dazu EGMR NJW 2010, 215 Nr. 89 ff. m.w.N.

<sup>88</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307 (324 ff.); BGHSt 52, 11 (19).

<sup>89</sup> NStZ 2010, 20 f.

<sup>90</sup> NStZ 2010, 21 f.

<sup>91</sup> Hauck nimmt das leider zu Unrecht an, steuert allerdings gegen, indem er versucht, das Täuschungsverbot zu begrenzen (s. NStZ 2010, 22).

<sup>92</sup> NStZ 2010, 22.

<sup>93</sup> NStZ 2010, 22.

<sup>94</sup> Das ergibt sich schon aus Art. 53 EMRK.

<sup>95</sup> 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 15.10.2009 – 2 BvR 2438/08, NJW 2010, 287 f.

sichtigt worden sind. Die Kammer hat die Verfassungsbeschwerde des verurteilten Angeklagten nicht zur Entscheidung angenommen.

Am Anfang ihres Beschlusses führt die Kammer Folgendes aus:<sup>96</sup> „Fairnessgesichtspunkte sprechen zudem dafür, dem Staat auch eine bewusste Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts durch eine gezielte Ausforschung zeugnisverweigerungsberechtigter Personen außerhalb von Vernehmungssituationen, etwa durch Vertrauenspersonen, zu verwehren (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2000, 3557 = NStZ 2000, 489 [490]; BGH, NJW 2009, 2463 = NStZ 2009, 519).<sup>97</sup> Die vorliegend interessierenden Äußerungen des Bruders des Bf. wurden jedoch weder in einer Vernehmungssituation noch unter Umgehung einer solchen Situation getätigt. Es handelt sich vielmehr um Zufallsergebnisse einer in anderer Sache angeordneten akustischen Überwachung.“

Man könnte fragen, ob das Urteil des 1. Strafsenats mit diesem Zitat höhere verfassungsgerichtliche Weihen erhalten hat. Ich möchte das nicht annehmen, sondern gehe davon aus, dass das Zitat ziemlich unreflektiert Eingang in den Beschluss der Kammer gefunden hat.

Die Kammer zieht für ihre Aussage mit Recht den *Sedlmayr*-Beschluss<sup>98</sup> heran; nicht richtig ist jedoch die Anführung des hier erörterten Urteils des 1. Strafsenats.

<sup>96</sup> NJW 2010, 287 (Rn. 10).

<sup>97</sup> Das ist das hier erörterte Urteil BGHSt 53, 293 ff.

<sup>98</sup> BVerfG NStZ 2000, 489 m. Anm. Rogall.

Denn in unserem Fall ging es keineswegs um eine Ausforschung der Ehefrau des Angeklagten unter gezielter Umgehung ihres Zeugnisverweigerungsrechts. Interessant war allein das, was der Angeklagte sagen würde. Es sollte keine Aussage der Ehefrau gegen den Angeklagten herbeigeführt oder substituiert werden. Von der Inanspruchnahme einer Vertrauensperson kann erst recht keine Rede sein. Es erscheint daher nicht angängig, aus dem Beschluss der Kammer irgendwelche Folgerungen für die künftige Rechtsprechung zu ziehen. Immerhin geht aus der Entscheidung der Kammer hervor, dass ein absoluter Schutz von Gesprächen eines Angehörigen mit Dritten nicht besteht und dass auch Gespräche zwischen Angehörigen keineswegs eines absoluten Schutzes vor Ausforschung bedürfen.<sup>99</sup>

## V. Schlussbemerkung

Das Urteil des 1. Strafsenats darf keine Schule machen. Es muss in seinen Aussagen so schnell wie möglich revidiert werden. Wichtig ist, dass der BGH das *Allan-Gespenst* endgültig verscheucht und wieder Mut zu klaren Aussagen fasst. Mit Recht wird ihm gerade auch mit Rücksicht auf das vorliegende Urteil vorgehalten, dass er es an solchen Aussagen hat fehlen lassen. Auch das BVerfG sollte bei der Auswahl seiner Zitate etwas vorsichtiger verfahren. Sonst sind leicht Geister in die Welt gesetzt, die sich später nicht mehr einfangen lassen.

<sup>99</sup> BVerfG NJW 2010, 287 (Rn. 11 f. – wird dort näher ausgeführt).

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Schrifttum

**Jörg Antoine. Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, Duncker & Humblot, zgl. Univ.-Diss. Humboldt-Universität 2002, 479 Seiten, 89,80 €, Berlin 2004.**

Wie viel Sterbehilfe darf, und wie viel Sterbehilfe muss, der Staat zulassen, wenn er seinem vom Grundgesetz gezogenen Handlungsrahmen gerecht werden will? Der Beantwortung dieser Frage widmet sich *Jörg Antoine* von *Hasso Hofmann* betreute Dissertation. Der *Verfasser* geht von einem weiten Begriff von Sterbehilfe aus, dem – auf der aktiven Seite – nicht nur die Tötung auf Verlangen und die Beihilfe zum Selbstmord, sondern auch bestimmte Formen von Mitleidstötungen (namentlich die Tötung schwerstbehinderter Säuglinge, die so genannte Früheuthanasie) und die indirekte Sterbehilfe (womit die Lebensverkürzung als unvermeidliche Begleiterscheinung effektiver Schmerzlinderung gemeint ist) unterfallen. Die Abgrenzung der aktiven von der passiven Sterbehilfe soll dabei primär unter Ausrichtung „am Integritätsschutz des Patienten und nicht allein am phänotypischen Verhalten des Täters“ (S. 44) erfolgen, was den *Verfasser* zwar zu sachgerechten Ergebnissen führt, aber vom Begründungsansatz her zirkulär ist, denn als passiv soll nach der vorgeschlagenen Unterscheidung anhand des Integritätsschutzes des Patienten dasjenige lebensverkürzende Verhalten gelten, dessen Nichtvornahme das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht des Patienten verletzen würde: eben jenes Recht, dessen Reichweite mit der Arbeit erst genau bestimmt werden soll. Mit der Einführung der Begriffe verbindet der *Verfasser* einen Überblick über die strafrechtliche Behandlung der verschiedenen Formen der Sterbehilfe. Wichtig für die weitere Untersuchung ist hier insbesondere die Einordnung der indirekten Sterbehilfe als (strafrechtlich gesprochen) zumindest bedingt vorsätzliche, aber nach Notstands Gesichtspunkten gerechtfertigte Tötung.

Die „verfassungsrechtliche Grundlegung des Themas“ beginnt mit einem längeren Traktat über die Menschenwürde. Hier wird viel aus der Ideengeschichte und der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Bekanntes referiert, um schließlich einer diskursethischen Verankerung der Menschenwürde den Vorzug zu geben. Letztere begründet die Menschenwürde mit dem angeblich in „jeder[r] sinnvollen Rede [enthaltenen] notwendigen Bezug auf alle möglichen anderen“ (S. 123). Diese Ableitung der Menschenwürde aus der notwendigen wechselseitigen Anerkennung aktueller sowie potenzieller Kommunikationspartner ist zwar attraktiv und könnte auch dem Demokratieprinzip als Grundlegung dienen. Aber eine überzeugende philosophische Basis für die Zu-

schreibung von Menschenwürde an permanent diskursunfähige Menschen kann *Antoine* auf dieser Grundlage ebenso wenig entwickeln wie die von ihm verworfenen philosophischen Ansätze, die die Menschenwürde auf eine bestimmte Eigenschaft oder Qualität des Menschen gründen. *Antoine* verweist zwar richtig auf die tatsächliche Unmöglichkeit, „im praktischen Diskurs ... alle Betroffenen ausreichend [zu hören]“, aus der auch folge, dass die „Verpflichtung zur Bemühung um die Annäherung an die ideale Kommunikationsgemeinschaft ... nur durch die Stellvertretung von Kommunikationsunfähigen realisiert werden“ könne (S. 126). Aber Hindernisse im praktischen Diskurs, die sich „aus zeitlichen und räumlichen Schwierigkeiten der Organisation der Beteiligung“ (S. 126) ergeben, lassen sich denklogisch nicht mit „Verständnisschwierigkeiten bis hin zum Ausfall aller kommunikativen Fähigkeiten beim Betroffenen“ (S. 126) gleichsetzen. Wenn die Diskursethik mir eine „Verpflichtung zum advokatorischen Diskurs all derjenigen, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht aktuell am Diskurs teilnehmen können“, auferlegt (S. 126-7), dann verlangt die Umsetzung dieser Verpflichtung von mir eine andere Herangehensweise im Bezug auf diejenigen, die nur aus organisatorischen Schwierigkeiten nicht am Diskurs teilnehmen können, als im Bezug auf diejenigen, die in keiner noch so diskursfreundlich ausgestalteten Welt jemals reale Diskursteilnehmer sein könnten. Was die ersteren angeht, fordert der „advokatorische Diskurs“, dass ich mich soweit wie möglich an den Meinungsäußerungen und früheren Diskursbeiträgen der konkret an der Teilnahme Verhinderten orientiere. Der Diskurs, den ich insoweit in meiner Vorstellung entwerfe, kann von den wirklichen Äußerungen und Meinungen dieser potenziellen Diskursteilnehmer geprägt sein. Ganz anders liegt der Fall, wenn ich mir einen konstitutionell absolut diskursunfähigen Diskurspartner vorstellen soll. Hier kann ich mich an nichts anderes halten als an meine Vorstellung von dem, was objektiv im Interesse dieses Diskursunfähigen liegen würde. Dann aber urteile und handle ich im Bezug auf absolut diskursunfähige Mitglieder der menschlichen Gemeinschaft nicht aufgrund irgendeiner vorgestellten wechselseitigen Anerkennung dieser Menschen als Diskurspartner, sondern indem ich die Bewertung der Interessen dieser Menschen unmittelbar zum Leitbild meines Handelns mache.

Nun ist es aus der Sicht der Rezensentin nicht nur wünschenswert, sondern zwingend geboten, auch absolut diskursunfähige Menschen als Mitglieder der Sozialgemeinschaft anzuerkennen. Den besten Begründungsansatz hierfür liefert aber wohl nicht die Moralphilosophie, sondern die politische Philosophie. Ein geordnetes staatliches Zusammenleben ist nur möglich, wenn Mitglied-

schaft in der Gruppe derjenigen, die sich untereinander eben nicht nur Anerkennung, sondern auch Unterstützung schulden, nach Kriterien bemisst, die dem sozialen Frieden und der Sicherheit aller dienen. Diesem Ziel wird am besten durch die einfache Regel genügt, dass jeder Mensch von Geburt an Mitglied dieser Gemeinschaft ist. Jede darüber hinaus gehende „Mitgliedschaftsprüfung“ birgt die Gefahr sozial unerträglicher Konsequenzen. Die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde für jeden geborenen Menschen lässt sich damit als politische Statusgarantie verstehen und fruchtbar machen.

Glücklicherweise schlägt der *Verfasser* im Fortgang der Arbeit schnell den Bogen zur verfassungsgerichtlichen Interpretation der Menschenwürdegarantie zurück. Seine detaillierten und engagierten Ausführungen zur Reichweite staatlicher Schutzpflichten, dem Verhältnis von Lebensrecht und Menschenwürde, der möglichen Fundierung eines Rechts auf einen menschenwürdigen Tod (in der Schutzpflicht) sowie eines (wenn auch nicht schrankenlosen) Rechtes auf selbstbestimmtes Sterben sind durchweg lesenswert und wohlbegründet. Ob man nun – mit dem *Verfasser* – ein mögliches Recht auf selbstbestimmtes Sterben als „status negativus“ dem Schutzbereich des Rechts auf Leben oder – wie es der Rezensentin vorzugswürdig erscheint – dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zuordnen sollte, mag dahingestellt bleiben. Das Zwischenergebnis des *Verfassers*, wonach die Entscheidung für den eigenen Tod sich als Ausübung eines Grundrechtes darstellt, dessen Einschränkung einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf, verdient jedenfalls Zustimmung.

Trotz dieser Grundrechtsbetroffenheit ist es für den *Verfasser* nicht selbstverständlich, dass der Staat die aktive Sterbehilfe tatsächlich erlauben darf. Der Staat muss nämlich auch seiner Schutzpflicht für das Leben genügen. Auch wenn diese Schutzpflicht (wie *Antoine* richtigerweise hervorhebt) bezogen auf den einzelnen Grundrechtsträger keine Handhabe bietet, um den Grundrechtsträger, der eine bewusste und verantwortliche Entscheidung für den eigenen Tod getroffen hat, staatlicherseits an der Umsetzung seiner Entscheidung zu hindern, erfordert die Schutzpflicht ein Regime, das möglicherweise nicht wirklich sterbewillige Personen vor übereilten Entscheidungen schützt. Wegen des hohen Stellenwerts des Rechts auf Leben muss der Staat auch bei jeder erweiterten Zulassung der Sterbehilfe dafür Sorge tragen, dass keine Tötungen gegen den Willen der Getöteten vorgenommen werden. Mit beachtenswerten Gründen kommt der *Verfasser* deshalb zu dem Ergebnis, dass eine Übernahme des niederländischen Modells, bei der Ärzte nur einer Berichtspflicht unterliegen und jede Überprüfung ihrer Entscheidung erst nach deren Umsetzung durch Tötung des Patienten erfolgt, den Mindestanforderungen für einen effektiven Grundrechtsschutz unter dem Grundgesetz nicht genügen würde. Dieser Teil der Arbeit erörtert auch so wichtige Einzelfragen wie Sterbehilfe bei minderjährigen Grundrechtsträgern und den Behandlungsabbruch aufgrund von Patiententestamenten und Entscheidungen durch Betreuer. Zu viel Raum nimmt dagegen die Diskussion über die „richtige“ Todesdefinition ein, bei der der *Verfasser* das Hirntodkriterium zurückweist und auf dieser Basis die Organtransplantation von hirntoten Spendern als einen bereits nach

dem geltenden Recht zugelassenen Fall antizipierter aktiver Sterbehilfe einstuft.

Eingehend setzt sich *Antoine* auch mit der Frage auseinander, ob der Gesetzgeber die aktive Sterbehilfe umfassend verbieten könnte. Hier hält er fest, dass legitime Zwecke eines solchen umfassenden Verbots nur der Schutz des Sterbewilligen vor Übereilung und der Schutz sterbeunwilliger Dritter vor einer Aufweichung des Tötungstabus sein könnten. Unter beiden Gesichtspunkten sei § 216 StGB als abstraktes Gefährungsdelikt aufzufassen und auch prinzipiell zu rechtfertigen. Das Übermaßverbot werde allerdings in den Fällen verletzt, in denen ein Patient mit ernsthaftem, intersubjektiv plausiblen Sterbewunsch zum Selbstmord außerstande sei. Einige Überlegungen zu einer angemessenen Verfahrensgestaltung und ein Vorschlag für eine gesetzgeberische Klarstellung der Zulässigkeit der indirekten Sterbehilfe schließen die Untersuchung ab.

Aktive Sterbehilfe ist einer jener schwierigen Bereiche, wo Lebenspraxis und bestehende Rechtslage zunehmend auseinanderdriften und wo der politische Diskurs an der Präsenz fundamentalistischer Grundhaltungen und faktischer Missverständnisse, die vernünftige rechtliche Reformen behindern, krankt. *Jörg Antoine* ist dafür zu danken, dass er den verfassungsrechtlichen Rahmen einer hoffentlich bald vorzunehmenden Neuregelung minutiös bestimmt und damit gleichzeitig den implizit aus der Verfassung abzuleitenden politischen Rahmenkonsens korrekt absteckt. Leider hält sich *Antoine* aus den rechtspolitischen Fragestellungen, die sich nach der Akzeptanz seiner Analyse stellen, weitgehend heraus. Dies beschränkt den praktischen Nutzen seines Buches. Die Rezensentin hätte sich gewünscht, dass dieser ganz offensichtlich über Rechtslage und „Tatsachenseite“ wohlinformierte *Verfasser* am Ende seines Buches seine Zurückhaltung aufgibt und einen rechtspolitischen Vorschlag für diejenige Regelung, die er im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen für die sinnvollste Lösung hält, macht. Dies wäre insbesondere deshalb von großem Interesse gewesen, weil *Antoine* mit bemerkenswerten Gründen zu der Auffassung gelangt, dass das niederländische Sterbehilferegime aus prozeduralen Gründen den Anforderungen des Grundgesetzes an einen effektiven Lebensschutz nicht genügen würde. Ein solcher Diskussionsvorschlag, der nicht verfassungsrechtlich Zwingendes, sondern auf dem Boden der Verfassung rechtspolitisch Wünschenswertes widerspiegelt, hätte für die zukünftige Debatte von großer Bedeutung sein können. Denn eine Grundvoraussetzung für eine ergiebige Reformdiskussion ist es, dass man alternative Regelungskonzepte anbieten kann, die bei der Entwicklung einer den konkreten Bedürfnissen lebender Menschen – ob sie nun lebenshungrig, lebensmüde oder bereits im Sterben sein mögen – gerecht werdenden Regelung eine Orientierungshilfe bieten können. Diesen rechtsreformerischen Impuls gibt eine Arbeit, die nach aller verdienstvoller Mühe um die Absteckung des verfassungsrechtlichen Rahmens letztendlich bei einem Ergebnis stehen bleibt, wonach es der Gesetzgeber (von einer ausdrücklichen Zulassung der indirekten Sterbehilfe abgesehen) auch beim Status quo belassen könnte, nicht.

Dr. **Antje du Bois-Pedain**, Cambridge

# 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.

**459. BVerfG 1 BvR 249/10 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 1. März 2010 (LG Stuttgart/AG Böblingen)**

Fristbeginn für die Verfassungsbeschwerde (maßgeblicher Zeitpunkt bei in Anwesenheit verkündeten Urteilen nach § 35 Abs. 1 StPO).

§ 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 2 Abs. 2 JGG; § 35 Abs. 1 StPO; Nr. 140 Abs. 1 Satz 1 RiStBV

**460. BVerfG 1 BvR 369/04 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 4. Februar 2010 (BayObLG/LG Augsburg)**

Volksverhetzung („Aktion Ausländerrückführung – Für ein lebenswertes deutsches Augsburg“); Meinungsfreiheit (Grenzen; Menschenwürde; Begründungspflichten).

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b StGB

**461. BVerfG 2 BvR 2307/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Februar 2010 (OLG Frankfurt am Main)**

Klageerzwingungsverfahren (Wiederaufnahme der Ermittlungen); Recht auf Leben (Wirksame Untersuchung von Todesumständen).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 EMRK; § 172 StPO

**462. BVerfG 2 BvR 366/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. April 2010 (BGH/LG Hildesheim)**

Unschuldvermutung (verfassungs- und konventionsrechtliche Anforderungen; inzidente Feststellungen nicht angeklagter Vorgänge in einem Strafurteil; strafschärfende Berücksichtigung); Selbstbelastungsfreiheit (zulässige Verwertung von Teilschweigen; Recht auf ein faires Strafverfahren); BGH 3 StR 253/09.

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

**463. BVerfG 2 BvR 504/08 und 2 BvR 1193/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. April 2010 (OLG Hamm/LG Bielefeld)**

Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur se ipsum accusare); Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen (Grund-

sätzlich nur Verweigerung der Beantwortung einzelner Fragen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 55 Abs. 1 StPO

**464. BVerfG 2 BvR 769/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Mai 2010 (OLG Koblenz/StrVollK Diez des LG Koblenz)**

Vorläufige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (keine Entlassung aus der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil EGMR M. v. Deutschland).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 32 BVerfGG; § 67d Abs. 3 StGB

**465. BGH 2 StR 241/10 – 26. Mai 2010 (LG Hanau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**466. BGH 3 StR 101/10 – Beschluss vom 29. April 2010 (LG Hildesheim)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Beruhen).

§ 244 StPO; § 337 StPO

**467. BGH 3 StR 112/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Verden)**

Erstreckung der Entscheidung des Revisionsgerichts auf Mitangeklagte; Verfall (vorrangige Ansprüche des Verletzten; Bezeichnung des Erlangten; wirtschaftliche Verfügungsgewalt).

§ 357 StPO; § 111i Abs. 2 StPO

**468. BGH 3 StR 2/10 – Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Krefeld)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Therapiewilligkeit des Angeklagten; Erfolgsaussicht; Ausnehmen der Nichtanordnung vom Revisionsangriff).

§ 64 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

**469. BGH 3 StR 32/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Hannover)**

Öffentlichkeitsgrundsatz (keine zwingende Entscheidung über Ausnahmen von einer sitzungspolizeilichen Anordnung); Begründung der Verfahrensrüge (kein Vortrag

offenkundiger und anderweitig schlüssig vorgetragener Tatsachen).

§ 169 GVG; § 344 StPO

**470. BGH 3 StR 41/10 – Beschluss vom 11. März 2010 (LG Hannover)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Vorbehalt der Sicherungsverwahrung; Gefahrenprognose; Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; Hang.

§ 64 StGB; § 66 StGB; § 66a StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**471. BGH 3 StR 71/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Duisburg)**

Gesamtstrafenbildung (Ausschöpfung des Strafrahmens; formelhafte Begründung).

§ 54 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**472. BGH 3 StR 89/10 – Beschluss vom 15. April 2010 (LG Hannover)**

Doppelverwertungsverbot (Bande; persönliche Verbundenheit); Beruhen.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

**473. BGH 3 StR 275/08 – Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Hannover)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Kausalität zwischen Hang und Tatbegehung; Beschaffungskriminalität); Überzeugungsbildung.

§ 64 StGB; § 261 StPO

**474. BGH 3 StR 350/08 – Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG Düsseldorf)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung (rechtlicher Hinweis; keine zu geringen Anforderungen an die Hinweispflicht; Gutachtenauftrag); psychiatrischer Sachverständiger (Tauglichkeit prognostischer Methoden).

§ 265 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 246a StPO; § 66 StGB

**475. BGH 3 StR 382/08 – Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Osnabrück)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung bei Vorliegen der Voraussetzungen); Vorwegvollzug.

§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 StGB

**476. BGH 3 StR 384/08 – Beschluss vom 30. September 2008 (LG Düsseldorf)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Verhältnismäßigkeit; straffreie Zeiträume; Kleinkriminalität).

§ 62 StGB; § 63 StGB

**477. BGH 3 StR 390/08 – Beschluss vom 10. November 2008 (LG Hannover)**

Verlesung eines richterlichen Protokolls (Verteidigererklärung; Hauptverhandlungsprotokoll); Begründung der Verfahrensrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen; kein Beweisantritt); Verfall (Vorrang der Ansprüche des Verletzten; Anspruchsübergang auf den Versicherer).

§ 254 StPO; § 249 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 86 Abs. 1 VVG; § 67 Abs. 1 VVG aF

**478. BGH 3 StR 400/08 – Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Oldenburg)**

Zueignungsabsicht (Wegnahme zum Zwecke der Nötigung).

§ 242 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB

**479. BGH 3 StR 401/08 – Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Lübeck)**

Versuchter Mord; Rücktritt (beendeter Versuch; unbeeideter Versuch; Rücktrittshorizont); lückenhafte Beweiswürdigung; Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls (plötzlicher Angriff von hinten; bloßes Ausnutzen des Überraschungsmoments).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 224 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**480. BGH 3 StR 404/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Wuppertal)**

Angemessene Rechtsfolge (Jugendstrafe; Zurückhaltung des Revisionsgerichts; eigene Sachentscheidung); Schwere der Schuld; schädliche Neigungen.

§ 354 Abs. 1a StPO; § 17 JGG; § 18 JGG

**481. BGH 3 StR 420/08 – Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Oldenburg)**

Betrug (Schadensberechnung; negativer Vermögenssaldo; werthaltige Sicherheiten); Strafzumessung (Betrugsschaden; weitere verschuldete Tatauswirkungen).

§ 263 StGB; § 46 StGB

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

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht; Verschlechterungsverbot).

§ 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

**483. BGH 3 StR 428/09 – Beschluss vom 5. November 2009 (LG Krefeld)**

Unzulässiger Adhäsionsantrag (fehlender Nachweis der Erbfolge; Erbschein; internationales Erbrecht).

§ 403 StPO; Art. 25 EGBGB; Art. 26 EGBGB

**484. BGH 3 StR 556/09 – Urteil vom 18. Februar 2010 (LG Wuppertal)**

Schwerer Raub (Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs; Drohung; Versuch; Vollendung); Wegnahme (Einstecken eines Gegenstandes in die Kleidung; Gewahrsam); Urteilsformel (besonders schwerer Raub); Doppelverwertungsverbot.

§ 250 StGB; § 22 StGB; § 249 StGB; § 242 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 46 Abs. 3 StGB; § 50 StGB

**485. BGH 5 StR 129/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Göttingen)**

Unzulässige Revision; kein Verzicht auf Rechtsmittelbelehrung.

§ 341 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**486. BGH 5 StR 132/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Leipzig)**

Versuchter Mord; Strafzumessung (Versagung der Strafrahmenverschiebung; Erfolgsnähe; Vollendungsnähe; Milderungsgründe; Doppelverwertungsverbot).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**487. BGH 5 StR 135/10 – Beschluss vom 28. April 2010 (LG Itzehoe)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Anforderungen an die Darlegung eines Ausschlusses); Blutalkoholkonzentration (Verpflichtung zur Berechnung; Zweifelssatz); Erziehungsbedarf (Einfluss einer nach Tatbegehung in anderer Sache verbüßten Freiheitsentziehung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).  
§ 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 31 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

Eine Berechnung der Blutalkoholkonzentration aufgrund von Schätzungen unter Berücksichtigung des Zweifelsatzes ist bereits dann vorzunehmen, wenn die Beweislage zwar keine sichere Berechnungsgrundlage ergibt, jedoch eine ungefähre zeitliche und mengenmäßige Eingrenzung des Alkoholkonsums ermöglicht.

**488. BGH 5 StR 18/10 – Urteil vom 29. April 2010 (LG Bremen)**

BGHSt; fahrlässige Tötung; Brechmitteleinsatz gegen Drogendealer; Exkorporation von Drogenbehältnissen um jeden Preis (vollständige Missachtung der Belange des Betroffenen); ärztlicher Beweissicherungsdienst; Übernahmeverschulden (bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit; Schutzpflicht des Arztes; objektive Zurechnung; Abgrenzung von Verantwortungssphären, Nebentäterschaft, eigenverantwortliche Selbstgefährdung); Wahrung der Menschenwürde; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Körperverletzung mit Todesfolge; ärztliche Berufsausübung (Regeln der ärztlichen Kunst; standesrechtliche Pflichten); Verbotsirrtum; Erlaubnistatbestandsirrtum; redaktioneller Hinweis.  
§ 222 StGB; § 227 StGB; § 81a StPO; § 17 StGB; § 16 StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 EMRK

**489. BGH 5 StR 148/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Chemnitz)**

Unbegründete Revision; Verfahrenskosten; Streitwert.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**490. BGH 5 StR 168/10 (alt: 5 StR 343/09) – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Göttingen)**

Bemessung der Jugendstrafe (Schuldausgleich); Aussetzung des Rests der Jugendstrafe zur Bewährung.  
§ 17 JGG; § 18 JGG; § 88 JGG

**491. BGH 5 StR 186/10 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG Berlin)**

Unterbringung im Maßregelvollzug (Verhältnismäßigkeit; mildere Mittel; Betreuung; Führungsaufsicht).  
§ 62 StGB; § 1896 BGB

**492. BGH 5 StR 350/09 – Beschluss vom 17. Mai 2010 (LG Berlin)**

Wirksame Rücknahme der Revision.  
§ 302 StPO

**493. BGH 5 StR 428/09 – Urteil vom 13. April 2010 (LG Hamburg)**

Untreue bei einer englischen Limited (Gründungsstatut; Gründungstheorie; Niederlassungsfreiheit; Nichtigkeit

einer Gesellschaft; europarechtskonforme Auslegung); Pflichtenkreis eines „Directors“ (ausländisches Gesellschaftsrecht; Bestimmtheitsgebot; Fremdrechtsanwendung); keine entsprechende Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts (Analogieverbot); Verfahren nahezu ohne Inlandsbezug (Einstellungsmöglichkeiten).

§ 266 StGB; § 9 StGB; Art. 49 AEUV; Art. 54 AEUV; Art. 103 Abs. 2 GG; § 153 StPO; § 153a StPO; § 154 StPO

**494. BGH 5 StR 464/09 – Urteil vom 19. Mai 2010 (LG Berlin)**

BGHSt; Nichtanzeige geplanter Straftaten (Verdacht der Beteiligung an einer Katalogtat; Zweifelssatz; Unrechtsgehalt; Vorstufe zur Teilnahme; normativ-ethisches Stufenverhältnis); Anklagegrundsatz (wirksame Anklageerhebung); Recht auf ein faires Verfahren (Vertrauen auf umstrittene Rechtsprechung; effektive Verteidigung); Präpendenzfeststellung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Verfahrensverzögerung durch Anfrageverfahren; keine Kompensation); Hinweispflicht.

§ 138 StGB; § 261 StPO; § 264 StPO; § 265 StPO; § 155 StPO; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 46 StGB

**495. BGH 5 ARs 26/10 – Beschluss vom 20. Mai 2010**

Ausspähen von Daten (Auslesen eines Magnetstreifens auf Zahlungskarten mit Garantiefunktion); Anfrageverfahren; redaktioneller Hinweis.  
§ 202a Abs. 1 StGB; § 132 GVG

**496. BGH StB 16/09 – Beschluss vom 11. März 2010 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

militante gruppe (mg); Überwachung der Telekommunikation (Fernmeldegeheimnis; Verdachtsgrad, hinreichende Tatsachenbasis); irreführende Sachverhaltsdarstellung gegenüber dem Ermittlungsrichter (Verschweigen wesentlicher entlastender Umstände); Textanalysen (äußerst geringer indizieller Beweiswert); keine Gefahrenabwehr im Gewande der Strafverfolgung.

§ 129a StGB; § 129 StGB; § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO; § 304 Abs. 5 StPO; Art. 10 Abs. 1 GG

**497. BGH 1 StR 122/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Aschaffenburg)**

Geldstrafen (Festsetzung der Tagessatzhöhe; Gesamtstrafenbildung; eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts).

§ 40 Abs. 2 Satz 3 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**498. BGH 1 StR 124/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Mannheim)**

Täterschaft und Teilnahme beim Handeltreiben (Mittäterschaft; Beihilfe); Schuldspruchberichtigung; Beruhen.  
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 154 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

**499. BGH 1 StR 155/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Waldshut-Tiengen)**

Aufklärungsrüge hinsichtlich eines in der Hauptverhandlung zugestandenen Auskunftsverweigerungsrechts (Zwischenrechtsbehelf).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 55 StPO

**500. BGH 1 StR 454/09 – Urteil vom 27. April 2010 (LG München I)**

Tateinheit und Tatmehrheit bei der Steuerhinterziehung (maßgebliche Erklärungspflichten; Unterlassen); beschränkte Revision (Auslegung des Umfangs der Revision der Staatsanwaltschaft; Trennungsformel); rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei einem Freispruch (Unterstellung dem Angeklagten günstiger Sachverhalte ohne Anhaltspunkt; in dubio pro reo; überspannte Anforderungen an die Beweiswürdigung).  
§ 370 AO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 344 StPO; § 261 StPO

**501. BGH 1 StR 530/09 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Dortmund)**

Unbegründete Anhörungsrüge (verweigerter Bestellung eines neuen Pflichtverteidigers).  
§ 356a StPO

**502. BGH 1 StR 577/09 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG München)**

Gesetzlichkeitsprinzip (Analogieverbot; Verbot der teleologischen Reduktion eines Strafaufhebungsgrundes; Bestimmtheitsgebot); Anforderungen an die strafbefreiende Selbstanzeige bei der Steuerhinterziehung (Teilselbstanzeige; gestufte Selbstanzeige; Sperrgründe; persönlicher Strafaufhebungsgrund); Wahrnehmung des Evokationsrechts der Staatsanwaltschaft.  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 370 AO; § 371 AO; § 386 Abs. 4 Satz 2 AO

**503. BGH 1 StR 78/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Konstanz)**

Schuldpruchberichtigung; Beruhen.  
§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

**504. BGH 2 StR 17/10 – Beschluss vom 8. April 2010 (LG Aachen)**

BGHSt; schwerer Raub und schwere räuberische Erpressung (qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung des Raubopfers nur bei Motivation der Beutesicherung; Anschluss an BGHSt 53, 234); räuberischer Diebstahl; rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 211 Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b StGB; § 255 StGB; § 251 StGB; § 252 StGB; § 78a StGB; § 64 StGB

**505. BGH 2 StR 112/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Frankfurt am Main)**

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

**506. BGH 2 StR 131/10 – Beschluss vom 28. April 2010 (LG Aachen)**

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

**507. BGH 2 StR 42/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Köln)**

Anforderungen an die Zulässigkeit der Verfahrensrüge.  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**508. BGH 2 StR 51/10 – Beschluss vom 7. April 2010 (LG Köln)**

Strafzumessung nach Rücktritt vom versuchten Totschlag; minder schwerer Fall der gefährlichen Körperverletzung.  
§ 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 224 StGB; § 46 StGB

**509. BGH 2 StR 70/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Trier)**

Schuldpruchberichtigung beim unerlaubten Bandenhandel mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit bei der Einfuhr von BtM; Strafschärfung wegen der Einfuhr; Beruhen).  
§ 30a BtMG; § 46 StGB; § 337 StPO

**510. BGH 2 ARs 78/10 (2 AR 37/10) – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Hildesheim)**

Zweckmäßige Übertragung zur Untersuchung und Entscheidung der Sache im Sicherungsverfahren.  
§ 12 Abs. 2 StPO

**511. BGH 2 StR 87/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Frankfurt am Main)**

Versuchte besonders schwere Brandstiftung; versuchte Anstiftung zu einer besonders schweren Brandstiftung (mitbestrafte Vortat).  
§ 30 StGB; § 22 StGB; § 306a StGB; § 306b StGB; § 52 StGB

**512. BGH 2 StR 92/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Gera)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung; eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts.  
§ 55 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**513. BGH 2 StR 135/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Köln)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 64 StGB

**514. BGH 2 StR 137/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Frankfurt am Main)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (missverständliche Ausführungen zu den Voraussetzungen: Formulierungsversehen); rechtsfehlerhafte Einziehungsanordnung.  
§ 63 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB; § 74 StGB; § 430 StPO

**515. BGH 2 StR 143/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Bonn)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 64 StGB

**516. BGH 2 StR 152/10 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Köln)**

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

**517. BGH 2 StR 153/09 – Beschluss vom 7. April 2010 (LG Limburg)**

BGHSt; Untreue durch Auszahlung hinterlegter Gelder durch einen Notar (Kenntnis von einem geplanten Betrug; Pflichtwidrigkeit; Vermögensbetreuungspflicht;

schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung und subjektive Einschränkung).

§ 54d Nr. 1 BeurkG; § 266 StGB

**518. BGH 2 StR 159/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Köln)**

Fehlerhafte Strafrahmenwahl beim schweren sexuellen Missbrauch von Kindern.

§ 176a StGB; § 46 StGB

**519. BGH 2 StR 186/10 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**520. BGH 2 StR 578/09 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Frankfurt am Main)**

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kuriertätigkeit); bewaffnete Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 30a BtMG; § 29 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**521. BGH 2 StR 595/09 – Urteil vom 28. April 2010 (LG Aachen)**

BGHR; Recht auf den gesetzlichen Richter (unabhängiges und unparteiisches Gericht; Bekenntnis eine Schöffen zur Selbstjustiz; Bezeichnung des Verteidigers als „Spannmann“); Kompensation rechtsstaatswidriger Verzögerungen.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 31 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

**522. BGH 4 StR 112/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Osnabrück)**

Natürliche Handlungseinheit beim Computerbetrug (zeitlich eng zusammen liegende Abhebungen mit derselben Karte an demselben Bankautomaten).

§ 263a StGB; § 52 StGB

**523. BGH 4 StR 40/10 – Beschluss vom 8. April 2010 (BGH)**

Bestellung eines Beistandes für die Nebenklägerin.

§ 397a Abs. 1 Nr. 3 StPO

**524. BGH 4 StR 45/10 – Beschluss vom 30. März 2010 (LG Ravensburg)**

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Auswirkungen auf die mögliche Verhängung einer Jugendstrafe: Subsidiarität).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 5 Abs. 3 JGG

**525. BGH 4 StR 62/10 – Beschluss vom 4. März 2010 (LG Paderborn)**

Bedingter Vorsatz bei der versuchten Brandstiftung (Vorsatzbeleg; Überzeugungsbildung).

§ 306 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

**526. BGH 4 StR 64/10 – Beschluss vom 21. April 2010 (LG Dessau-Roßlau)**

Prüfung der verminderten Schuldfähigkeit infolge Alkoholkonsums (BAK; psychodiagnostische Beweiskriterien).

§ 21 StGB; § 20 StGB; 49 StGB

**527. BGH 4 StR 67/10 – Beschluss vom 30. März 2010 (LG Paderborn)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (mangelnde Feststellungen; verschuldete Auswirkungen der Tat); versuchte Brandstiftung.

§ 46 Abs. 2 StGB; § 306 StGB; § 22 StGB

**528. BGH 4 StR 93/10 – Beschluss vom 20. April 2010 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**529. BGH 4 StR 118/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Siegen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**530. BGH 4 StR 119/10 – Beschluss vom 20. April 2010 (LG Bielefeld)**

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Doppelverwertungsverbot); Verhältnis von Verfall und erweitertem Verfall.

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 73 StGB; § 73d StGB

**531. BGH 4 StR 245/09 – Beschluss vom 21. April 2010 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**532. BGH 4 StR 345/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Rostock)**

Vermögensschaden beim Betrug auf der Grundlage der HOAI (Abrechnung von Architektenleistungen; individueller Schadenseinschlag; Täuschung durch Unterlassen: Garantenstellung, Auskunftspflicht); Beihilfe zur Untreue (Nachteil).

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 27 StGB; § 15 HOAI; § 16 HOAI

**533. BGH 4 StR 438/09 – Beschluss vom 21. April 2010**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**534. BGH 4 StR 522/09 – Beschluss vom 23. März 2010 (LG Saarbrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**535. BGH 4 StR 522/09 – Urteil vom 25. März 2010 (LG Saarbrücken)**

Voraussetzungen der Mittäterschaft (Abgrenzung von der Beihilfe); gefährliche Körperverletzung; erfolgreiche Aufklärungsrüge der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Vorstrafen des Angeklagten.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

**536. BGH 4 StR 594/09 – Urteil vom 25. März 2010 (LG Mainz)**

Beweiswürdigung beim Vorwurf des versuchten Totschlages (zu hohe Anforderungen an das Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements); Vorsätzlicher gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr; gefährliche Körperverletzung; Mord (gemeingefährliche Mittel); Freiheitsberaubung (Vollendung).

§ 315b StGB; § 224 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 211 StGB

**537. BGH 4 StR 612/09 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Halle)**

Verfahrensrüge der mangelnden Ausschöpfung einer verlesenen Urkunde (Urteilsgründe); mangelnde Unterrichtung nach Abwesenheit (Entfernung) des Angeklagten (effektive Verteidigung; Fragerecht).

§ 261 StPO; § 247 Satz 4 StPO; § 240 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

**538. BGH 4 StR 637/09 – Beschluss vom 1. April 2010 (LG Arnsberg)**

Unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Hindernis; Verschulden; wirksamer Rechtsmittelverzicht nach Verständigung).

§ 44 StPO; § 302 StPO a.F.; § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO n.F.

**539. BGH 4 StR 644/09 – Beschluss vom 7. April 2010 (LG Halle)**

Rechtsfehlerhafter Ausschluss einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit (Darlegungsanforderungen; Umgang mit Sachverständigengutachten).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**540. BGH 4 StR 650/09 – Urteil vom 15. April 2010 (LG Münster)**

Zeugnisverweigerungsrecht yezidischer Geistlicher (Gleichstellung mit sonstigen staatlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften; Begriff des Geistlichen; Reichweite des Schweigerechts: Begriff der Seelsorge); Beruhen (Zeugenaussage und Beweis-thema).

Art. 4 GG; Art. 9 EMRK; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO; § 245 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

**541. BGH StB 48/09 (a) – Beschluss vom 24. November 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

Überwachung der Telekommunikation; Beschlagnahme von E-Mails beim Provider (Verhältnismäßigkeit; Verfahrensbezug; Beachtung von Beschlagnahmeverboten); offene Ermittlungsmethode (zwingende Unterrichtung des Beschuldigten; keine Zurückstellung der Unterrichtung).

§ 100a StPO; § 100g StPO; § 96 TKG; § 113a TKG; § 129a StGB; § 129b StGB; § 110 StPO; § 33 StPO; § 35 StPO

**542. BGH StB 52/09 – Beschluss vom 15. Dezember 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

BGHSt; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Inlandsbezug); terroristische Vereinigung (Inlandsbezug); Strafanwendungsrecht (Handlungsort, Erfolgsort).

§ 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 7 StGB; § 9 StGB