

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Dr. iur. Stephan Schlegel

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, MJur (Oxon),

(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm

Kluszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.

Hans Kudlich (Univ. Erlangen-

Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank

Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo

Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf

Neuhaus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr.

Frank Saliger (Bucerius Law School

Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling,

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

Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-

Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof.

Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Dennis Bock*, Würzburg – **Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Absenkung des Schadenserwartungswerts aus unternehmensbezogenen Straftaten** S. 316

Dr. *Karsten Gaede*, Hamburg – **Rückwirkende Sicherungsverwahrung – Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK als andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB** S. 329

Florian Hertel, Bayreuth – **Soldaten als Mörder? – Das Verhältnis von VStGB und StGB anhand des Kundus-Bombardements** S. 339

RA Priv.-Doz. *Joachim Kretschmer*, FU Berlin – **Schutz vor staatlich veranlasstem Zwang und inszenierter Täuschung Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 573** S. 343

Wolfgang Staudinger, Regensburg – **Verständigung und Rechtsmittelverzicht Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 446** S. 347

Wiss. Mit. *Dominik Waszczyński*, Osnabrück – **Die Beendigungsdoktrin des BGH – ein unbeendetes Kapitel Besprechung zu BGH HRRS 2010 Nr. 314 und 504** S. 350

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

BVerfG **Richtervorbehalt bei Blutentnahme**

BVerfG **Menschenunwürdige Haftbedingungen**

BGHSt **Verhandlung über die Entlassung des Zeugen**

BGH **Konventionskonforme Auslegung der nachträglichen Sicherungsverwahrung über § 2 Abs. 6 StGB**

BGH **Verdecktes Verhör durch einen Polizeibeamten**

BGHR **Sinn des Beschlusserfordernisses in § 251 Abs. 4 S. 1 StPO**

BGHSt **Enge Auslegung des Beiseiteschaffens beim Bankrott**

BGHSt **Vermögensabschöpfung im Jugendstrafrecht**

BGHR **Tateinheit zwischen § 176a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB**

BGH **Voraussetzung des Rücktritts mehrerer Tatbeteiligter**

Die Ausgabe umfasst 108 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

RA Dr. h. c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Dr. iur. Stephan Schlegel

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, Juli/August 2010, Ausgabe

7-8

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

652. BVerfG 2 BvR 1046/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2010 (LG Nürnberg-Fürth/AG Schwabach)

Einfachrechtlicher Richtervorbehalt (Blutentnahme; Gefahr im Verzug; nichtrichterliche Anordnung; Dokumentation der Anordnungsvoraussetzungen); Wohnungsdurchsuchung (Richtervorbehalt; Entbehrlichkeit einer Dokumentation bei offenkundiger Dringlichkeit); nachträgliche gerichtliche Überprüfung (eigenverantwortliche Prüfung); Verwertungsverbot.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 102 StPO; § 81a Abs. 1 StPO, § 81a Abs. 2 StPO, § 81a Abs. 3 StPO

1. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG ist nur dann gegeben, wenn das zur nachträglichen Überprüfung berufene Gericht die Voraussetzungen des Exekutivakts im Einzelfall vollständig

eigenverantwortlich nachprüft. Jedenfalls soweit das Handeln der Exekutive auf der Inanspruchnahme einer originär gerichtlichen Eingriffsbefugnis beruht, erstreckt sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes in diesen Fällen auch auf Dokumentations- und Begründungspflichten der anordnenden Stelle, die eine umfassende und eigenständige nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen ermöglichen sollen. Kommt die anordnende Stelle diesen Pflichten nicht nach oder lässt das überprüfende Gericht den gerichtlichen Rechtsschutz „leer laufen“, indem es dem Betroffenen eine eigene Sachprüfung versagt, kann dies eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG begründen (vgl. BVerfGE 103, 142, 156 ff.).

2. Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für Maßnahmen, die nicht – wie die Wohnungsdurchsuchung – einem verfassungsrechtlichen, sondern nur einem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt unterliegen (vgl.

BVerfGK 5, 74, 81; 12, 374, 376 f.). Auch im Fall der Blutentnahme nach § 81a Abs. 1 und Abs. 2 StPO muss eine effektive nachträgliche Kontrolle der nichtrichterlichen Eilanordnung gewährleistet sein (vgl. BVerfGK 10, 270, 273; 12, 374, 376 f.). Der Richtervorbehalt in § 81a Abs. 2 StPO würde bei rein abstrakter Bestimmung der Gefährdungslage im Regelfall bedeutungslos werden. Die Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch die vorherige Einholung einer richterlichen Anordnung ist daher in jedem Einzelfall konkret zu überprüfen und festzustellen.

3. Nach § 81a Abs. 2 StPO steht die Anordnung der Blutentnahme grundsätzlich dem Richter zu (vgl. BVerfGK 10, 270, 274). Die Ermittlungsbehörden müssen zunächst regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie selbst eine Blutentnahme anordnen. Nur bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch die mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung einhergehenden Verzögerung besteht auch eine Anordnungskompetenz der Staatsanwaltschaft und – nachrangig – ihrer Ermittlungspersonen (vgl. BVerfGK 10, 270, 274). Die Gefahrenlage muss dann mit auf den Einzelfall bezogenen Tatsachen begründet werden, die in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist (vgl. BVerfGK 10, 270, 274).

4. Im Gegensatz zu einer Durchsuchung sind die zu prüfenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen bei § 81a StPO beim Verdacht einer alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit in der Regel weniger komplex. In Ausnahmefällen kann daher die Anordnung durch den Richter auch lediglich mündlich erfolgen.

5. Für die gerichtliche Überprüfung der Voraussetzungen einer polizeilichen Anordnung der Wohnungsdurchsuchung wegen Gefahr im Verzug ist es ausreichend, wenn diese Voraussetzungen von einem Beamten zusammenfassend dargestellt werden. Es ist nicht erforderlich, dass jeder an einer Maßnahme beteiligte Polizeibeamte seine Wahrnehmungen persönlich schriftlich niederlegt.

6. Eine detaillierte Dokumentation von Kontaktaufnahmeversuchen zu einem Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt vor einer polizeilichen Anordnung der Wohnungsdurchsuchung wegen Gefahr im Verzug ist dann entbehrlich, wenn die Dringlichkeit der Maßnahme offenkundig war (vgl. BVerfGK 2, 310, 316; 5, 74, 79).

7. Ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt in § 81a StPO gebietet es nicht zwingend, ein Verwertungsverbot hinsichtlich des gewonnenen Beweismittels anzunehmen.

651. BVerfG 2 BvR 1023/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Juli 2010 (OLG Celle/LG Hildesheim)

Menschenwürde (gerichtliche Überprüfung menschenunwürdiger Hafttraumunterbringung); Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz (Effektivität; Fortsetzungsfeststellungsinteresse); Rechtsbeschwerde (Fortbildung des Rechts; Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1. Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG ist es prinzipiell vereinbar, die Rechtsschutzgewährung von einem fortbestehenden Rechtsschutzinteresse abhängig zu machen. Daher ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Fachgerichte bei Erledigung des Verfahrensgegenstandes einen Fortfall des Rechtsschutzinteresses annehmen. Ausnahmsweise kann aber das Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage auch noch nach Erledigung in besonderer Weise schutzwürdig sein (vgl. BVerfGE 104, 220, 232 ff.).

2. Ein solches schutzwürdiges Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist unter anderem dann zu bejahen, wenn die Feststellung eines gewichtigen Grundrechtseingriffs begehrt wird, gegen den nach dem typischen Ablauf wirksamer Rechtsschutz nicht vor Erledigung zu erlangen ist (vgl. BVerfGE 110, 77, 86; 117, 71, 122 f.), oder wenn eine gegen die Menschenwürde verstoßende Hafttraumunterbringung in Rede steht (vgl. BVerfGK 6, 344, 347 f. m.w.N.).

3. Die von Art. 1 Abs. 1 GG geforderte Achtung der Würde, die jedem Menschen unabhängig von seiner gesellschaftlichen Stellung, seinen Verdiensten oder der Schuld, die er auf sich geladen hat, allein aufgrund seines Personseins zukommt (vgl. BVerfGE 1, 97, 104; 109, 279, 313), verbietet es grundsätzlich, Gefangene grob unhygienischen und widerlichen Hafttraumbedingungen auszusetzen. Dies gilt auch insoweit, als die Unerträglichkeit der Verhältnisse im Hafttraum durch Verhaltensweisen anderer Gefangener bedingt ist, und betrifft auch mit physischem oder verbalem Kot beschmierte Hafttraumwände. Schutz vor solchen Widerwärtigkeiten, selbst strafbarer Art, mag im Haftvollzug nicht ausnahmslos und unter allen Umständen erreichbar sein. Die Frage, wann in der Beschaffenheit von Hafträumen eine Missachtung des von Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Achtungsanspruchs liegt, lässt sich nicht ohne Rücksicht auf die Umstände und auf Fragen der praktischen Realisierbarkeit beantworten (vgl. BVerfGK 12, 422, 424 m.w.N.).

653. BVerfG 2 BvR 3044/09 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2010 (LG Traunstein/AG Traunstein)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchungsanordnung (Tatverdacht; bloße Mutmaßungen; nachträgliche verdachtsbegründende Tatsachen); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art 13. Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

1. Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) ist der Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Das Gewicht des Eingriffs verlangt dabei Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen (vgl. BVerfGE 59, 95, 97; 117, 244, 262 f.). Eine Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Verdachts erforderlich sind;

denn sie setzt einen Verdacht bereits voraus (vgl. BVerfGK 8, 332, 336; 11, 88, 92).

2. Zur Verneinung eines entsprechenden Verdachts in einem Fall, in dem bei einer Verkehrskontrolle lediglich bei einem Begleiter des Betroffenen Drogen gefunden wurden, bei ersterem ein Drogenschnelltest ein positives Ergebnis zeigte und der Betroffene bereits mehrfach wegen Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt worden war.

3. Für das Vorliegen eines Tatverdachts ist auf den Zeitpunkt der Anordnung abzustellen. Gibt der Betroffene nach Bekanntgabe der entsprechenden Durchsuchungsanordnung an, die zu suchenden deliktischen Gegenstände (vorliegend Drogen) in seiner Wohnung aufzubewahren, ist dies unerheblich für die Beurteilung, ob ein anfänglicher Tatverdacht gegeben war.

655. BVerfG 2 BvR 759/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2010 (Brandenburgischen OLG/AG Potsdam)

Informationelle Selbstbestimmung im Ordnungswidrigkeitenverfahren; Geschwindigkeitskontrolle im öffentlichen Straßenverkehr (geeichte Messeinrichtung; verdachtsabhängiges Anfertigen eines Messfotos).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 100h Abs. 1 Satz 1 StPO; § 101 StPO; § 46 Abs. 1 OWiG

1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist der Einschränkung im überwiegenden Allgemeininteresse zugänglich. Diese bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit genügt und verhältnismäßig ist (BVerfGE 65, 1, 43 f.; stRspr).

2. Mit Blick auf die eingeschränkte Überprüfbarkeit fachgerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn in der fachgerichtliche Rechtsprechung teilweise § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs.

1 OWiG als Rechtsgrundlage für die Anfertigung von Bildaufnahmen zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr in den Fällen herangezogen wird, in denen der Verdacht eines Verkehrsverstößes gegeben ist.

3. Es sind keine durchgreifenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO ersichtlich.

4. Die vorliegende Maßnahme des verdachtsabhängigen Anfertigens von Bildaufnahmen zum Beweis von Verkehrsverstößen (Geschwindigkeitsmessung mit einem geeichten Messgerät und die Feststellung der Identität des Fahrers durch Aufnahme und Auswertung eines Messfotos) stellt einen zulässigen, verhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Sie dient der Aufrechterhaltung der Sicherheit des Straßenverkehrs und damit – angesichts des zunehmenden Verkehrsaufkommens und der erheblichen Zahl von Verkehrsübertretungen – der Schutz von Rechtsgütern mit ausreichendem Gewicht.

654. BVerfG 2 BvR 571/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Baden-Baden/BGH)

Vorläufige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (keine Entlassung aus der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach dem Urteil EGMR M. v. Deutschland); BGH 1 StR 595/09.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 32 BVerfGG; § 66b Abs. 2 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.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

620. BGH 2 StR 278/09 – Urteil vom 19. Mai 2010 (LG Köln)

Versuchter Totschlag (Rücktritt; individuelle Unterscheidung des fehlgeschlagenen, des unbeendeten und des beendeten Versuchs: maßgeblicher Rücktrittshorizont); Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz (Eventualvorsatz; dolus eventualis); Nebentäterschaft durch Unterlassen (Mittäterschaft; Beihilfe); wissentliche schwere Körperverletzung.

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Var. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

1. Auf Rücktrittsbemühungen im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1, Alt. 2 StGB kommt es nicht an, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (ständ. Rspr.). Das ist der Fall, wenn der Täter nach seiner letzten auf den Taterfolg gerichteten Ausführungshandlung erkennt, dass der Erfolg nicht eingetreten ist und mit nahe liegenden Mitteln ohne

wesentliche Änderung des Tatplans und Begründung einer neuen Kausalkette auch nicht mehr verwirklicht werden kann. Für die Beurteilung kommt es daher im Ausgangspunkt auf die Sicht des Täters nach der (objektiv erfolglosen) Tathandlung an. Liegt ein Fehlschlag vor, scheidet ein Rücktritt vom Versuch nach allen Varianten des § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB aus. Diese Prüfung ist für jeden einzelnen Tatbeteiligten durchzuführen und kann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Fehlschlag aus der nachträglich erkannten mangelnden Unterstützung durch andere Tatbeteiligte folgt.

2. Auf die Unterscheidung zwischen dem unbeendeten und dem beendeten Versuch kommt es für die vom Täter zu erbringende Rücktrittsleistung in Fällen des § 24 Abs. 1 StGB stets, in solchen des § 24 Abs. 2 StGB mittelbar dann an, wenn sich die (gemeinsame) Verhinderungsleistung von Versuchsbeteiligten in einem einverständlichen Unterlassen des Weiterhandelns erschöpfen kann (vgl. BGHSt 42, 158, 162; BGH NStZ 1989, 317, 318).

3. Für die Unterscheidung zwischen unbeendetem (§ 24 Abs. 1 Satz 1, Alt. 1 StGB) und beendetem (§ 24 Abs. 1 Satz 1, Alt. 2 StGB) Versuch ist nach ständiger Rechtsprechung und ganz h.M. auf den sog. „Rücktrittshorizont“, also auf die subjektive Vorstellung des Täters nach Abschluss der letzten auf den Erfolg abzielenden Ausführungshandlung abzustellen (vgl. etwa BGH NStZ 2005, 263, 264); dieser ist unabhängig vom Tatplan (BGHSt 35, 92) und bedarf stets konkreter Feststellungen durch den Tatrichter (BGH StV 2003, 213 f.).

4. Verfehlt ist die Annahme, die Anwendung des § 24 StGB setze „naturgemäß“ voraus, dass der Täter selbst für die Rettung des Opfers ursächlich oder mitursächlich werde. Dies gilt allenfalls beim beendeten Versuch. Der Rücktritt setzt auch nicht voraus, dass es dem Täter

darauf ankommt, „das Opfer um jeden Preis zu retten“ (vgl. BGHSt 48, 147 ff.).

5. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bei Vornahme offenkundig äußerst gefährlicher Gewalthandlungen das Vertrauen auf einen glücklichen Ausgang so fern liegen, dass sich die Annahme bedingten Vorsatzes aufdrängt und eine nähere Erörterung in den Urteilsgründen nicht erforderlich ist. Zu einer Anwendung auf das Anzünden des Opfers.

626. BGH 4 StR 92/10 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Bielefeld)

Wahlfeststellung zwischen besonders schwerem sexuellen Missbrauch einer Widerstandsunfähigen und besonders schwerer Vergewaltigung sowie wegen unerlaubter Überlassung von Betäubungsmitteln zum unmittelfahren Verbrauch an eine Minderjährige.

Vor § 1 StGB; § 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1, Abs. 7 StGB; § 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 2a StGB

1. Eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage darf nur erfolgen, wenn rechtsfehlerfrei festgestellt ist, dass sich der Angeklagte nach allen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme verbleibenden Sachverhaltsvarianten wegen der in die Wahlfeststellung einbezogenen Delikte schuldig gemacht hätte.

2. Es bleibt offen, ob die Straftatbestände der §§ 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1, Abs. 7 i.V.m. 177 Abs. 4 Nr. 2 a StGB und des § 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 2 a StGB, wie nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für eine ungleichartige Wahlfeststellung erforderlich, rechtsethisch und psychologisch gleichwertig sind (vgl. nur BGHSt 9, 390, 393 f. und BGHSt 25, 182, 183 f.).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

635. BGH 4 StR 139/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Essen)

BGHR; Tateinheit zwischen dem schweren sexuellen Missbrauch eines Kindes nach Abs. 1 und nach Abs. 2; Voraussetzungen der Rückfallklausel.

§ 176a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Tateinheit liegt vor, wenn dieselbe Handlung des Täters sowohl § 176a Abs. 1 StGB als auch § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB verletzt. (BGHR).

2. Die Rückfallklausel des § 176a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass die Wiederholungstat nach einer einschlägigen rechtskräftigen Vorverurteilung begangen worden ist. (Bearbeiter)

585. BGH 1 ARs 6/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (BGH)

Ausspähen von Daten (Skimming; im regulären Handel erhältliche Software); redaktioneller Hinweis.

§ 202a StGB

Skimming ist jedenfalls dann nicht als Ausspähen von Daten strafbar, wenn die zum Auslesen benutzte Software auch im regulären Handel erhältlich ist.

581. BGH 1 StR 148/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Augsburg)

Störung des öffentlichen Friedens (Eignung; Öffentlichkeit; Tatbegehung gegenüber öffentlichen Stellen); Vortäuschen einer Straftat.

§ 126 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 145d StGB

1. Gestört ist der öffentliche Frieden, wenn das Vertrauen der Bevölkerung in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttert wird oder wenn potentielle Täter durch Schaffung eines ‚psychischen Klimas‘, in dem Taten wie die angedrohten begangen werden können, aufgehetzt werden (BGH NJW 1978, 58, 59; BGHSt 34, 329, 331). Allerdings muss eine solche Störung noch nicht eingetreten sein; jedoch muss die Handlung zumindest konkret zur Störung des öffentlichen Friedens geeignet gewesen sein (BGHSt 34, 329, 331 f.). Dies ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn die entsprechende Ankündigung in der Öffentlichkeit erfolgt. Eine Ankündigung gegenüber einem Einzelnen kann dann genügen, wenn nach den konkreten Umständen damit zu rechnen ist, dass der angekündigte Angriff einer breiten Öffentlichkeit bekannt werden wird, entweder bei einer Zusendung an die Medien oder an einen nicht näher eingegrenzten Kreis von Personen, von deren Diskretion nicht auszugehen ist (BGHSt 34, 329, 332); bei einer Mitteilung an Betroffene könnte dies gelten, wenn man davon ausgehen könnte, dass diese aus Sorge um Opfer oder aus Empörung über die Drohung sich an die Öffentlichkeit wenden könnten (BGH aaO).

2. Sind Adressaten der Drohungen staatliche Organe, wird regelmäßig damit zu rechnen sein, dass diese zwar Maßnahmen zur Vermeidung der angedrohten Taten ergreifen oder veranlassen, jedoch regelmäßig im Übrigen mit Diskretion vorgehen, einerseits um die Präventivmaßnahmen nicht zu gefährden (BGHSt aaO), andererseits um auch die Öffentlichkeit nicht ohne Weiteres zu beunruhigen.

627. BGH 4 StR 104/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Detmold)

Strafraahmenwahl bei der Vergewaltigung (Gesamtwürdigung bei der Begründung eines besonders schweren Falles über ein Regelbeispiel).

§ 177 Abs. 2, Abs. 5 StGB; § 46 StGB

Liegt das Regelbeispiel des § 177 Abs. 2 StGB vor, muss das Gericht bei der Strafraahmenwahl zunächst zu prüfen, ob der Strafraahmen des § 177 Abs. 2 StGB trotz Vorliegens des Regelbeispiels wegen anderer erheblich schuld mindernder Umstände nicht anzuwenden ist, sondern von dem Normalstrafrahmen des Abs. 1 auszugehen ist (vgl. Senatsbeschlüsse vom 6. März 2001 – 4 StR 558/00, StV 2001, 456 und vom 13. September 2005 – 4 StR 163/05, NStZ-RR 2006, 6, jew. m.w.N.).

646. BGH 4 StR 497/09 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Bielefeld)

Bandendiebstahl (Voraussetzungen der Bande; Feststellung; Bandenabrede; Täterschaft und Teilnahme in Abgrenzung zur Bandenmitgliedschaft); erweiterter Verfall (Feststellungen; entgegenstehende Ansprüche der Verletzten).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 25 StGB; § 73d StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Bande im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich zur fortgesetzten Begehung einer noch unbestimmten Zahl von Diebstählen verbunden haben (BGHSt [GS] 46, 321, 325). Erforderlich ist ferner eine – ausdrücklich oder konkludent getroffene – Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung von Straftaten in der Zukunft für eine gewisse Dauer zusammenzutun (BGHSt 50, 160, 164).

2. Als Bandenmitglied ist anzusehen, wer in die Organisation der Bande eingebunden ist, die dort geltenden Regeln akzeptiert, zum Fortbestand der Bande beiträgt und sich an den Straftaten als Täter oder Teilnehmer beteiligt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich alle Bandenmitglieder persönlich miteinander verabreden oder einander kennen (BGH aaO).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

648. BGH 4 StR 577/09 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Saarbrücken)

Zurücktreten der nachträglichen Sicherungsverwahrung hinter das Rückwirkungsverbot gemäß Art. 7 EMRK (konventionskonforme Auslegung; völkerrechtsfreundliche Auslegung).

Art. 7 EMRK; Art. 46 EMRK; § 66b StGB; § 2 Abs. 6 StGB

1. § 66b Abs. 3 StGB ist gemäß § 2 Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK nicht auf Taten („Altfälle“) anwendbar, die vor ihrem Inkrafttreten begangen worden sind.

2. Nach dem Urteil der Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Fünfte Sektion) in der Rechtsache M. gegen Bundesrepublik Deutschland (Individualbeschwerde Nr. 19359/04) vom 17. Dezember 2009 ist die Sicherungsverwahrung ungeachtet ihrer Bezeichnung im deutschen Recht als „Maßregel der Besserung und Sicherung“ im Sinne der EMRK als Strafe zu qualifizieren, für die das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK gilt.

3. Deutsche Gerichte haben die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden

(BVerfGE 111, 307, 316 ff.; BVerfG EuGRZ 2010, 145, 147). Dabei sind auch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu berücksichtigen, weil sich in ihnen der aktuelle Entwicklungsstand der Konvention widerspiegelt. Das nationale Recht ist wegen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes unabhängig vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens nach Möglichkeit im Einklang mit den Bestimmungen der EMRK auszulegen (BVerfGE 111, 307, 324). Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sind ungeachtet ihrer auf den Einzelfall beschränkten Bindungswirkung (vgl. Art. 46 Abs. 1 MRK) bei der Auslegung innerdeutschen Rechts zu berücksichtigen. Die Vorschrift des § 2 Abs. 6 StGB ist mit Blick auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17. Dezember 2009 auszulegen.

617. BGH 2 StR 263/10 – Beschluss vom 26. Mai 2010 (LG Aachen)

Einstellung eines Verfahrens über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach Verbüßung der Strafe aus der Anlassverurteilung vor der Stellung des Antrags der Staatsanwaltschaft (Verfahrenshindernis; Rückwirkungsverbot).
Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 7 EMRK; § 66b StGB; § 275a StPO; § 206a StPO; Art. 1a Satz 3 EGStGB

Die vollständige Verbüßung der Strafe aus der Anlassverurteilung vor der Stellung des Antrags der Staatsanwaltschaft auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung steht der Fortsetzung des Verfahrens über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung als Verfahrenshindernis entgegen. In diesem Fall ist das Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen.

582. BGH 1 StR 40/10 – Urteil vom 11. Mai 2010 (LG Aschaffenburg)

Rechtsfehlerfrei abgelehnte Anordnung der Unterbringung in der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose; Rückfallgefahr; Beurteilungsspielraum; neue Tatsachen).
Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 66b Abs. 2 StGB

1. Bei der Beurteilung der zukünftigen Gefährlichkeit des Verurteilten im Sinne des § 66b Abs. 2 StGB kommt dem Tatgericht ein Beurteilungsspielraum zu; seine Entscheidung unterliegt der revisionsgerichtlichen Überprüfung nur eingeschränkt (BGH NStZ-RR 2008, 40, 41).

2. An die Annahme neuer Tatsachen sind stets strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Beschl. vom 12. Januar 2010 – 3 StR 439/09), zumal die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung den Bestand eines rechtskräftigen Urteils tangiert und nach dem Willen des Gesetzgebers auf seltene Einzelfälle beschränkt sein soll (BGHSt 50, 275, 278 m.w.N.; BVerfG StV 2006, 574, 575; NJW 2009 980, 982). Als „neue Tatsachen“ kommen deshalb nur solche in Betracht, die in einem prognoserelevanten symptomatischen Zusammenhang mit der Anlassverurteilung stehen (BGHR StGB § 66b Neue Tatsachen 3) und schon für sich genommen von besonderem Gewicht sind (BGH StV 2006, 67, 71).

634. BGH 4 StR 98/10 – Beschluss vom 6. Mai 2010 (LG Magdeburg)

Geldfälschung (Strafzumessung beim Einsatz eines V-Mannes; Strafmilderung; Tatprovokation: Provokation zur Aufrechterhaltung der Tatverabredung).
Art. 6 EMRK; § 146 StGB; § 46 StGB

Wirkt ein V-Mann der Polizei auf die – ursprünglich auch mit demselben vereinbarte – Übergabe von Falschgeld hin, muss dies in der Strafzumessung ausdrücklich gewürdigt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. August 1988 – 2 StR 399/88, BGHR StGB § 46 Abs. 1 V-Mann 4; BGH, Beschluss vom 21. Juli 1993 – 2 StR 331/93, BGHR StGB § 46 Abs. 1 V-Mann 10). Es genügt nicht, allein die „von Anfang an eine lückenlose polizeiliche Überwachung der Taten“ einzubeziehen.

576. BGH 5 StR 518/09 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG Hamburg)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Verfahrensrüge; Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen); Verfall (Vorrang der Geschädigtenansprüche auch gegenüber der Einziehung).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 73 StGB; § 74 StGB

Liegen hinsichtlich eines Vermögensgegenstand, der im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB für oder aus einer Straftat erlangt ist, zugleich die Voraussetzungen der Einziehung gemäß § 74 StGB vor, so schließt der Vorrang des Geschädigtenanspruchs, der gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB dem Verfall entgegensteht, zugleich auch die Einziehung aus.

599. BGH 2 StR 48/10 – Urteil vom 26. Mai 2010 (LG Bad Kreuznach)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Sichverschaffen kinderpornographischer Schriften (verdrängter Besitz kinderpornographischer Schriften); rechtsfehlerfreies Absehen von der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei Pädophilie (schwere andere seelische Abartigkeit; Persönlichkeitsstörung; Umgang mit Sachverständigen-gutachten; eigene Sachkunde).
§ 176 StGB; § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB; § 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Bei der Beurteilung, ob ein pädophiles Störungsbild unter eines der Eingangsmerkmale der §§ 20, 21 StGB zu subsumieren ist und dadurch die Schuldfähigkeit des Angeklagten erheblich eingeschränkt ist, entscheidet das Gericht nach sachverständiger Beratung (BGH NStZ-RR 2006, 73). Bei seiner Beurteilung ist der Tatrichter nicht gehindert, von dem Gutachten eines vernommenen Sachverständigen abzuweichen. Dabei ist er gehalten, sich mit dessen Darlegungen in einer Weise auseinanderzusetzen, die erkennen lässt, dass er mit Recht eigene Sachkunde in Anspruch genommen hat (BGH NStZ 2007, 114).

2. Nicht jede Devianz in Form einer Pädophilie ist ohne Weiteres mit einer schweren anderen seelischen Abhängigkeit gleichzusetzen (BGH StV 2005, 20).

3. Das Gericht ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gehalten, die Prozessbeteiligten über die vorläufige Bewertung von Beweismitteln – hier des Sachverständigengutachtens – zu informieren. Erst in der Urteilsberatung hat der Tatrichter darüber zu befinden, wie er die erhobenen Beweise einschätzt. Ein Zwischenverfahren, in dem sich das Gericht zu Inhalt und Ergebnis einzelner Beweiserhebungen erklären müsste, ist nicht vorgesehen (vgl. BGHSt 43, 212, 214; BGH NSTZ-RR 2008, 180).

607. BGH 2 StR 171/10 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (neue Tatsache).
Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 66b Abs. 2 StGB

Zwar können auch psychiatrische Befundtatsachen im Einzelfall „neue Tatsachen“ im Sinne des § 66b Abs. 2 StGB darstellen. Maßgeblich ist aber nicht eine neue sachverständige Bewertung von Tatsachen. Entscheidend ist vielmehr, ob die dieser Bewertung zugrunde liegenden Anknüpfungstatsachen im Zeitpunkt der Aburteilung bereits vorlagen und bekannt oder erkennbar waren (BGHSt 50, 275, 278). Tatsachen, die zwar nach der Anlassverurteilung auftreten, durch die sich aber ein im Ausgangsverfahren bekannter bzw. erkennbarer Zustand lediglich bestätigt, können nicht als „neu“ gelten (BGH StV 2007, 29, 30).

610. BGH 2 StR 201/10 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei krankhafter Alkoholsucht oder krankhafter Alkoholüberempfindlichkeit.
§ 63 StGB

Zwar kommt die Anwendung des § 63 StGB nur bei Personen in Betracht, deren Schuldunfähigkeit oder erheblich verminderte Schuldfähigkeit durch einen länger andauernden und nicht nur vorübergehenden Zustand im Sinne der §§ 20, 21 StGB hervorgerufen ist (BGHSt 34, 22, 27). In Fällen, in denen die Verminderung der Schuldfähigkeit letztlich auf Alkoholgenuß zurückzuführen ist, kann § 63 StGB aber ausnahmsweise angewendet werden, wenn der Täter an einer krankhaften Alkoholsucht leidet oder in krankhafter Weise alkoholüberempfindlich ist (BGHSt 34, 313, 314; BGHR StGB § 63 Zustand 9).

549. BGH 3 StR 8/10 – Beschluss vom 4. Februar 2010 (LG Wuppertal)

Strafaussetzung zur Bewährung (Prognoseentscheidung; Verwertung bereits getilgter Eintragungen im Bundeszentralregister); besondere Umstände (Bestreiten der Tat).
§ 51 Abs. 1 BZRG; § 63 Abs. 4 BZRG; § 56 StGB

1. Nach dem gesetzlichen Verwertungsverbot der §§ 51 Abs. 1, 63 Abs. 4 BZRG dürfen aus der Tat, die Gegenstand einer aus dem Bundeszentralregister getilgten Verurteilung ist, keine nachteiligen Schlüsse auf die Persönlichkeit des Angeklagten gezogen werden. Dies gilt auch für die gemäß § 56 Abs. 1 StGB bei der Frage der Strafaussetzung zur Bewährung zu treffenden Prognoseentscheidung.

2. Bei der Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung darf die Verneinung besonderer Umstände nicht darauf gestützt werden, dass der Angeklagte die Tat bestritten hat. Unzulässig ist daher die Erwägung des Tatrichters, es fehle an einem „von Einsicht und Reue getragenen Geständnis“.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

577. BGH GSt 1/09 – Beschluss vom 21. April 2010 (5. Strafsenat)

BGHSt; Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen; notwendige Anwesenheit des Angeklagten; Vorlageverfahren; Anwesenheitsrecht; rechtliches Gehör; Konfrontationsrecht; angemessene Verteidigung; faires Verfahren; Heilung (Verzicht auf weitere Befragung des Zeugen).
§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 132 GVG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK

1. Die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen ist kein Teil der Vernehmung im Sinne von § 247 StPO. (BGHSt)

2. Die fortdauernde Abwesenheit eines nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklag-

ten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet regelmäßig den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO. (BGHSt)

3. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, namentlich angesichts der hohen Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung, die als Anspruch auf rechtliches Gehör und angemessene Verteidigung in Art. 103 Abs. 1 GG sowie durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantiert wird, ist der mit einem Ausschluss des Angeklagten zwangsläufig verbundene Eingriff in seine Autonomie auf solche Verfahrenshandlungen zu beschränken, bei denen der jeweilige Schutzzweck den Ausschluss unbedingt erfordert. (Bearbeiter)

4. Die Erstreckung des Ausschlusses des Angeklagten auf die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen ist

mit Rücksicht auf den Normzweck des § 247 Satz 1 und 2 StPO nicht geboten. Ein Ausschluss des Angeklagten von der Entlassungsverhandlung ist weder aus Gründen der Wahrheitserforschung (§ 247 Satz 1 StPO) erforderlich noch zum Schutz des Zeugen (§ 247 Satz 2 StPO) stets unerlässlich. (Bearbeiter)

5. Die Verhandlung über die Entlassung eines in Abwesenheit des Angeklagten vernommenen Zeugen ist grundsätzlich ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung. (Bearbeiter)

6. Ein Verstoß gegen das Anwesenheitsrecht des Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung kann mit der Folge geheilt werden, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO entfällt. (Bearbeiter)

7. Eine Heilung der Verletzung des Anwesenheitsrechts liegt darin, dass der Angeklagte bei seiner Unterrichtung mitteilt, keine Fragen mehr an den Zeugen stellen zu wollen, oder er dies auf Befragen erklärt, nachdem die zu frühe Entlassung des Zeugen bemerkt wurde. Wenn der Angeklagte in dieser Situation den Zeugen weiter zu befragen wünscht, so ist eine Heilung durch Ladung des Zeugen und ergänzende Befragung möglich. Bleibt der Fehler unbemerkt oder konnte der Zeuge nicht mehr herbeigeschafft werden, so muss der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO auf eine entsprechende Verfahrensrüge hin durchgreifen. (Bearbeiter)

573. BGH 5 StR 51/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Berlin)

BGHSt; verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten durch getarnten Polizeibeamten (Untersuchungshaft); Zwangseinwirkung (Nötigung); Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren; Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur se ipsum accusare; Verdeckter Ermittler; obligatorisches Beweisverwertungsverbot bei Aussagezwang; Täuschungsverbot).

§ 110a StPO; § 136 StPO; § 136a StPO; § 161 StPO; § 163 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 110a StPO; § 240 StGB

1. Verwertungsverbot für verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten durch einen als Besucher getarnten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten unter Zwangseinwirkung. (BGHSt)

2. Der Senat zweifelt – nicht tragend – daran, ob die repressive Generalklausel aus § 161 Abs. 1, § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO hinreichende Ermächtigungsgrundlage für verdeckte Verhöre mit dem Ziel einer Selbstbelastung des Beschuldigten sein kann. (Bearbeiter)

3. Die Aushorchung eines Beschuldigten unter Ausnutzung der besonderen Situation seiner Inhaftierung begründet von vornherein Bedenken gegen die Zulässigkeit einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme. (Bearbeiter)

4. Zwar sind Verdeckte Ermittler berechtigt, unter Nutzung einer Legende selbstbelastende Äußerungen eines Beschuldigten entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten. Sie sind aber nicht befugt,

in diesem Rahmen den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen oder ihn hierzu gar im Sinne des § 240 StGB zu nötigen. Umso mehr gilt dies für Polizeibeamte, die nicht einmal formell als Verdeckte Ermittler tätig sind. (Bearbeiter)

5. In Fällen von Aussagezwang wird ohne Rechtsgrundlage in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten eingegriffen. Der gravierende Rechtsverstoß kann nicht anders als durch Nichtverwertung des hierdurch gewonnenen Beweismittels geheilt werden. (Bearbeiter)

601. BGH 2 StR 78/10 – Beschluss vom 10. Juni 2010 (LG Fulda)

BGHR; Sinn des Beschlusserfordernis in § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO (Beruhen; Unmittelbarkeit; Aufklärungspflicht); erweiterter Urkundsbeweis.

§ 251 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO

1. Das Beschlusserfordernis in § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO soll angesichts der potentiellen Bedeutung der Verlesung für die Zuverlässigkeit der Beweisgewinnung und Rekonstruktion des Tatgeschehens auch gewährleisten, dass das Gericht durch eine gemeinsame Meinungsbildung sowie in seiner Gesamtheit die Verantwortung dafür trägt, ob ausnahmsweise die Einschränkung der Unmittelbarkeit durch den Verzicht auf den Zeugen hinnehmbar ist oder die Aufklärungspflicht die Vernehmung der Beweisperson gebietet. (BGHR)

2. Das Einverständnis von Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagtem nach § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO ist lediglich Voraussetzung für die Entscheidung gemäß § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO, ersetzt aber nicht die nach dieser Vorschrift einzuhaltenden formellen Voraussetzungen, derer es ansonsten nicht bedürfte. (Bearbeiter)

3. Zwar ist es zutreffend, dass das Beruhen nach der Rechtsprechung entfallen kann, wenn den Verfahrensbeteiligten der Grund der Verlesung bewusst war und die persönliche Vernehmung des Zeugen zur weiteren Aufklärung nicht hätte beitragen können (vgl. BGH NSTZ-RR 2007, 52; 2001, 261). Ein solcher Ausschluss des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Verletzung des Gesetzes und dem Urteil kann jedoch mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des Beschlusserfordernisses nur in Ausnahmefällen angenommen werden. (Bearbeiter)

595. BGH 1 StR 644/09 – Beschluss vom 29. April 2010 (LG Hof)

Umsatzsteuerhinterziehung; rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen (Abgrenzung vom Beweisermittlungsantrag; Individualisierung des Zeugen; „Unwahrunterstellung“; Begründung).

§ 370 AO; § 244 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 5 Satz 2 StPO

1. Grundsätzlich sind bei einem auf die Vernehmung eines Zeugen gerichteten Beweisantrag Name und Anschrift des Zeugen zu nennen. Dies ist aber nicht in jedem Fall zwingend erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn die zu vernehmende Person derart individualisiert

ist, dass eine Verwechslung mit anderen nicht in Betracht kommt. Die Nennung eines Namens ist in diesem Zusammenhang dann entbehrlich, wenn der Zeuge unter Berücksichtigung des Beweisthemas über seine Tätigkeit insbesondere in einer Behörde zu individualisieren ist (vgl. BGH VRS 25, 426, 427; BayObLG b. Rütth DAR 1980, 269; OLG Köln NStZ-RR 2007, 150).

2. Wird der Sachbearbeiter eines bestimmten Finanzamts in Litauen für im Detail gekennzeichnete steuerrechtlich erhebliche Vorgänge im Geschäftsbetrieb einer bestimmten Firma als Zeuge benannt, genügt dies dem Individualisierungserfordernis.

3. Eine Prognose, der Auslandszeuge werde die Unwahrheit sagen, kann Grundlage der Ablehnung eines Beweisantrags gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO sein (vgl. BGHSt 40, 60, 62). Der hierfür erforderliche Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 StPO) muss jedoch die für die Ablehnung wesentlichen Gesichtspunkte, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in ihrem tatsächlichen Kern verdeutlichen. Die Begründung der Ablehnung eines Beweisantrages ist nicht nur gegebenenfalls Grundlage einer revisionsrechtlichen Überprüfung der Ablehnung, sondern sie hat auch die Funktion, den Antragsteller davon zu unterrichten, wie das Gericht den Antrag sieht, damit er sich in seiner Verteidigung auf die Verfahrenslage einstellen kann, die durch die Antragsablehnung entstanden ist (BGHSt 40, 60, 63 m.w.N.). Ein unzulänglich begründeter Beschluss zur Ablehnung eines Beweisantrags nicht anhand der Urteilsgründe ergänzt werden, auch wenn die nachgeschobene Begründung tragfähig ist (st. Rspr.). Anderes könnte möglicherweise gelten, wenn den Urteilsgründen der Sache nach die Beweisbehauptungen zu Grunde gelegt wären.

4. Die Zurückweisung eines Beweisermittlungsantrags begründet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Revision nur dann, wenn dadurch die Aufklärungspflicht verletzt wurde. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn das Gericht den Antrag (zu Unrecht) für einen Beweisantrag hielt und ihn nach den hierfür geltenden Regeln beschieden hat (BGH StV 1996, 581; BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 23 jew. m.w.N.).

629. BGH 4 StR 117/10 – Beschluss vom 11. Mai 2010 (LG Zweibrücken)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Rüge einer unzulässigen Tatprovokation; Quantensprung); Wiedereinsetzung zur Anbringung einer Verfahrensrüge.

Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 44 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Ergeben sich die tatsächlichen Voraussetzungen eines geltend gemachten Konventionsverstosses nicht schon aus den Urteilsfeststellungen, muss ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens mit Hilfe einer Verfahrensrüge geltend gemacht werden (vgl. BGH NStZ 2001, 53). Diese Rüge muss den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügen.

588. BGH 1 StR 181/10 – Beschluss vom 8. Juni 2010 (LG Ingolstadt)

Darlegungsanforderungen an die Rüge der Verletzung des § 244 Abs. 5 StPO; Beruhen; gebotene Revisionsgegengerklärung.

§ 244 Abs. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 StPO; § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO

Bei einer auf die nur ausschnittsweise Verlesung eines Schriftstücks – bzw. einer nur teilweisen Anhörung eines aufgenommenen Gesprächs – bezogenen Verfahrensrüge bedarf es der genauen Bezeichnung der verlesenen bzw. angehörten Abschnitte in der Sitzungsniederschrift. Die bloße Dokumentation einer „teilweisen“ Verlesung oder Anhörung genügt in aller Regel nicht (vgl. Senatsbeschlüsse vom 17. Juli 2003 – 1 StR 34/03; 25. Oktober 2006 – 1 StR 424/06; 21. November 2006 – 1 StR 477/06).

590. BGH 1 StR 187/10 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (LG Stuttgart)

Rüge der unterbliebenen Urteilsberatung (Wiedereintritt in die Verhandlung; ausnahmsweise mangelndes Beruhen); Sicherungsverwahrung (Hang).

§ 66 StGB; § 260 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

Gemäß § 260 Abs. 1 StPO hat das Urteil „auf die Beratung“ zu ergehen; diese muss der Urteilsverkündung unmittelbar vorausgehen. Tritt das Gericht nach den Schlussvorträgen und der Beratung wieder in die Verhandlung ein, so muss es vor der Verkündung erneut beraten. Dies gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich auch dann, wenn wie im vorliegenden Fall der Wiedereintritt in die Verhandlung keinen neuen Prozessstoff ergeben hat (BGHR StPO § 260 Abs. 1 Beratung 2; BGH NStZ-RR 1998, 142; BGH NStZ 2001, 106).

609. BGH 2 ARs 196/10 2 AR 112/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (AG Aachen; LG Düsseldorf)

Verbindung durch das gemeinschaftliche obere Gericht; erforderlicher Neubeginn der Hauptverhandlung nach Verfahrensverbindung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot in Haftsachen).

Art. 6 EMRK; Art. 5 Abs. 3 EMRK; § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 3 StPO; § 266 StPO; § 264 StPO

Wird eine weitere Anklage gegen denselben Angeklagten außerhalb der Hauptverhandlung zu einem bereits anhängigen Verfahren mit einer laufenden Hauptverhandlung hinzu verbunden, muss, wenn die Voraussetzungen des § 266 StPO nicht vorliegen, mit der Hauptverhandlung neu begonnen werden (BGHSt 53, 108; vgl. auch Senatsbeschluss vom 28. Mai 2008 – 2 ARs 214/08). Dem Angeklagten darf innerhalb einer laufenden Hauptverhandlung jenseits der Tatidentität des § 264 Abs. 1 StPO und der gesetzlichen Regelung des § 266 StPO eine Anklageerweiterung nicht aufgezwungen werden.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

555. BGH 3 StR 314/09 – Urteil vom 29. April 2010 (LG Kiel)

BGHSt; Bankrott (Beiseiteschaffen von Vermögenswerten; teleologische Reduktion; Zugrifferschwerung von erheblichem Gewicht; ultima-ratio-Charakter des Strafrechts; Fall Mobilcom); Vollstreckungsverweigerung; Zugriff auf Vermögenswerte in Liechtenstein; drohende Zahlungsunfähigkeit.

§ 283 Abs. 1 StGB; § 288 StGB; § 18 Abs. 2 InsO; § 97 InsO; § 98 InsO

1. Ein Beiseiteschaffen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt nur dann vor, wenn der Zugriff auf den weggegebenen Vermögensbestandteil für einen Insolvenzverwalter im Rahmen der Gesamtvollstreckung (Insolvenz) wesentlich erschwert wird. (BGHSt)

2. Der Bankrottatbestand des § 283 StGB erfasst auch Privatinsolvenzen. (Bearbeiter)

3. Ein Beiseiteschaffen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt vor, wenn ein Schuldner einen zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstand dem alsbaldigen Gläubigerzugriff entzieht oder den Zugriff zumindest wesentlich erschwert. Dies kann entweder durch eine Änderung der rechtlichen Zuordnung des Vermögensgegenstands oder eine Zugrifferschwerung aufgrund tatsächlicher Umstände geschehen. (Bearbeiter)

4. Das Tatbestandsmerkmal des Beiseiteschaffens erfasst aufgrund teleologischer Reduktion des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur solche Vermögensverschiebungen, die den Anforderungen eines ordnungsgemäßen Wirtschaftens grob widersprechen. (Bearbeiter)

5. Rechtsgut des § 283 StGB ist vor allem der Schutz der etwaigen Insolvenzmasse vor einer unwirtschaftlichen Verringerung zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger. § 283 StGB dient somit dem Schutz der Gesamtvollstreckung (Insolvenz). Da im Falle der Insolvenz der Insolvenzverwalter die Interessen der Gläubigersamtheit wahrnimmt, ist die Prüfung einer Zugrifferschwerung auf die rechtlichen und tatsächlichen Zugriffsmöglichkeiten eines (gedachten) Insolvenzverwalters unter Berücksichtigung seiner Auskunftsrechte gegenüber dem Schuldner unmittelbar nach der Tathandlung zu beziehen. Ob für einen einzelnen Gläubiger die Zwangsvollstreckung schwieriger geworden ist als vor dem Vermögenstransfer ist demgegenüber für § 283 StGB irrelevant. (Bearbeiter)

6. Jedenfalls bei einer aus den Kontounterlagen nachvollziehbaren Überweisung auf ein ausländisches Konto kann das Tatbestandsmerkmal des Beiseiteschaffens nur bejaht werden, wenn für einen (gedachten) Insolvenz-

verwalter Schwierigkeiten von Gewicht bestehen, auf den überwiesenen Geldbetrag in angemessener Zeit zum Zwecke der Befriedigung der Gläubigersamtheit zuzugreifen. (Bearbeiter)

7. Die Frage, ob für den Insolvenzverwalter der Zugriff auf vom Schuldner ins Ausland transferiertes Geld wesentlich erschwert worden ist, richtet sich – außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO; ABl. L 160 S. 1) oder bilateraler Abkommen – allein nach dem Insolvenz-(Konkurs-)recht sowohl des ausländischen Staates, in dessen Hoheitsgebiet das Konto geführt wird, und den daraus resultierenden rechtlichen und tatsächlichen Erschwernissen, als auch nach deutschem Insolvenzrecht. Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass für den Schuldner die nach § 98 InsO erzwingbaren Auskunfts- und Mitwirkungspflichten gemäß § 97 InsO die Erteilung einer so genannten Auslandsvollmacht umfassen, wenn Anhaltspunkte für Vermögen des Schuldners im Ausland bestehen und die Befugnisse des Insolvenzverwalters im Ausland nicht ohne weiteres anerkannt werden (BGH NJW-RR 2004, 134, 135). (Bearbeiter)

8. Um drohende Zahlungsunfähigkeit festzustellen, ist nach der auch für das Strafrecht geltenden Definition des § 18 Abs. 2 InsO eine Prognose erforderlich, die sich zunächst auf alle fälligen Verbindlichkeiten des Angeklagten zu den Tatzeitpunkten beziehen muss. Zusätzlich können nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fällig werdende Verbindlichkeiten in die Betrachtung einbezogen werden. Bei der Prognose ist die drohende Zahlungsunfähigkeit von einer nur vorübergehenden Zahlungsstockung abzugrenzen (BGHZ 163, 134). (Bearbeiter)

630. BGH 4 StR 126/10 – Urteil vom 17. Juni 2010 (LG Bochum)

BGHSt; Anordnung des Verfalls oder des Verfalls des Wertersatzes gegen Jugendliche oder Heranwachsende (Ausschluss der Geldstrafe; Entreicherung; Bruttoprinzip; Härtefälle); Beschränkung der Revision.

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 2 Abs. 2 JGG; § 6 JGG; § 8 Abs. 3 JGG; § 344 Abs. 1 StPO

1. Die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls des Wertersatzes gegen Jugendliche oder Heranwachsende, auf die Jugendstrafrecht angewendet wird, ist zulässig; das gilt auch, wenn der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Täters vorhanden ist. (BGHSt)

2. Eine isolierte Anfechtung der unterbliebenen Anordnung des Verfalls oder des Wertersatzverfalls ist grundsätzlich zulässig. Das gilt auch im Jugendstrafrecht. (Bearbeiter)

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs sind Hilfsverwägungen zur Rechtsfolgenentscheidung unzulässig. Dies gilt auch im Jugendstrafrecht. (Bearbeiter)

579. BGH 1 StR 111/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG München II)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Tenorierung; Konkurrenzen; Bruttolohn; milderes Gesetz); Betrug (Täuschung durch Unterlassen; Irrtum).
§ 266a StGB; § 263 StGB; § 13 StGB; § 28a SGB IV; § 2 Abs. 3 StGB

1. Beim Unterlassen der Meldung von Arbeitnehmern an die zuständigen Sozialversicherungsträger durch den Arbeitgeber kommt eine Verurteilung wegen Betruges zwar grundsätzlich in Betracht. Den Arbeitgeber trifft nach § 28a SGB IV eine Meldepflicht, wonach er die für die Bemessung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags maßgeblichen Anknüpfungstatsachen hinsichtlich aller bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer der Einzugsstelle mitzuteilen hat. Verletzt der Arbeitgeber diese Verpflichtung, indem er bewusst unwahre oder unvollständige Angaben macht, die zu einem geringeren Gesamtsozialversicherungsbeitrag führen, kann dies eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB darstellen.

2. Eine Täuschung kann in solchen Fällen jedoch nur angenommen werden, wenn durch das Unterlassen der Meldung der Arbeitnehmer gegenüber einem Mitarbeiter einer Einzugsstelle zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht wird, dass keine oder lediglich die gemeldeten Arbeitnehmer tatsächlich bei dem fraglichen Arbeitgeber beschäftigt sind. „Täuschungen und korrespondierende Irrtümer von Mitarbeitern einer Einzugsstelle durch unrichtige Meldungen über die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung von Arbeitnehmern kommen nur in Betracht, wenn und soweit hinsichtlich der beschäftigten Arbeitnehmer Meldungen an diese Einzugsstelle hätten erfolgen müssen (vgl. § 28f, 28i SGB IV). Darauf beschränkt sich der Erklärungswert der Meldungen und die Mitarbeiter der Einzugsstelle machen sich nur insoweit Gedanken über die Geltendmachung von Sozialversicherungsbeiträgen.

3. Falls gegenüber den für beschäftigte Arbeitnehmer zuständigen Einzugsstellen keine Erklärungen über die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung von Arbeitnehmern erfolgen, kann bei den Mitarbeitern der zuständigen Einzugsstellen ein Irrtum nur vorliegen, wenn der Arbeitgeber dort erfasst ist (vgl. BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 1; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 5 und 8).

4. Die neben § 266a Abs. 1 StGB erfolgende Anwendung des § 266a Abs. 2 StGB wirkt sich lediglich auf den Schuldumfang aus und führt nicht zu einer tateinheitlichen Verwirklichung verschiedener Tatbestände (vgl. BGH NStZ 2007, 527; wistra 2008, 180; StraFo 2008, 219).

5. Bis zur Einführung des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV konnte in Fällen illegaler Beschäftigung eine Nettolohnabrede nicht angenommen werden (vgl. BGHSt 53, 71 m.w.N.). Demnach war der Berechnung der vorenthalte-

nen Sozialversicherungsbeiträge der tatsächlich an die illegal beschäftigten Arbeitnehmer gezahlte Lohn zu Grunde zu legen. (Bearbeiter)

566. BGH 3 StR 561/08 – Beschluss vom 13. Januar 2009 (LG Kleve)

Aufklärungshilfe (Erörterung einer Strafmilderung; eigenständige Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage).

§ 31 Abs. 1 BtMG

1. Die strafmildernde Berücksichtigung einer Aufklärungshilfe gemäß § 31 Nr. 1 BtMG kommt nur in Betracht, wenn der Tatrichter die Überzeugung gewinnt, dass die Darstellung des Täters über die Beteiligung Anderer an der Tat zutrifft, wobei der Zweifelsgrundsatz dem Täter hier nicht zugutekommt.

2. Die Entscheidung über die Anwendung des § 31 Abs. 1 BtMG erfordert eine eigene Überzeugungsbildung des Tatrichters. Hierbei darf er sich nicht an die Bewertung der Aussage des Angeklagten durch andere Gerichte in Verfahren gegen die vom Angeklagten belasteten Dritten gebunden fühlen, sondern hat eine eigenständige Würdigung der für und gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage des Angeklagten sprechenden Umstände vorzunehmen.

3. Gelingt es – etwa wegen des Zweifelssatzes – letztlich nicht, einen von einem Angeklagten benannten Mittäter zu überführen, so steht dies der Annahme eines Aufklärungserfolgs im Sinne des § 31 Abs. 1 BtMG nicht entgegen.

596. BGH 2 StR 102/10 – Urteil vom 19. Mai 2010 (LG Darmstadt)

Strafmilderung infolge einer Aufklärungshilfe (sichere Grundlage für den Tatnachweis; Aufklärungsmotivation); Strafzumessung (Milderung infolge erlittener Untersuchungshaft; erhöhte Haftempfindlichkeit wegen Trennung von der in Deutschland lebenden Familie).

§ 31 BtMG aF; § 46 StGB

1. Für die Milderung gemäß § 31 BtMG ist es nicht erforderlich, dass die Tat ohne die Angaben des Angeklagten nicht oder nicht vollständig aufgeklärt worden wäre. Vielmehr reicht es für die Annahme eines Aufklärungserfolgs aus, wenn die Angaben eines Angeklagten eine sichere Grundlage für den Nachweis der betreffenden Taten der belasteten Person schaffen (BGH StV 2000, 623; 1991, 66, 67).

2. § 31 Nr. 1 BtMG setzt keine bestimmte Aufklärungsmotivation voraus, sondern stellt nach seinem Sinn und Zweck allein auf das Vorliegen eines objektiven Aufklärungserfolgs ab (vgl. BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 5; BGH StV 1991, 67; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2001, 149). Insbesondere schließt ein mögliches Motiv, das Gewicht eigener Tatbeiträge herunterzuspielen, keinen Ausschlussgrund dar.

3. Die Trennung des Angeklagten von seiner in Deutschland lebenden Familie infolge einer unbedingten Freiheitsstrafe ist kein die Strafe mildernder Gesichtspunkt.

4. Der Vollzug der Untersuchungshaft an sich darf nicht mildernd berücksichtigt werden. Dass der Täter in der zur Verhandlung anstehenden Sache Untersuchungshaft erlitten hat, ist bei der Verhängung der Freiheitsstrafe regelmäßig ohne Bedeutung, da die Untersuchungshaft nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet wird. Anderes kann nur gelten, wenn das Gericht zusätzliche, den Angeklagten besonders beschwerende Umstände im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft feststellt.

584. BGH 1 StR 59/10 – Beschluss vom 25. Mai 2010 (LG Bayreuth)

Unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; bewaffnetes Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Messer; minder schwerer Fall; mögliche Bewertungseinheit: Entscheidungskompetenz des Tatrichters, erforderliche Feststellungen).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BtMG; § 52 StGB; § 354 StPO

1. Mehrere Rauschgiftgeschäfte sind dann im Sinne von Tateinheit in einer Bewertungseinheit verbunden, wenn sie in ein und demselben Güterumsatz in einem Handlungsteil, etwa bei Erwerb, Lieferung oder Bezahlung des Kaufpreises in einer Gesamtmenge oder in einem Geldbetrag zusammenreffen (st. Rspr.). Zu den erforderlichen Feststellungen für eine Schuldspruchänderung durch das Revisionsgericht.

2. Eine Bestrafung gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt voraus, dass der Täter bei der Tat eine Schusswaffe oder einen Gegenstand mit sich führt, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist. Bei einem Messer muss hierfür eine subjektive Zweckbestimmung durch denjenigen festgestellt werden, der den Gewahrsam an dem Gegenstand hat. Diese Zweckbestimmung, die von dem Bewusstsein, den Gegenstand gebrauchsbereit mit sich zu führen, zu unterscheiden ist, braucht nicht im Hinblick auf die konkret beabsichtigte Straftat getroffen worden zu sein, da § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG insoweit keine Verwendungsabsicht erfordert; es reicht aus, wenn die genannte Zweckbestimmung zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Tatbegehung erfolgt ist (st. Rspr.). Vielfach ergibt sich diese Zweckbestimmung ohne weiteres aus den äußeren Umständen; hierzu können etwa die Beschaffenheit des Gegenstandes ebenso zählen, wie seine sonstigen Verwendungsmöglichkeiten oder Ort und Art seiner Aufbewahrung. Fehlt ein nachvollziehbarer Grund dafür, dass der Täter einen objektiv gefährlichen Gegenstand griffbereit mit sich führt, ohne dass er ihn je zur Verletzung von Menschen bestimmt hätte, bedarf die Annahme einer entsprechenden Zweckbestimmung durch ihn regelmäßig keiner besonderen Begründung (vgl. BGHSt 43, 266, 269; BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Gegenstand 5). Kommt dagegen bei einem gängigen Gebrauchsgegenstand nach den Umständen des Falles die Möglichkeit in Betracht, dass ihn der Täter aus sonstigen Gründen mit sich führte, so ist die Annahme, er habe ihn zur Verletzung von Menschen bestimmt, konkret zu begründen; der Hinweis, dass dieser Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit zur Verlet-

zung von Menschen geeignet sei, genügt dann nicht (st. Rspr.).

3. Der zugleich erfüllte § 29a Abs. 1 BtMG tritt hinter § 30a BtMG zurück. Der Strafraum des § 29a Abs. 1 BtMG entfaltet auch im minder schweren Fall des § 30a Abs. 3 BtMG auch hinsichtlich der Mindeststrafe keine Sperrwirkung (vgl. schon BGH NJW 2003, 1679, 1680). An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest.

616. BGH 2 StR 246/10 – Beschluss vom 10. Juni 2010 (LG Marburg)

Voraussetzungen des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln (Eigenbesitzer; Fremdbesitzer).

§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG

Besitzen im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes setzt ein bewusstes tatsächliches Innehaben, ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis sowie Besitzwillen und Besitzbewusstsein voraus, die darauf gerichtet sind, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf das Betäubungsmittel zu erhalten (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 54, 55; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Besitz 2, 4 m.w.N.; BGHSt 26, 117; 27, 380, 381). Besitzer im betäubungsrechtlichen Sinne ist aber nicht nur der Eigenbesitzer. Auch der Fremdbesitzer, der die tatsächliche Verfügungsgewalt für einen anderen ausübt und keine eigene Verfügungsgewalt in Anspruch nehmen will, ist Besitzer.

562. BGH 3 StR 500/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Oldenburg)

Betrug (Irrtum und Täuschung bei einer Tat in einem arbeitsteilig tätigen Unternehmen).

§ 263 Abs. 1 StGB

Im Falle einer Verurteilung wegen Betruges durch Täuschung von Mitarbeitern eines arbeitsteilig tätigen Unternehmens müssen die Urteilsgründe regelmäßig darlegen, wer im konkreten Fall auf welcher Grundlage und mit welchen Vorstellungen die Entscheidung über die Erbringung der vom Täter erstrebten Leistung getroffen und damit die Verfügungsvorgeschlossen hat.

643. BGH 4 StR 208/10 – Beschluss vom 1. Juni 2010 (LG Rostock)

Voraussetzung der Einheitsjugendstrafe (Einbeziehung früherer Verurteilungen).

§ 31 Abs. 2, Abs. 3 JGG

Gemäß § 31 Abs. 2 Satz 1 JGG ist bei der Ahndung von Straftaten nach Jugendstrafrecht, wenn eine anderweitig bereits rechtskräftig verhängte Jugendstrafe noch nicht erledigt ist, grundsätzlich auf eine einheitliche Rechtsfolge zu erkennen. Von der Einbeziehung der früheren Verurteilung darf nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn dies aus erzieherischen Gründen zweckmäßig ist (§ 31 Abs. 3 Satz 1 JGG). Ein Absehen von der Einbeziehung erfordert Gründe, die unter dem Gesichtspunkt der Erziehung von ganz besonderem Gewicht sind und zur Verfolgung dieses Zwecks über die üblichen Strafzumessungsgesichtspunkte hinaus das Nebeneinander zweier Jugendstrafen notwendig erscheinen lassen (vgl. BGHSt 36, 37, 42 ff.; BGH StraFo 2004, 394 m.w.N.).

Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Absenkung des Schadenserwartungswerts aus unternehmensbezogenen Straftaten

Zum Grundproblem der Bestimmung der Compliance-Schuld

Von Prof. Dr. Dennis Bock, Würzburg*

Der Beitrag befasst sich mit der Auslegung der Criminal-Compliance-Normen (z.B. § 130 OWiG). Der Begriff der gebotenen Aufsichtsmaßnahmen ist in höchstem Maße konkretisierungsbedürftig. Es wird aufgezeigt, dass sich das Maß der gebotenen Compliance-Maßnahmen nach dem Schadenserwartungswert der unternehmerischen Tätigkeiten richtet. Rechtlicher Inhalt der Aufsichtspflicht ist die Absenkung des Schadenserwartungswerts aus unternehmensbezogenen Straftaten auf ein rechtlich im Interesse der sozial nützlichen wirtschaftlichen Entfaltung noch gebilligtes Maß.

A. Einführung

Der englische Begriff der (Criminal) Compliance, der Eingang in die deutsche Wirtschaftspraxis und das deutsche Wirtschafts(straf)recht gefunden hat, ist mehrdeutig. Erstens umschreibt er die Befolgung rechtlicher Pflichten. Criminal Compliance umschreibt dann die Nichtverwirklichung von Straftatbeständen (und Ordnungswidrigkeiten, wenn man einen weiten Strafrechtsbegriff anlegt). Zweitens, und das ist das sich mittlerweile durchsetzende Verständnis, wird mit Compliance die Gesamtheit aller Aufsichtsmaßnahmen bezeichnet, um ein rechtmäßiges Verhalten aller Unternehmensangehörigen im Hinblick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote zu gewährleisten. Criminal Compliance sind hier nach strafbewehrte Aufsichtspflichten zur Verhinderung von Mitarbeiterstraftaten. Nach einer Ermittlung der individuellen Aufsichtsverantwortlichkeit nach der jeweiligen Criminal-Compliance-Norm – etwa aufgrund § 130 OWiG¹ – bedarf es der Festlegung konkret gebotener Aufsichtsmaßnahmen. Den strafrechtlichen Rechtsgrundlagen der Compliance i.e.S. ist ein grundsätzlicher Maßstab gemein: Es besteht die Rechtspflicht zu erstens

möglichen, zweitens erforderlichen und drittens zumutbaren Maßnahmen.²

B. Möglichkeit

Die Aufsichtsmaßnahme muss dem jeweiligen Verbandsmitglied tatsächlich möglich sein. Unmögliches wird auch strafrechtlich nicht geschuldet.³ Die tatsächliche Unmöglichkeit dürfte angesichts des oft erheblichen wirtschaftlichen Unternehmenspotentials selten sein. Auf die Idee, technisch Unmögliches⁴ an Sicherheitsvorkehrungen o.ä. zu verlangen, wird kein Gericht kommen. Eine persönliche Unmöglichkeit des Unternehmensführers begründet ihrerseits ein mindestens fahrlässiges Organisationsverschulden. Bei vorsätzlicher Herbeiführung der Unmöglichkeit kommt eine *omissio libera in causa* in Betracht.⁵ Arbeitsüberlastung, Krankheit oder Abwesenheit sind in diesem Rahmen irrelevant. In Vorverlagerung des Anknüpfunggrundes wird insofern auf die unterlassene Vorsorge hinsichtlich geeigneter Vertreter abgestellt.⁶ Es ist anerkannt, dass es keinen Zwang zur höchstpersönlichen Erfüllung der Sorgfaltspflichten

² Vgl. nur BGH NStZ 1997, 545, 546; BGH NStZ 1986, 34; OLG Koblenz MDR 1973, 606; OLG Düsseldorf wistra 1999, 115, 116; Meier NJW 1992, 3193, 3195.

³ Statt aller Fischer, StGB, 57. Aufl. (2010), § 13 Rn. 42 sowie § 357 Rn. 5; BGHSt 4, 22; zu § 357 StGB BayObLGSt 51, 199; zum Wehrstrafrecht Schölz/Lingens, WStG, 4. Aufl. (2000), § 41 Rn. 10; RMG 1, 131; RMG 4, 293; RMG 10, 90; zum Völkerstrafrecht Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 459 f., 476; Weigend, in: MüKo-StGB, (2009), § 4 VStGB Rn. 48; Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, (2002), S. 688 f.

⁴ Vgl. Lenckner, in: Bockelmann (Hrsg.), FS Engisch, 1969, 490, 500.

⁵ Vgl. zu § 266a StGB BGH NJW 2002, 2480, 2481; zum Völkerstrafrecht Weigend, in: MüKo-StGB (Fn. 3), § 4 VStGB Rn. 51.

⁶ Hermanns/Kleier, Grenzen der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, 1987, S. 68.

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht (Lehrprofessur) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Hierzu und zur Criminal Compliance allgemein Bock ZIS 2009, 68.

gibt.⁷ (Nur) In diesem Sinne kann man auch sagen, dass betriebsbezogene Anforderungen erhöht sind, da Organisationen mehrere Personen und Spezialisten zur Überwachung und Kontrolle der Gefahrenquellen einer Unternehmenseröffnung und -betriebs einsetzen können.⁸

Von Relevanz könnte aber das Fehlen notwendiger finanzieller Mittel sein. Die Möglichkeiten risikovermindernden Verhaltens werden spätestens durch den vorhandenen Unternehmenswert begrenzt. In Fällen der finanziellen Mittellosigkeit bleibt allein die Ergreifung kostenloser Maßnahmen möglich, insbesondere in Gestalt einer Information von Behörden.

Eine rechtliche Unmöglichkeit schließt die Garantienpflicht nur dann schon auf Ebene der individuellen Handlungsfähigkeit aus, wenn gerade die Vornahme einer entsprechenden Rechtshandlung verlangt wird, z.B. bei Insolvenzanträgen.⁹ Im Übrigen betrifft die Frage, ob eine faktisch mögliche Aufsichtsmaßnahme auch rechtlich zulässig ist, die Zumutbarkeit.¹⁰

C. Erforderlichkeit

Die vom Täter unterlassene Handlung (hier: Aufsichtsmaßnahme) muss erforderlich sein.¹¹ Dies beinhaltet (wie bei § 32 StGB auch), dass zum einen nur zur Erfolgsabwendung – hier also insbesondere der Verhinderung einer Mitarbeiterstraftat – geeignete Mittel eingesetzt werden müssen, zum anderen der Täter bei gleicher Eignung das für ihn mildeste wählen darf.

Geeignet sollen solche Maßnahmen sein, die aufgrund ihrer verhaltensbeeinflussenden Wirkung eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bieten, dass unternehmensbezogene Verfehlungen unterbleiben.¹² Unklar bleibt dann aber, was unter einer hohen Wahrscheinlichkeit zu verstehen ist. Vorzugswürdig dürfte es daher sein, für die Geeignetheit jede Verringerung des Risikos ausreichen zu lassen. Dies legt auch ein Vergleich mit § 32 StGB nahe. Die Frage der Höhe der probabilistischen Risikoverminderung der Aufsichtsmaßnahme ist hiervon zu trennen und als Eignungsgrad zu kennzeichnen. Die Ebene der Geeignetheit eliminiert nur solche Bemühungen aus dem

Pflichtenumfang, die das Risiko unverändert lassen oder gar erhöhen.

Autoren, die bei § 130 OWiG die Geeignetheit einer Aufsichtshandlung an eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass Straftaten unterbleiben, knüpfen¹³, halten offenbar nicht jedes Verhalten, das eine Chance größer Null zur Verminderung des Risikos bildet, für geeignet. Zwar erfordert die Norm ein hypothetisches wesentliches Erschweren der Zuwiderhandlung. Allerdings betrifft dies nur die ex post erfolgende Zurechnung der objektiven Bedingung der Ahndbarkeit zum Unterlassen. Eine ex ante feststehende hohe Chance – die Wesentlichkeit wird so zu Recht unformuliert – der Erschwerung ist nicht Voraussetzung der vorzunehmenden Handlung. Unterschiedliche Eignungsgrade, insbesondere Möglichkeiten zur Verhaltensbeeinflussung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten¹⁴, beeinflussen dann die Erforderlichkeit als Auswahl des geeignetsten Mittels.¹⁵ Äußerungen in der Rechtsprechung, dass sich die Aufsichtsmaßnahmen daran zu orientieren hätten, dass die betriebsbezogenen Pflichten aller Voraussicht nach eingehalten werden oder solchen Verstößen weitgehend vorgebeugt wird¹⁶, sind in diesem Sinne bei der Erforderlichkeit einzuordnen.¹⁷

Dies entspricht auch der Rechtslage bei § 13 StGB: Geeignet ist hier jede tatsächliche Rettungsmöglichkeit, jede Rettungschance muss genutzt werden.¹⁸ Nur die sicher voraussehbare Erfolglosigkeit eines Rettungsbemühens lässt eine Handlungspflicht entfallen.¹⁹ Es ist nicht Voraussetzung, dass ex ante feststeht, die Handlung werde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (so ja die herrschende Definition der Quasi-Kausalität) den Eintritt des drohenden Erfolgs verhindern. Dies ist nur für die Zurechnung des eingetretenen Erfolgs bedeutsam. Unter mehreren geeigneten Handlungsmöglichkeiten muss der Täter diejenige auswählen, die unter den gegebenen Umständen am sichersten den Erfolg abzuwenden vermag.²⁰ Maßstab ist die größtmögliche Verringerung

⁷ Alexander, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen, (2005), S. 195 f.; Stree, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl. (2006), vor § 13 Rn. 152; vgl. auch BGH NStZ 2002, 421, 423; OLG Hamm VRS 34, 149.

⁸ Dannecker, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen, (2000), 209, 216.

⁹ Weigend, in: LK, 12. Aufl. (2007), § 13 Rn. 65.

¹⁰ Rogall, in: KK-OWiG, 3. Aufl. (2006), § 130 Rn. 38; unklar Hilgers, Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter, 2000, S. 30.

¹¹ Zu § 13 StGB vgl. nur Kühl, AT, 6. Aufl. (2008), § 18 Rn. 27; zu § 130 OWiG, in dessen Wortlaut das Merkmal ausdrücklich vorkommt, vgl. nur Rogall, in: KK-OWiG (Fn. 10), § 130 Rn. 37 ff.; zum Völkerstrafrecht Werle (Fn. 3), Rn. 76 ff.; Weigend, in: MüKo (Fn. 3), § 4 VStGB Rn. 49; Weigend, in: MüKo-StGB (Fn. 3), § 13 VStGB Rn. 17.

¹² Töbrens NStZ 1999, 1, 4 zu § 130 OWiG; Rogall, in: KK-OWiG, (Fn. 10), § 130 Rn. 43 ff.

¹³ So Töbrens NStZ 1999, 1, 4 zu § 130 OWiG; Rogall, in: KK-OWiG, (Fn. 10), § 130 Rn. 43 ff. (allerdings verwendet Rogall in Rn. 43 auch den Maßstab „Aufsichtsmaßnahmen, von denen keinerlei Verhaltensbeeinflussung ausgehen kann“, wovon man doch wohl nur sprechen kann, wenn die Chance Null beträgt).

¹⁴ Rogall, in: KK-OWiG, (Fn. 10), § 130 Rn. 44 ff.

¹⁵ A.A. (oder missverständlich) Kolbe NZA 2009, 228, 230: „Gegen vorsätzlichen Rechtsbruch ist jedes Compliance-System machtlos. Was sonst hätte Siemens tun sollen, als den Arbeitnehmer mit schriftlicher Weisung (Regelwerk „Organisations- und Aufsichtspflichten im Unternehmen“) auf Redlichkeit im geschäftlichen Verkehr zu verpflichten?“; gewiss lassen sich vielfache Kontrollmaßnahmen denken, die möglich und allenfalls unzumutbar sind.

¹⁶ BGHSt 25, 158, 163 = BGH NJW 1973, 1511, 1513 f.; OLG Zweibrücken NStZ-RR 1998, 311, 312; OLG Stuttgart NJW 1977, 1410.

¹⁷ Vgl. Alexander, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen, (2005), S. 238.

¹⁸ Vgl. nur, auch zum Folgenden, Stree, in: Schönke/Schröder, (Fn. 7), vor § 13 Rn. 149, ferner Weigend, in: LK, (Fn. 9), § 13 Rn. 63; vgl. auch das Völkerstrafrecht, hierzu Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 477; Weigend ZStW 2004, 999, 104.

¹⁹ BGH NStZ 2000, 415; BGH NJW 2003, 526.

²⁰ Weigend, in: LK (Fn. 9), § 13 Rn. 63.

des Risikos, so dass ggf. auch mehrere Mittel kumulativ zu ergreifen sind.

Der Topos der Erforderlichkeit enthält aber auch eine täterbegünstigende Einschränkung. Er darf sich auf das für ihn mildeste Mittel beschränken: Zwischen mehreren gleich geeigneten Maßnahmen (aber nur zwischen diesen) darf ein Aufsichtspflichtiger die mit der geringsten Belastungswirkung (Aufwand) wählen.²¹ Dies gilt aber nur im Verhältnis der Alternativität, d.h. nur dann, wenn nicht eine weiter risikosenkende Kumulation mehrerer Mittel möglich ist.

Die Probleme der Ermittlung von Graden der Geeignetheit können freilich zu Irrtümern des Täters (§§ 11 I OWiG, 16 I StGB, so dass dann allein eine Versuchs- oder Fahrlässigkeitstrafbarkeit bleibt) und prozessualen Schwierigkeiten führen.

D. Zumutbarkeit (als Nutzenüberschuss)

I. Allgemeines

Es ist umstritten, wie die Zumutbarkeit der vorzunehmenden Handlung dogmatisch einzuordnen ist. Teilweise wird hierin ein objektives Tatbestandsmerkmal²² des unechten Unterlassungsdelikts gesehen, teilweise wird die Unzumutbarkeit als Rechtfertigungs-²³ oder Schuld- ausschließungsgrund²⁴ angesehen. Gute Gründe sprechen für eine Lozierung bereits im objektiven Tatbestand, so dass tatbestandlich nur ein objektiv rationales Verhalten geschuldet, dessen Konturen über die Frage der Erforderlichkeit hinaus gehen, da diese nur vom Risiko für das Rechtsgut her gedacht wird. Das Merkmal des § 323c StGB gilt insofern auch für unechte Unterlassungsdelikte.²⁵ Bei Begehungsdelikten liegt dies anders; tatbestandlich ist deren Begehen stets zumutbar. Bei Unterlassungsdelikten ist aber aktives Handeln erforderlich, welches nicht pauschal zu fordern ist. Der Unterschied zu den Rechtfertigungsgründen besteht darin, dass es um eine grundsätzliche Bestimmung des Pflichteninhalts geht, nicht nur um Ausnahmefälle im konkreten Einzelfall. Es handelt sich gewissermaßen um eine teleologische Reduktion zu weit gefasster Tatbestände, die methodisch nichts Besonderes ist und sich aus den ambivalenten Konsequenzen einengender Handlungspflichten

speist. In § 130 I 1 OWiG ist das Merkmal der Zumutbarkeit in der „gehörigen“ Aufsicht enthalten.²⁶

Eine Grunddefinition der Zumutbarkeit stellt auf eigene billigenswerte Interessen in erheblichem Umfang in einem angemessenen Verhältnis zum drohenden Erfolg ab.²⁷ Es handelt sich um eine Abwägung der preisgebenden Interessen gegen die zu schützenden Interessen. Es ist kein inhaltsleeres Merkmal mit Korrektivfunktion in Fällen diffuser Billigkeit. Richter sollen auch nicht zu Straffreistellungen ermächtigt werden, die keine Grundlage im Gesetz haben.²⁸ Der Ausgangspunkt der Optimalität der Rettungshandlung muss auf ein rational zumutbares Maß reduziert werden. Dies ließe sich übrigens auch durch eine entsprechend restriktive Auslegung der Erforderlichkeit erreichen.²⁹ Denkbar ist es zwar eigentlich auch, immer dann ein Optimum zu verlangen, wenn der Gesetzgeber nicht Aspekte normiert, aus denen sich eine Unzumutbarkeit ergibt. Strafnormen sind ja auch gerade der gesetzgeberische Versuch, ein Verbot riskanter Handlungen zu statuieren. Die Forderung eines Optimums an risikomindernden positiven Handlungen ist aber ein ganz anderer Eingriff in auch grundrechtliche Freiheiten als das schon hinreichend problematische Unterlassen riskanter Begehungen.

Das klassische Individualstrafrecht ist am Leistungsoptimum des Einzelnen ausgerichtet.³⁰ Bereits im traditionellen Strafrecht wird aber von keinem Täter verlangt, eigene billigenswerte Interessen im erheblichen Umfang zu gefährden.³¹ Dies ist eine Abwägung von Aufwand und Nutzen. Der verbreitete Duktus der Exzeptionalität einer Unzumutbarkeit liegt allein daran, dass in aller Regel der Aufwand des Unterlassenden gering ist. Anders ist dies aber bei der Festlegung rechtlich gebotener Unternehmensaufsicht. Jede Aufsichtsmaßnahme erzeugt Kosten, die in komplexen Organisationen beträchtliche Ausmaße erreichen können. Zumutbarkeit im Wirtschaftsverkehr bedeutet immer die Berücksichtigung der Kosten.³² Es bedarf einer Bestimmung des erlaubten Risikos durch utilitaristische Nutzen-Kosten-Bilanzierung, mittels derer die widerstreitenden Interessen in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden.³³

Die Nachteile einer Aufsichtsmaßnahme dürfen nicht höher sein als die Vorteile in Gestalt der Risikoreduzierung. So sind auch Äußerungen der Rechtsprechung zu

²¹ Rogall, in: KK-OWiG (Fn. 10), § 130 Rn. 38, 48.

²² Vgl. BGH NJW 2002, 2480, 2481 („ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“); BGH NJW 2009, 3173, 3175; die ältere Rechtsprechung ist aber uneinheitlich, vgl. RGSt 58, 59; 58, 227; 77, 127; BGHSt 6, 57; BGH NJW 1964, 731, 732; für Tatbestandswirkung auch Fischer (Fn. 3), § 13 Rn. 16; Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), vor § 13 Rn. 155; Weigend, in: LK (Fn. 9), § 13 Rn. 68; zur Zumutbarkeit als Grenze zivilrechtlich gebotener Sicherungsmaßnahmen vgl. Wagner, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 258 mit Nachweisen zur Rechtsprechung; im Völkerstrafrecht spricht man auch von Angemessenheit, vgl. nur Weigend, in: MüKo-StGB (Fn. 3), § 4 VStGB Rn. 49; Weigend, in: MüKo-StGB, 2009, § 13 VStGB Rn. 17; Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, (2002), S. 688.

²³ So aber z.B. Köhler, AT, 6. Aufl. (1997), S. 297 f.

²⁴ So die wohl h.L., vgl. nur Kühl AT, 6. Aufl. (2008), § 18 Rn. 140; Roxin, Strafrecht AT II, (2003), § 31 Rn. 233 f.

²⁵ Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), vor § 13 Rn. 155.

²⁶ Rogall, in: KK-OWiG, (Fn. 10), § 130 Rn. 49; vgl. auch etwa KG VRS 1986, 29, 30; OLG Düsseldorf wistra 1999, 115, 116.

²⁷ Vgl. Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 7) vor § 13 Rn. 156.

²⁸ Vgl. aber Dannecker, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen, (2000), 209, 234; vgl. auch Alexander a.a.O. (Fn. 17) S. 56.

²⁹ Vgl. Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 356 f.

³⁰ Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, (1995), S. 139 f.

³¹ Vgl. nur Fischer (Fn. 3) § 13 Rn. 44.

³² Dies wird zivilrechtlich genauso gesehen, vgl. Sprau, in: Palandt, 68. Aufl. 2009, § 823 Rn. 51; zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit BGH NJW 2007, 762.

³³ Mayer, Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittel-schäden, (2008), S. 174; vgl. auch Wagner, in: MüKo-BGB (Fn. 22) § 823 Rn. 259.

konkretisieren, die betonen, dass an eine Unternehmensaufsicht keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürfen.³⁴ Auch in der Literatur findet sich die Unzumutbarkeit von aufgrund ihres Umfangs und damit aus Kostensicht wirklichkeitsfremden und überspannten Maßnahmen.³⁵ Es darf auch nicht vergessen werden, dass ein Aufsichtspflichtiger letztlich für Fehlverhalten eines Dritten verantwortlich gemacht wird.³⁶ Es muss akzeptiert werden, dass strafrechtlich nur ein gewisses Grundmaß an Organisationspflichten abgesichert werden kann und ein umfassender Rechtsgüterschutz nicht zu leisten ist.³⁷ Nur eine rationale Abwägung gewährleistet, dass rechtlich geforderte Compliance-Systeme keine übermäßige interne Regulierung bewirken.³⁸ Die Maßstäbe sind durcheinander geraten, wenn eine Compliance-Stelle über mehr Mitarbeiter verfügt als die Forschungsabteilung oder der Vertrieb.³⁹

Die Frage lautet immer nur, wo die Grenze zwischen strafrechtlich zulässigem und strafrechtlich unerlaubtem Risiko verläuft. Hierbei stehen allein Möglichkeitssätze, keine Sicherheiten zur Verfügung, so dass es immer nur um Wahrscheinlichkeiten bestimmter Ereignisse geht.⁴⁰ Gedankliches Ideal ist die Quantifizierung der Schutzanforderungen in einem möglichst großen Maße, so dass die Zumutbarkeit von Anforderungen mittels eines Risikomanagements mathematisch ermittelt wird. Das Ergebnis kann man auch als wirtschaftliche Vertretbarkeit strafatverhütender Organisationsmaßnahmen bezeichnen. Wenn übrigens die derart rational errechneten Aufwendungen vom Unternehmen (Unternehmer) nicht erbracht werden können, muss dieser die Risikozsetzung beenden und in eine Insolvenz gehen. Diese ist dann auch sozial erwünscht, da hierin eine Reinigung der Gesellschaft von Unternehmen liegt, die mangels Kapitals ihrer aus riskanter Tätigkeit folgenden Verantwortung nicht gerecht werden können.

Nicht zu verkennen sind methodische und rechtstatsächliche Unsicherheiten. Diese ändern aber an der Richtigkeit der Fragestellung nichts. Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des richtigen Ergebnisses müssen mit Hilfe aller Wissenschaften angegangen werden, wie dies vor Gericht bei allen faktischen Schwierigkeiten seit jeher (mit Sachverständigenhilfe) geschieht. Rechtswissenschaft ist zwar eine Normwissenschaft, aber wohin es führt, wenn überspannte Normen bzw. deren Auslegung den Menschen konstitutionell überfordern, zeigen historische Erfahrungen mit dem Sexualstrafrecht, dem Zölibat, dem Ehebruch, dem Schwangerschaftsabbruch usw. Die methodische Ausfüllung der einzelnen Abwägungsposten bietet den richtigen Ort für normative Diskurse. Auch die Rechtsprechung neigt dazu, widerstreitende

Interessen abzuwägen.⁴¹ Die Nichtdefinition der Fahrlässigkeit⁴² führt zwangsläufig zu Wertungsakten und Abwägungen von Interessen an der Vornahme der gefährlichen Handlung gegen Interessen an der Unversehrtheit der gefährdeten Rechtsgüter⁴³, d.h. der Größe der Gefahr im Verhältnis zum Aufwand der Gefahrbeseitigung.⁴⁴ Hierin liegt ferner eine Notstandsähnlichkeit (§ 34 StGB), da dort ebenfalls auf Größe und Wert der gefährdeten Rechtsgüter, verfolgte Zwecke und Proportionalität abgestellt wird.⁴⁵

Es gibt im hier interessierenden Bereich der Mitarbeiterbeaufsichtigung folgende Abwägungsposten⁴⁶:

- die Wahrscheinlichkeit, dass Nachteile durch eine Straftat eines Mitarbeiters entstehen (Eintrittswahrscheinlichkeit)
- die Höhe der dadurch anzurichtenden eventuellen Nachteile (Schadensumfang)
- die Wahrscheinlichkeit einer Straftatvermeidung durch die Aufsichtsmaßnahme (Eignungsgrad)
- die Wahrscheinlichkeit und der Umfang der Nachteile der ergriffenen Aufsichtsmaßnahme (für den Unternehmensführer und das Unternehmen, die Mitarbeiter sowie Dritte).

II. Wahrscheinlichkeit, dass Nachteile durch eine Straftat eines Mitarbeiters entstehen (Eintrittswahrscheinlichkeit)

Die Intensität der Pflichten ist zunächst relativ zur Größe der Gefahr, d.h. zu dem Produkt aus dem Umfang des drohenden Schadens und der Eintrittswahrscheinlichkeit – auch Schadenserwartungswert genannt.⁴⁷ Je größer der Schadenserwartungswert, desto kostspieligere Sicherheitsmaßnahmen sind von dem Pflichtigen zu verlangen, bis zu der Grenze, in der die Sorgfaltskosten die Kosten des Produkts aus Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit erreichen.⁴⁸ Pflichtenträger sind (nur) gehalten, die Sicherungsmaßnahmen so lange auszudehnen, bis die Grenzkosten einer zusätzlichen Einheit an Sorgfaltsaufwand gleich dem Grenzertrag in Gestalt zusätzlich vermiedener Schäden sind.⁴⁹

³⁴ OLG Koblenz MDR 1973, 606; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 151; vgl. auch OLG Düsseldorf wistra 1999, 115, 116; BGHSt 7, 336, 349, 351; BGH wistra 2000, 137, 141.

³⁵ Tessin BB 1987, 984, 988; Alexander a.a.O. (Fn. 17), S. 251.

³⁶ Hermanns/Kleier a.a.O. (Fn. 6), S. 44.

³⁷ Bosch a.a.O. (Fn. 29) S. 501.

³⁸ Vgl. Bürkle BB 2005, 565, 566.

³⁹ Schneider/Schneider ZIP 2007, 2061.

⁴⁰ Vgl. Hilgers, Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter, 2000, S. 138.

⁴¹ Vgl. Schünemann JA 1975, 575; Schwartz, Strafrechtliche Produkthaftung, 1999, S. 77; LG Aachen JZ 1971, 507, 515.

⁴² Schünemann JA 1975, 575.

⁴³ Schünemann JA 1975, 575; Kuhlen JZ 1994, 1142, 1146.

⁴⁴ Ransiek, Unternehmensstrafrecht, (1996), S. 27.

⁴⁵ Vgl. Prittwitz, Strafrecht und Risiko, (1993), S. 297ff.; Mayer, Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittel-schäden, (2008), S. 174.

⁴⁶ Vgl. auch Wagner, in: MüKo-BGB (Fn. 22), § 823 Rn. 259.

⁴⁷ Vgl. Adams/Shavell GA 1990, 337, 344; Wagner, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. 2009, § 831 Rn. 37; Wagner, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 259; Sprau, in: Palandt (Fn. 32), § 823 Rn. 51, jeweils mit Nachweisen zu entsprechenden Äußerungen in der (Zivil)Rechtsprechung.

⁴⁸ Wagner, in: MüKo-BGB (Fn. 22), § 823 Rn. 259.

⁴⁹ Wagner, in: MüKo-BGB (Fn. 22), § 823 Rn. 259f. unter Hinweis darauf, dass der BGH (NJW 1984, 801, 802) die Orientierung an einem wirtschaftlichen Kalkül zwar ausdrücklich ablehnt, der Sache nach aber praktiziert (z.B. BGHZ 58, 149, 158; BGHZ 108, 273; BGH NJW-RR 2005, 251, 253; OLG Hamm NJW-RR 2002, 1459, 1460).

Zu fragen ist, mit welcher Wahrscheinlichkeit aus einem Unternehmen heraus Rechtsgüter geschädigt werden.⁵⁰ Bei der Criminal Compliance reduziert sich die Betrachtung auf vermeintlich unternehmensnützige Straftaten der Mitarbeiter bzw. die durch die jeweiligen Straftaten angegriffenen Rechtsgüter. Die Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Mitarbeiter in diesem Sinne kriminell wird, geht als Faktor einer Proportionalität in die Intensität der Aufsichtsanforderungen ein.

III. Umfang der durch eine Straftat eines Mitarbeiters anzurichtenden eventuellen Nachteile (Schadensumfang)

Der zweite Faktor, was das Interesse an der Unversehrtheit der Rechtsgüter angeht, ist die Schwere der (denkbaren) Schädigung.⁵¹ Besondere Probleme bereiten natürlich Kollektivrechtsgüter, bei denen die Herstellung eines determinierbaren Bezugs zu einem menschlichen Interesse schwer fällt. Anders ist dies bei den Individualrechtsgütern, wozu im unternehmerisch relevanten Bereich das Vermögen, aber auch Gesundheitsschädigungen und das Leben (vor allem: des Verbrauchers) gehören. Praktisch relevant geworden sind vor allem Produkthaftungsfälle: Hier kann es zu gravierenden, ja schockierenden⁵² Schäden kommen. Gleiches gilt für den Arbeitsschutz.⁵³ Die Intensität des drohenden Schadens richtet sich nach der Häufigkeit (also der Anzahl der Betroffenen), der individuellen Schwere, der Dauer der Beeinträchtigung und der Reversibilität (Behebbarkeit).⁵⁴

IV. Wahrscheinlichkeit einer Straftatvermeidung durch die Aufsichtsmaßnahme (Eignungsgrad) – Erkenntnisse zur Risikoverringerung durch Aufsicht

Nur dann, wenn eine Aufsichtsmaßnahme mit hundertprozentiger Wahrscheinlichkeit einen Schaden verhindert hätte, wird das volle Produkt aus Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensumfang in die Abwägung einzustellen.

⁵⁰ Mayer a.a.O. (Fn. 33), S. 174.

⁵¹ Vgl. Mayer a.a.O. (Fn. 33), S. 174; Wolf DStR 2002, 1729, 1730 („Value at Risk“ als Bestimmung des maximalen Schadens innerhalb einer vorgegebenen Periode auf Basis statistische Berechnungen); Sprau, in: Palandt (Fn. 32), § 823 Rn. 51; Belling, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2008, § 831 Rn. 94 („Strengere Anforderungen sind bei höheren Verrichtungen zu stellen, die mit erhöhter Verantwortung oder mit Gefahren für die öffentliche Sicherheit, besonders für Menschenleben verbunden sind.“); BGH (Z) NJW-RR 2005, 251; vgl. auch schon RGZ 142, 356.

⁵² Kuhlen JZ 1994, 1142, 1146; Kuhlen, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walt her (Hrsg.), FS Eser, (2005), 359, 366.

⁵³ Vgl. Herzberg, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984, S. 1, 3.

⁵⁴ Vgl. zum Arzneimittelstrafrecht (§ 5 AMG) Mayer a.a.O. (Fn. 33), S. 193; vgl. ferner Heine a.a.O. (Fn. 30), S. 132; LG Aachen JZ 1971, 507, 515 f. (Contergan); Große Vorholt, Behördliche Stellungnahmen in der strafrechtlichen Produkthaftung, (1997), S. 94.

len sein. Im Übrigen ist die Wahrscheinlichkeit einer Straftatvereitelung durch die Aufsichtsmaßnahme (Eignungsgrad) als Höhe der probabilistischen Risikoverminderung einzubeziehen. Auch nach allgemeiner Dogmatik sind die Erfolgsaussichten der Rettungshandlung bei der Zumutbarkeit zu berücksichtigen.⁵⁵ Hierzu passen Äußerungen der Rechtsprechung, dass sich die Aufsichtsmaßnahmen daran zu orientieren hätten, dass betriebsbezogene Pflichten aller Voraussicht nach eingehalten werden oder solchen Verstößen weitgehend vorgebeugt wird.⁵⁶ In diesem Sinne ist das Ausmaß der Gefährdung der Primärpflichtenerfüllung bzw. die Senkung des Risikos von Mitarbeiterstraftaten zu ermitteln.

Gedankliches Ideal ist die quantifizierte Feststellung, welche Konsequenzen die jeweilige Aufsichtsmaßnahme hat. Die Entwicklung einer tragfähigen Statistik obliegt der Empirie. Die Schwierigkeiten, die sich in dieser Hinsicht bei allen Unterlassungsdelikten ergeben dürften, sind im Bereich der Compliance derart groß, dass Zweifel an der Legitimität (wenn schon nicht der Verfassungsmäßigkeit) entsprechender allgemein gehaltener Handlungspflichten aufkommen. Die systemischen Prozesse in einer Unternehmensorganisation bewirken eine Komplexität der Rettungshandlung, deren risikowissenschaftliche Durchdringung noch ganz am Anfang zu stehen scheint. Dies hat vor allem Spindler aufgezeigt.⁵⁷ Grundlage der Ermittlung einer Risikominderungsfähigkeit können nur gesicherte und allgemeingültige Erkenntnisse über Wirkweisen von Organisationsabläufen sein. Hieran mangelt es.

1. Operabilität

Das Strafrecht erweist sich als überfordert mit der Definition und Bewertung von Managementregeln. Es fehlt das wissenschaftlich-empirische Fundament und damit an Bewertungskriterien. Organisatorische Risiken entziehen sich aufgrund der hohen Varianz menschlichen Verhaltens weitgehend einer deterministischen oder probabilistischen Risikoanalyse was die Bestimmung des organisatorischen Restrisikos erschwert.⁵⁸ Die relative Singularität und Subjektivität jeder Aufsichtssituation sowie die Interdependenzen der Subsysteme führen zu einer großen Zahl weicher Kriterien. Es stellt sich das Problem der Verallgemeinerungsfähigkeit von Aussagen: Letztlich muss für jede einzelne Tätigkeit im Unternehmen das richtige Maß an Aufsicht ermittelt werden. Dies zeigt schon ein Vergleich von Routine- und Innovations-tätigkeiten.⁵⁹ Je geringer die Variationen eines Arbeitsprozesses und dessen Anforderungen an die Innovationskapazität sind, desto höher kann der Grad der Standardisierung ausfallen. In einem Hochentwicklungsland wie Deutschland mit innovationsfreudigen Unternehmen folgen daraus eher weiter abnehmende Möglichkeiten zur Aufsichtspflichtbestimmung. Es ist unklar, welches orga-

⁵⁵ Stree, in: Schönke/Schröder (Fn.7) vor § 13 Rn. 156.

⁵⁶ BGHSt 25, 158, 163 = BGH NJW 1973, 1511, 1513 f.; OLG Zweibrücken NStZ-RR 1998, 311, 312; OLG Stuttgart NJW 1977, 1410; anders (für eine Berücksichtigung bei der Erforderlichkeit) Alexander a.a.O. (Fn. 17), S. 238.

⁵⁷ Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, (2001).

⁵⁸ Spindler a.a.O. (Fn. 57), S. 1043.

⁵⁹ Vgl. Spindler, a.a.O. (Fn. 57), S. 393 f., 397.

nisatorische Modell, welcher Organisationstypus das Leitbild abgeben soll. Aber auch wenn die Einzelpflichten im Vordergrund stehen, ändert dies am Grunddilemma von Flexibilitätsanforderungen für moderne Organisationen und der Festschreibung von Sorgfaltspflichten als Verhaltenssteuerungsprogrammen nichts. Der bisherige Arbeitsstand beschränkt sich auf hoch abstrakte Grundsätze. Es gibt noch nicht einmal einen Kernbereich von Strukturen.

Es überrascht nicht, dass daher recht unerforscht ist, welche Risikominderungen aus einzelnen Aufsichtsmaßnahmen folgen. Manche resignieren und verweisen darauf, dass nicht am grünen Tisch festgelegt werden könne, welche organisatorischen Maßnahmen und Elemente zur Erreichung der Ziele einer Compliance-Organisation geeignet seien, sondern dies nur in der praktischen Erfahrung wachse.⁶⁰ Organisationsgrundsätze mit Allgemeingültigkeitsanspruch existieren nicht. Aufsicht ist stark kontext- und strategieabhängig.⁶¹ Das Dilemma zwischen Stabilität und Elastizität ist ungelöst, zumal in Verbindung mit der Dynamik der Umweltbedingungen. Die Erarbeitung von Organisationsanforderungen ist aufgrund ihrer wesentlich komplexeren Strukturierung nicht mit der Normung von technischen Lösungen vergleichbar. Es gibt keinen Stand der Organisationstechnik.⁶² Dies liegt an der wesentlich höheren Varianz von Lösungen. Standardisierbare Prozesse gibt es kaum. Fast alles ist situativ bedingt. Insofern gibt es auch keinen Fortschritt: Stets ist eine Reihe von Alternativlösungen vorhanden, deren Güte von den jeweiligen Umständen abhängt, umgekehrt gibt es auch keine veraltete Organisation. Es ist bislang nicht gelungen, den hohen Anteil an Wertungen zu reduzieren. Ggf. sind nicht einmal Tendenzaussagen möglich, etwa wenn Abhilfe nur durch langfristige Umstrukturierungen, nicht durch kurzfristige ad-hoc-Maßnahmen tauglich sein soll.⁶³ Die Lage erinnert an die Rechtsfolge des § 1004 BGB, bei der der Schuldner die Freiheit der Wahl der Mittel hat, um die Störung abzuwenden.

Die (betriebs-)wirtschaftswissenschaftliche Unklarheit manifestiert sich in einer völligen Uneinheitlichkeit von Unternehmensabteilungen. Selbst bzgl. der weit verbreiteten Funktion des Controllings fehlt eine einheitliche Beschreibung. Es gibt keine Kriterien, wann ein Controller mit welchen Aufgaben einzurichten wäre.⁶⁴ Die Art der Unternehmensorganisation ist auch nicht frei von Modewellen.

2. Messbarkeit und Überprüfbarkeit

Schon die Messung von Organisationsstrukturen ist problematisch, auch eingedenk der Spontaneitäten einer

⁶⁰ Lösler, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, 2003, S. 68.

⁶¹ Spindler a.a.O. (Fn. 57), S. 386, 1045.

⁶² Vgl. zum Folgenden Spindler a.a.O. (Fn. 57), S. 433, 1045 f., 1057.

⁶³ Rotsch, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, S. 79; vgl. auch Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, S. 192.

⁶⁴ Spindler a.a.O. (Fn. 57), S. 395 f.

gelebten Organisation.⁶⁵ Jedes Werturteil braucht aber einen Referenzpunkt. Jede Überprüfung einer risikomindernden Aufsichtsstruktur braucht eine erfasste Referenzorganisation. Die Auswirkungen von Aufsichtsmaßnahmen sind nur äußerst beschränkt intersubjektiv überprüfbar, da es an allgemeinen Bewertungskriterien für die Vergleichbarkeit und Güte von Organisationen fehlt.⁶⁶ Es gibt eine Fülle nicht wiederholbarer Prozesse. Es sind kaum Bedingungen isolierbar, die das Verhalten einer Organisation vorhersagbar machen.⁶⁷ Deterministische Aussagen kann es ohnehin nicht geben. Aber insofern werden selbst statistische Aussagen Glückssache, wenn es quasi keine wiederholbaren und empirisch nachprüfbaren Prozesse, keine Laborbedingungen gibt, um verschiedene Effekte bei verschiedenen Parametern zu messen. Ohne Reproduzierbarkeit der Umweltbedingungen gibt es keine wissenschaftlich haltbare Beurteilung einzelner Maßnahmen. Das intentionale Handeln von Menschen lässt sich nicht wiederholen, da sinnhafte Aktionen nicht einem unabänderlichen Verlauf gehorchen. Ceteris-Paribus-Klauseln führen insofern nicht weiter, Variablen-Veränderungen führen zu unberechenbaren Auswirkungen.⁶⁸ Eine Verallgemeinerung von empirisch gewonnenen Zusammenhängen zwischen einer Aufsichtsmaßnahme und einem Umweltzustand ist nicht möglich. Gleiche Aufsichtsbedingungen und gleiche Umweltbedingungen können zu völlig verschiedenen Ergebnissen bei unterschiedlichen Unternehmen führen, so dass sich nicht eine maßgebliche Organisationsstruktur für eine bestimmte Zielsetzung herauskristallisieren lässt.⁶⁹

Das Versagen der Primärwissenschaft (hier: der Betriebswirtschaftslehre/Organisationslehre) führt zu einem Versagen entsprechender Pönalisierung, wenn es der Anspruch der Strafbarkeit unterlassener Aufsichtsmaßnahmen ist, rationale Anforderungen festzulegen. Ad-Hoc-Theorien und sich erst ex post ergebende Beurteilungsmöglichkeiten (Trial-and-Error-Verfahren) sind für die materiellrechtlich gebotene ex-ante-Betrachtung unbrauchbar und im tatsächlich ja ex post stattfindenden Strafprozess gefährlich für eine gerechte Verantwortungszuschreibung. Die Artenvielfalt gleich guter, da gleich risikomindernder Aufsicht muss sich in einer strafrechtlichen Toleranz in dubio pro reo niederschlagen.

V. Nachteile der ergriffenen Aufsichtsmaßnahme

Für eine rationale Festlegung des Pflichtenumfanges sind die Nachteile der Implementierung der jeweiligen Aufsichtsmaßnahme – gewissermaßen auf der anderen Seite der Abwägungsgleichung – einzubeziehen. Dies beinhaltet zunächst die Faktoren der Wahrscheinlichkeit und des

⁶⁵ Spindler a.a.O. (Fn. 57), S. 409.

⁶⁶ Spindler a.a.O. (Fn. 57), S. 1045 f.

⁶⁷ Schürmann, Aufsichtspflichtverletzungen im Spannungsfeld zwischen dem Strafrecht und dem Zivilrecht, (2005), S. 240.

⁶⁸ Vgl. Spindler a.a.O. (Fn. 57), S. 427, 435.

⁶⁹ Vgl. Spindler a.a.O. (Fn. 57), S. 411.

Umfangs der Nachteile.⁷⁰ Nachteile verschiedener Träger sind zu addieren.

Die Rechtsgüter der Aufsichtspflichtigen beeinflussen die Zumutbarkeit der Aufsichtsmaßnahmen. Da Wirtschaftsunternehmen nach Gewinn streben und dafür Kosten vermeiden müssen, sind vor allem die finanziellen Nachteile der einzelnen Organisationsinstrumente von Bedeutung.

Der Wert der Organisationsfreiheit an sich ist nicht bezifferbar, zumal sich deren Inhalt, freilich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Wechselwirkungslehre, nach der Schranke der Strafgesetze richten kann. Nicht nur Produkthaftungsfälle können für Kosten in Millionenhöhe sorgen⁷¹, sondern auch streng verstandene Aufsichtspflichten. Auch wenn es im Ergebnis oft richtig sein dürfte, dass materielle Opfer hinzunehmen sind⁷², so können doch auch finanzielle Nachteile des Unterlassungstäters außer Verhältnis zu dem abzuwendenden Erfolg stehen.⁷³ Geht man als Rechtsanwender zu leichtfertig mit dem Geld des Unternehmens um, so droht man, das Kriterium der Zumutbarkeit im Wirtschaftsleben zu eskamotieren. Es stellt sich schlicht die jeder Abwägung immanente Frage, wie viel für was einzusetzen ist. Nur bei einem Abwägungsergebnis zu Lasten des Täters ist es unbeachtlich, wenn sein riskantes Verhalten zu einer Gewinnmaximierung für ihn führt. Dann wird sein riskantes Verhalten nicht zu einem zugunsten der Allgemeinheit erlaubten. Die Diskussion wird meist im Lichte der Produkthaftung geführt, bei der man die furchtbaren Fälle schwerster Schädigungen bis hin zum Tod vor Augen hat. Dies kann den Blick dafür verstellen, dass es eine ganze Reihe von betriebsbezogenen Straftaten gibt, deren Folgen nicht annähernd so schwer sind. Es ist also keine Selbstverständlichkeit und nicht allgemeingültig, dass das Unternehmen schwerwiegende Folgen bis hin zur Existenzgefährdung in Kauf nehmen muss.⁷⁴ Es können aber auch Bemühungen bis hin zum Verbrauch aller Finanzmittel geschuldet sein. Auch nicht jede Gesundheitsgefährdung zwingt den Unternehmer zur Optimalität seiner Bemühungen. Näheres bleibt Aufgabe einer quantifizierenden Wissenschaft. Die Furcht vor einer Aushöhlung der Vorschriften, da irgendein schützenswertes Interesse an der Abweichung vom vorschriftsmäßigen Verhalten schon vorhanden sein werde oder sich finden lasse⁷⁵, darf nicht dazu führen, dass die Positionen des Unternehmers völlig unbeachtlich werden. Im Bereich der Aufsichtsmaßnahmen drehen sich die finanziellen Fragen sicher vor allem um die Anzahl der mit Kontrollaufgaben beschäftigten Mitarbeiter. Je mehr Kontrollen verlangt werden, desto mehr zu ent-

lohnende Arbeitszeit fällt für gewissermaßen unproduktive Tätigkeiten an.

Die rechtliche Forderung von Aufsichtsmaßnahmen belastet auch die Rechtsgüter der zu Beaufsichtigenden. Dies betrifft zunächst diejenigen Interessen, die die Mitarbeiter unmittelbar vom Unternehmen ableiten: Von der Lukrativität des Unternehmens, also auch von den Kosten, hängen die einkommenssichernden Arbeitsplätze der Mitarbeiter ab. Das denkbare Verteidigungsvorbringen der Unternehmer, dass wegen hoher Kosten der Vorsorgemaßnahmen der Verlust von Arbeitsplätzen unausweichlich gewesen wäre⁷⁶, hat insofern einen wahren Kern, als es sich in der Tat um abwägungsfähige Belange handelt. Hieran ändert nichts, dass der Gesetzgeber mit dem Insolvenzrecht speziell geregelt hat, dass eine Rettung der Arbeitsplätze nicht berücksichtigt werden darf.⁷⁷ Zum Zweiten greift Aufsicht in die Eigenverantwortlichkeit und Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers ein.⁷⁸

Die Statuierung unternehmerischer Organisationspflichten kann auch Rechtsgütern Dritter Nachteile zufügen. Dies gilt aber nicht in einem unmittelbaren Sinne, sondern dahingehend, dass die risikovermindernde Verkürzung betrieblicher Autonomie die Wahrnehmung sozialnützlicher Chancen erschweren kann. Ein erlaubtes Risiko unternehmerischen Spielraums kann wegen der Förderung des Fortschritts größer ausfallen als erlaubte Risiken in sozial neutralen oder gar schädlichen Lebensbereichen. Ein solcher Nutzen der Allgemeinheit manifestiert sich vor allem in technisch und wirtschaftlich bedeutsamen Produkten.⁷⁹

Da Aufsichtsmaßnahmen finanzielle Kosten erzeugen, die in die betriebliche Kalkulation einbezogen werden müssen, beeinflusst das Maß rechtlich geschuldeter Compliance auch Qualität, Vielfalt und Preis angebotener nützlicher und erwünschter Dienstleistungen und Produkte. Die Vereinbarkeit der Sorgfaltspflichten mit den bestehenden Lebensverhältnissen und den Bedürfnissen des Verkehrs bei stündlich und täglich unzähligen riskanten Handlungen hat schon das Reichsgericht beschäftigt.⁸⁰ Es geht stets nur um die Schaffung einer nicht mehr tolerierten Gefahr gegenüber einem Rechtsgut, nicht um eine Pflicht, jedes Risiko zu vermeiden.⁸¹ Die Frage der Tolerierbarkeit steht hierbei freilich nicht selten vor dem Problem, dass es oft am auf Erfahrungen beruhenden gesellschaftlichen Konsens fehlt, z.B. bei innovativen Produkten⁸², aber auch bei Fragen der strafatverhütenden Unternehmensorganisation.

⁷⁰ Vgl. Mayer a.a.O. (Fn. 33), S. 174, der eine Wahrscheinlichkeit der Erreichung des mit der Handlung erstrebten Nutzens in die Abwägung einstellt.

⁷¹ Kuhlen, in: Arnold/ Burkhardt/ Gropp/ Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), (Fn. 52), 359, 366.

⁷² BGHSt 4, 20, 23.

⁷³ Weigend, in: LK (Fn. 9), § 13 Rn. 69.

⁷⁴ So BGHSt 37, 106, 122 (Lederspray); Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2008), Rn. 945; vgl. auch Dannecker, in: Amelung (Hrsg.), (Fn. 8), 209, 235

⁷⁵ Vgl. Herzberg a.a.O. (Fn. 53), S. 185.

⁷⁶ Dannecker, in: Amelung (Hrsg.), (Fn. 8), 209, 233.

⁷⁷ So aber Dannecker, in: Amelung (Hrsg.), (Fn.8), 209, 235.

⁷⁸ Kuhlen, in: Maschmann (Hrsg.), Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, 11, 27.

⁷⁹ Große Vorholt a.a.O. (Fn. 54), S. 94; vgl. auch Ladeur KritV 1991, 241, 248.

⁸⁰ RGSt. 30, 25, 27.

⁸¹ Dannecker, in: Amelung (Hrsg.), (Fn. 8), 209, 214; vgl. schon RGSt 30, 25, 27.

⁸² Vgl. Mayer a.a.O. (Fn. 33) S. 173.

E. Unternehmensbezogene Kriterien als Operationalisierung der Zumutbarkeit: Die Einflussfaktoren des Schadenserwartungswerts

I. Von der Maßfigur zur geschuldeten Senkung des Schadenserwartungswerts

Gegenstand der Aufsicht ist die Tätigkeit der Unternehmensmitarbeiter. Wenn es bei der Ermittlung der Aufsichtspflicht i.S.e. Criminal Compliance darum geht, das Risiko von unternehmensnützigen Straftaten auf ein rechtspolitisch hinnehmbares Maß zu senken, so muss das Maß der gebotenen Aufsicht von den Handlungen und den Handelnden im Unternehmen abhängen. Unternehmen kommen nicht umhin, eine individuelle Auswahl und einen eigenen Zuschnitt von Maßnahmen zu treffen. Ein standardisiertes und universell anwendbares Maßnahmenbündel zur Prävention aller Anwendungsfälle kann es nicht geben.⁸³ Unternehmensführer bedürfen aber Leitlinien zur Gestaltung ihrer Aufsichtsinstrumente.

Ein Geschäftsleiter, der sich vor die Aufgabe einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation gestellt sieht, wird in der Rechtsprechung nach einem Maßfiguren-Modell beurteilt. Er hat sein Unternehmen so zu organisieren, dass der innerbetriebliche Kontrollapparat der im Verkehr des jeweiligen Unternehmenskreises erforderlichen Sorgfalt entspricht.⁸⁴ Er muss diejenige Sorgfalt aufbringen, die von einem ordentlichen Angehörigen des jeweiligen Tätigkeitsbereiches verlangt werden kann, um die Verletzung betriebsbezogener Pflichten zu verhindern.⁸⁵

Derartige Auslegungsansätze sind unzulänglich.⁸⁶ Es handelt sich als reine Wertungen ohne empirischen Bezug um Scheinbegründungen ohne Erkenntnisgewinn.⁸⁷ Als maßgerecht wird das festgelegt, was man im jeweils zu bewertenden Fall als angemessen erachtet.⁸⁸ Eine empirische, deskriptive Komponente kann dem Verkehrskreis auch gar nicht zukommen. Jede Branche hätte es in der Hand, durch gemeinsame einheitliche Nachlässigkeit die Anforderungen immer weiter herunterzuschrauben.⁸⁹ Es bestünde die Gefahr, dass die Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt durch eine

Beschreibung der tatsächlich aufgebrauchten Sorgfalt ersetzt wird.⁹⁰ Bei neuen Risiken und Erkenntnissen existiert ohnehin kein Vergleichsmaßstab.⁹¹ Damit ein im Verkehr eingerissener Schlendrian nicht rechtlich gebilligt wird, ist eine normative Bestimmung der Sorgfaltanstrengungen erforderlich.⁹² Damit wird vorausgesetzt, was es gerade festzulegen gilt. Es ist überdies unklar, wie eng ein zu betrachtender Verkehrskreis gezogen werden darf.⁹³

Rational verstandene und einer echten transparenten Konkretisierung zugängliche Criminal Compliance ist eine Umschreibung für das Absenken des sich aus potentiellen Straftaten ergebenden Schadenserwartungswertes. Gehörige Aufsicht, etwa nach § 130 OWiG, ist die rechtlich geschuldete Absenkung des Schadenserwartungswertes auf das rechtlich gebilligte Niveau.

II. Das vorgelagerte Problem: Der rechtlich tolerierte Schadenserwartungswert der einzelnen strafrechtsrelevanten Handlung

Eine ideale Aufsicht verhindert Straftaten in dem Sinne, dass die Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung durch Unternehmensmitarbeiter auf null sinkt, so dass auch der Schadenserwartungswert diesen Wert annimmt. Bezugspunkt der Aufsicht ist insofern die einzelne Straftat (Möglichkeit) des Mitarbeiters, d.h. die einzelne Handlung (smöglichkeit) im strafrechtlichen Sinne. Übrigens bedarf es des unternehmerischen Kontexts hierfür nicht. Die Aufsicht z.B. der Erziehungsberechtigten über die ihnen Anvertrauten folgt denselben Grundsätzen. Für die Wahrscheinlichkeit einer individuellen Tatbegehung ist der Unternehmensbezug nur Kontext und nicht per se Gesichtspunkt.

Eine Überwachung von Menschen, die jegliche Delinquenz ausschließt, ist unmöglich. Eine Herabsetzung des Schadenserwartungswerts auf null zu verlangen, erforderte einen Verzicht auf Delegation und damit Arbeitsteilung. Die Rechtsordnung muss einen gewissen Schadenserwartungswert pro menschlicher Handlung tolerieren, um fortschreitendes menschliches Zusammenleben zu ermöglichen. Dies tut sie auch, besonders deutlich bei der Korrektur der Strafbarkeit nach Gesichtspunkten der objektiven Zurechnung unter den Stichworten „erlaubtes Risiko“ und „Sozialadäquanz“.⁹⁴ Gewisse statistische Wahrscheinlichkeiten eines Schadens werden hiernach dem allgemeinen menschlichen Interesse an der Vornahme der riskanten Handlung untergeordnet. Nichts anderes gilt bei der Bestimmung rechtlich gebotener Aufsicht.

Die entscheidende Frage ist die nach der Höhe des rechtlich noch geduldeten Schadenserwartungswerts. Dies ist ein Unterfall des an vielen Bereichen des Strafrechts auftauchenden Problems, Bagatellhandlungen aus der

⁸³ Pies/Sass/Meyer zu Schwabedissen, Prävention von Wirtschaftskriminalität, 2005, S. 193.

⁸⁴ Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, (1979), S. 107.

⁸⁵ Siehe etwa zu § 130 OWiG OLG Düsseldorf wistra 1999, 115, 116; vgl. König, in: Göhler, OWiG, 14. Aufl. (2006), § 130 Rn. 12; Rotberg, OWiG, 5. Aufl. (1975), § 130 Rn. 3; Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, 3. Aufl. 13. Lfg. (2008), § 130 Rn. 14.

⁸⁶ Bosch a.a.O. (Fn.29), S. 395 ff.; vgl. auch Schünemann JA 1975, 575; Maschke, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, (1997), S. 38; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648; Tessin BB 1987, 984, 986.

⁸⁷ Vgl. auch Herzberg a.a.O. (Fn. 53), S. 167 f.

⁸⁸ Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 155; Alexander a.a.O. (Fn. 17), S. 100; vgl. auch Mayer a.a.O. (Fn. 33), S. 272 f.

⁸⁹ Schwartz, Strafrechtliche Produkthaftung, (1999), S. 77.

⁹⁰ Bosch a.a.O. (Fn. 29), S. 396.

⁹¹ Bosch a.a.O. (Fn. 29), S. 399.

⁹² Vgl. zum Zivilrecht Wagner, in: MüKo-BGB (Fn. 22), § 823 Rn. 262.

⁹³ Bosch a.a.O. (Fn. 29), S. 400.

⁹⁴ Vgl. nur Fischer (Fn. 3) vor § 32 Rn. 12 f.

Strafbarkeit auszuscheiden (z.B. §§ 223 I, 239 I, 240, 258 I StGB) – oder auch nicht (z.B. §§ 242, 263 StGB). Die Diskussionen im Besonderen Teil des Strafrechts beziehen sich auf eine Eintrittswahrscheinlichkeit des Erfolgs von 100 Prozent und sind nur insoweit übertragbar, als eine solche einschränkende Auslegung erst recht Handlungen erfassen muss, die sich auf niedrigere Eintrittswahrscheinlichkeiten beziehen. Aber auch hinsichtlich der Delikte ohne Bagatellgrenze kann es jedenfalls nicht so sein, dass diesbezügliche Aufsicht einen Schadenserwartungswert von Null erzielen muss. Es zeigt sich hier die bloß sekundäre Funktion der Überwachung anderer Menschen, deren rechtliche Gebotenheit anders liegen muss als die bezüglich der primären Verwirklichung einer Strafnorm.

Leider fehlen rechtssichere Kriterien zur Ermittlung der Bagatellgrenze fast völlig – und zwar sowohl bei der Auslegung der einzelnen Straftatbestände als auch bei der Ausfüllung der vagen Formel von der objektiven Zurechnung. Eine Strafrechtspflege, die für den Normadressaten vorhersehbare Anweisungen kommunizieren will, darf sich aber nicht mit dem Hinweis auf Umstände des Einzelfalls und prozessuale Remeduren begnügen. Ein gewisser Vorbildcharakter kommt der Auslegung des § 258 I StGB zu. Dies betrifft das Problem der bloß vorübergehenden Verfolgungsverweigerung. Diese soll nach (bestrittener⁹⁵) h.M.⁹⁶ dann tatbestandsmäßig sein, wenn eine Verzögerung der Aburteilung auf geraume Zeit erreicht wurde. Die Unbestimmtheit des Begriffs „geraume Zeit“ wird aber, bei unterstellter Richtigkeit der nicht unproblematischen Prämisse einer zeitweiligen Vereitelung, in der Literatur vorbildlich durch Heranziehung der quantitativen Grenze des § 229 StPO überwunden.⁹⁷

Jede nicht gesetzlich explizite Quantifizierung ist im Ansatz angreifbar. Die Ermittlung der Zahlengrößen bereitet nicht selten große Probleme. Es dürfte aber gegenüber rein verbalen Generalklauseln einen wissenschaftlichen Vorteil darstellen, sich nicht vor einer Quantifizierung zu drücken. Mindestens gewinnt eine quantifizierte Diskussion an Transparenz und kann auch die kriminalpolitische Fragwürdigkeit einer Aufsichtspönalisierung aufzeigen.

Der rechtlich gerade noch tolerierte Schadenserwartungswert muss größer als Null sein. Andererseits muss er kleiner sein, als es der Höhe eines Menschenlebens entspricht, was sich dem § 34 StGB entnehmen lässt. Das Strafrecht kennt keinen Verzicht auf Strafe in Bagatellfällen, keinen ausdrücklichen Grundsatz „Minima non curat praetor“. Wenig hilfreich sind Tatbestände, deren Formulierungen oder Auslegungen Wertgrenzen enthalten, ohne diese näher auszuführen (vgl. §§ 142, 315c, 248a StGB, vgl. auch 153 StPO). Sowohl im Strafrecht i.e.S. als auch im Ordnungswidrigkeitenrecht findet sich aber der Verzicht auf den staatlichen Sanktionsanspruch, soweit dieser fünf Euro nicht überschreitet. Die kleinstmögliche Geldstrafe beträgt gem. § 40 I, II StGB fünf Tagessätze à 1 Euro, also fünf Euro. Die kleinstmögliche Geldbuße ist

⁹⁵ Z.B. Hoyer, in: SK-StGB, § 258 Rn. 17.

⁹⁶ Vgl. BGHSt 15, 18, 21; BGHSt 45, 97, 100f.; BGH NJW 1984, 135; Fischer (Fn. 3), § 258 Rn. 8.

⁹⁷ Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), § 258 Rn. 4.

gem. § 17 I OWiG fünf Euro. Gleiches gilt für das Verwarnungsgeld (§ 56 I OWiG). Auch das Mindestmaß der Ordnungs- und Zwangsmittel (Art. 6 EGStGB) ist fünf Euro. Es erscheint zutreffend, einen Schadenserwartungswert von fünf Euro pro zu beaufsichtigender Mitarbeiterhandlung im Interesse des allgemeinen modernen Wirtschaftens zu billigen.

Es ist eine Aufgabe der Empirie oder der Gesetzgebung, dem Rechtsanwender bei der Ermittlung des Schadenserwartungswerts zu helfen. Es gibt hierbei kaum zu überwindende methodische Schwierigkeiten bei der Erarbeitung von Eintrittswahrscheinlichkeiten und potentiellen Schadensumfängen, insbesondere bei Nichtvermögensdelikten und Delikten zum Schutz von Universalrechtsgütern. Diese Probleme stellen sich aber – verdeckt durch vage Begriffe – bei jeder Subsumtion von Aufsichtsansforderungen. Jeder Verurteilung wegen einer Aufsichtspflichtverletzung liegt die Feststellung zugrunde, dass der Aufsichtspflichtige die Wahrscheinlichkeit einer Mitarbeiterzuwiderhandlung nicht hinreichend gesenkt hat. Bislang wurde dieser heimliche rechtlich missbilligte Schadenserwartungswert nur nicht benannt.

III. Die Beeinflussung der Eintrittswahrscheinlichkeit

Alles, was den summierten Schadenserwartungswert unter der Aufsicht des Unternehmensführers beeinflusst, ist ein Kriterium der rechtlich geschuldeten Aufsichtsinintensität. Der Gesamt-Schadenserwartungswert setzt sich hierbei aus der Anzahl der zu überwachenden strafrechtsrelevanten Mitarbeiterhandlung(smöglichkeit)en und dem Schadenserwartungswert pro Mitarbeiterhandlung zusammen. In diesem Sinne lässt sich der kasuistische Wildwuchs⁹⁸ zur Konkretisierung ordnungsgemäßer Unternehmensführung systematisieren und rationalisieren.

Jede Herausarbeitung von Kriterien gesteigerter Überwachung krankt aber an der Bestimmung: Was ist einfache Aufsicht? Was ist demgegenüber gesteigerte Aufsicht? Ohne Nennung von Quantitäten verlieren Vergleiche ihren Wert.

1. Die Anzahl der strafrechtsrelevanten Mitarbeiterhandlungen

Anerkannt ist, dass der Grad der förmlichen Sicherungen abhängig ist von der Größe und Tätigkeitsbeschaffenheit des Unternehmens bzw. der Unternehmensangehörigen.⁹⁹ Dies bedarf weiterer Erörterung und Konkretisie-

⁹⁸ Bussmann/Matschke CCZ (2009), 132.

⁹⁹ Vgl. Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 177. Aufl. (2009), § 130 OWiG Rn. 12; Rotberg, OWiG, 5. Aufl. (1975), § 130 Rn. 3; Bohnert, OWiG, 2. Aufl. (2007), § 130 Rn. 18; König, in: Göhler, OWiG (Fn. 85), § 130 Rn. 10; Lemke/Mosbacher, OWiG, 2. Aufl. (2005), § 130 Rn. 12; Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, 3. Aufl. 13. Lfg. (2008), § 130 Rn. 14; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648; Scharpf DB 1997, 737, 739; Maschke, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, 1997, S. 50; Lensdorf CR 2007, 413, 416; Alexander a.a.O. (Fn. 17), S. 235; Wehnert, in: Ha-

rung. Die Aufsicht des Unternehmensführers umfasst alle unternehmensbezogenen Handlungen seiner Mitarbeiter. Deren Zahl bestimmt sich nach der Anzahl der Mitarbeiter multipliziert mit der Anzahl der Handlungen pro Mitarbeiter. In diesem Sinne ist das Kriterium der Unternehmensgröße richtig, aber auch trivial. Je kleiner das Unternehmen ist, umso geringer dürfen die Aufsichtsmaßnahmen sein.¹⁰⁰ Das bedeutet nicht, dass die Standards tiefer liegen, vielmehr kann man ihnen dort auf andere Weise genügen¹⁰¹, nämlich weniger formalisiert.¹⁰² Der Unternehmensführer kann mehr selbst übernehmen. Er hat schlicht weniger potentiell strafbare Handlungen zu überwachen. Dies liegt auch den §§ 33 I 2 WpHG, 58a I BImSchG und 3 II ArbSchG zugrunde.

Das Kriterium der Unternehmensgröße beeinflusst mit hin die allgemeine Zumutbarkeitsabwägung: Je mehr Handlungen, die Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit sein können, in einem Unternehmen vorgenommen werden, umso größer ist die Gesamtwahrscheinlichkeit der Begehung einer Straftat. Je komplexer das Unternehmen ist, umso tiefer müssen die Überwachungsketten gestaffelt werden, damit keine Überwachungs person überfordert mit der Aufgabe ist. Der Einfluss der Mitarbeiterzahl auf die Anzahl der Überwachungs personen beruht in Wirklichkeit also nicht auf irgendwie höheren Anforderungen pro potentiell Straftäter, sondern nur darauf, dass mehr „Überwachungsobjekte“ vorhanden sind. Auch die spezifische Branche kann die Anzahl der riskanten Mitarbeiterhandlungen beeinflussen. Richtigerweise kann hierbei die Gesellschaftsform des Unternehmens keine Rolle spielen. Irrelevant ist es auch, ob die Gesamtanzahl der Handlungen darauf zurückzuführen ist, dass relativ wenige Mitarbeiter relativ viele einzelne potentiell strafbare Handlungen vornehmen, oder relativ viele Mitarbeiter jeweils relativ wenige Handlungen.

nack/Hilger/Mehle/Widmaier (Hrsg.), FS Rieß, 2002, 811, 824f.; OLG Zweibrücken NStZ-RR 1998, 311; OLG Düsseldorf wistra 1991, 38, 39; OLG Düsseldorf wistra 1999, 115, 116; OLG Hamm GewArch 194, 190; OLG Hamm VRS 20, 465; OLG Hamm 1 Ss OWi 634/03; OLG Hamm wistra 2003, 469; OLG Koblenz MDR 1973, 606; OLG Schleswig SchlHA 1975, 197; vgl. auch das Pressrecht: RGSt 23, 274, 276 („die Größe des Verlagsgeschäfts, der Umfang der Zeitschrift“); Löffler NJW 1965, 942, 945; sowie die Geldwäschebekämpfung: Teichmann/Achsnich, in: Herzog/Mülhausen (Hrsg.), Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, (2006), § 31 Rn. 91 („Der Umfang der zu ergreifenden Sicherungsvorkehrungen ist inhaltlich zu differenzieren nach dem materiellen Umfang des Geschäftsbetriebes und der personellen Größe.“).

¹⁰⁰ OLG Stuttgart NJW 1977, 1406: „Kleinbetrieb mit einer überschaubaren und damit leicht kontrollierbaren Anzahl von Angestellten“; Pieth, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), Risiko und Recht, (2004), 597, 609; Spindler, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. (2008), § 91 Rn. 19; vgl. auch MaRisk AT 1; MaRisk AT 4.4 Rn. 1.

¹⁰¹ Pieth, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), (Fn. 100), 597, 609

¹⁰² Mittelsdorf, Unternehmensstrafrecht im Kontext, (2007), S. 214.

2. Die Wahrscheinlichkeit einer Strafbarkeit pro einzelner Mitarbeiterhandlung

Die Anzahl der strafrechtlich riskanten Mitarbeiterhandlungen muss mit der Wahrscheinlichkeit einer Strafbarkeit pro einzelner Handlung multipliziert werden. Die Ermittlung dieser Wahrscheinlichkeit erfordert entsprechendes empirisches Wissen. Alles, was Rückschlüsse auf die Wahrscheinlichkeit einer Mitarbeiterstraf tat zulässt, ist Kriterium.

a) Regulierungsintensität

Die Aufsichts anforderungen hängen von der Vielfalt, Art und Bedeutung der zu beachtenden Vorschriften ab.¹⁰³ Art und Bedeutung betreffen nicht die Tatwahrscheinlichkeit, sondern den Schadensumfang. Von einiger Brisanz ist der Gesichtspunkt der Vielfalt der zu beachtenden Vorschriften. Richtig ist: Je mehr Vorschriften die Mitarbeiter beachten müssen, umso erhöhter ist die Delinquenzgefahr der zu überwachenden Tätigkeit.¹⁰⁴ Dann können auch einem verantwortungsbewussten Mitarbeiter nicht selten Fehler unterlaufen.¹⁰⁵ Heikel ist die Anreicherung der Vielfalt als reine Zahl der Vorschriften um Aspekte der Schwierigkeit ihrer Anwendung. Haben Mitarbeiter schwierige und neue Rechtsfragen zu bewältigen, so sollen sich die Überwachungsanforderungen erhöhen.¹⁰⁶ Zunächst hat die Neuheit einer Vorschrift nichts mit ihrer Schwierigkeit zu tun. Immerhin ist es aber zutreffend, dass man insofern noch nicht von einer Beherrschung durch die Mitarbeiter ausgehen darf, erst recht bei ständigem Wechsel der Vorschriften.¹⁰⁷ Völlig unpraktikabel dürfte eine Abhängigkeit der Überwachung von der Schwierigkeit der von den Mitarbeitern zu beachtenden Vorschriften sein. Letztlich ist jede Rechtsfrage schwierig, da jede Norm Fälle klarer Anwendung und eine Fülle von Abgrenzungsschwierigkeiten birgt.

b) Handlungskomplexität

Das Tätigkeitsfeld des Unternehmens beeinflusst sowohl die Anzahl der Mitarbeiterhandlungen als auch die Wahrscheinlichkeit, dass Mitarbeiter Straftaten begehen, sowie die drohenden Schadensausmaße; vgl. auch § 25a I 4 KWG.

Dies betrifft eine erhöhte Delinquenzgeneigtheit der zu überwachenden Unternehmenstätigkeit.¹⁰⁸ Außer der

¹⁰³ Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 177. Aufl. (2009), § 130 OWiG Rn. 12; OLG Hamm GewArch 1974, 190; OLG Hamm VRS 20, 465; OLG Schleswig SchlHA 1975, 197.

¹⁰⁴ Alexander a.a.O. (Fn. 17), S. 241.

¹⁰⁵ Busch, Unternehmen und Umweltstrafrecht, 1997, S. 501.

¹⁰⁶ BGHSt 27, 196, 202; OLG Stuttgart wistra 1987, 35; OLG Koblenz VRS 50, 54; vgl. Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, 3. Aufl. 13. Lfg. 2008, § 130 Rn. 14; Senge, in: Erbs/Kohlhaas a.a.O. (Fn. 103), § 130 OWiG Rn. 18.

¹⁰⁷ König, in: Göhler, OWiG (Fn. 85), § 130 Rn. 13; Achenbach, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2008), I 3 Rn. 55.

¹⁰⁸ Alexander a.a.O. (Fn. 17), S. 241.

Abhängigkeit von Anzahl und Struktur der Produkte¹⁰⁹ sowie der Art des Kapitalmarktzugangs¹¹⁰ ist insbesondere das Auftreten an ausländischen Märkten relevant.¹¹¹ Eine Mitarbeiterstraftat ist etwa dann erhöht wahrscheinlich, wenn das Unternehmen einen Exportbezug zu Ländern hat, die besonders für Schmiergeldzahlungen bekannt sind.¹¹² Auch für Unternehmen mit Geschäftsbezug zu den USA existiert wegen des weit gezogenen Anwendungsbereichs der einschlägigen Bestimmungen ein besonderes Risiko.¹¹³

Die Anfälligkeit für Straftaten ist für jeden Mitarbeiter einzeln zu bestimmen. Je nach Art ihrer Verwendung im Unternehmen sind sie mehr oder weniger tatgefährdet. Das Risiko, dass ein Mitarbeiter z.B. ein Korruptionsdelikt begeht, sei es als Belastungs-, sei es als Entlastungskriminalität, variiert stark je nach Abteilung. Zu Korruptionsdelikten etwa neigen typischerweise Vergabe-, Beschaffungs- und Einkaufsabteilungen.¹¹⁴ Die Abteilung Marketing und Vertrieb steht im Kontakt zum Kartell- und Wettbewerbsrecht¹¹⁵, die Personalabteilung zum Arbeits(straf)recht. Eine besondere Art eines kriminalitätsgeneigten unternehmerischen Betätigungsfeldes ist der Missstand in einer gesamten Branche.¹¹⁶ Hier soll der Unternehmensführer besonders häufig mit sorgfaltswidrigem Verhalten rechnen müssen. Dies wird aber nur dann gelten können, wenn es nahe liegt, dass im eigenen Betrieb ebenso Zuwiderhandlungen geschehen.¹¹⁷ Die tatsächliche Wahrscheinlichkeit eines Mitarbeitervergehens wird durch Vergehen anderer nicht beeinflusst.

c) Mitarbeiterqualität

aa) Allgemeines

Eine Straftat ist als Rechtsbruch ein Unterfall mitarbeiterlichen Fehlverhaltens. Die Prognose hierfür wird entscheidend beeinflusst durch die jeweiligen Fähigkeiten und Eigenschaften des Mitarbeiters. Es ist anerkannt, dass die Überwachungsanforderungen steigen, wenn Mitarbeiter von geringer oder unsicherer Qualifikation oder Zuverlässigkeit als Delegatäre eingesetzt

werden.¹¹⁸ Gesteigerte Überwachung kompensiert insofern suboptimale Mitarbeiterauswahl.¹¹⁹ Bei Beschäftigung unerprobter oder unzuverlässiger Personen ist damit zu rechnen, dass Unregelmäßigkeiten vorkommen werden.¹²⁰ Unter diese „unsicheren Kandidaten“¹²¹ fallen unvorgebildete bzw. unerfahrene Berufsanfänger¹²², insbesondere aber auch im konkreten Unternehmen neu eingestellte oder erst kurze Zeit beschäftigte Mitarbeiter, die sich dort noch nicht bewährt haben.¹²³ Erst nach einer Phase intensiver Überwachung in einer Einarbeitungszeit kann zuverlässig beurteilt werden, ob ein Mitarbeiter den betrieblichen Anforderungen gerecht wird¹²⁴, ob seine realen Fähigkeiten nicht unter dem bescheinigten Niveau liegen.¹²⁵ Je sachkundiger und zuverlässiger ein Untergebener erscheint, desto mehr senkt sich die Überwachungs- und Aufsichtspflicht.¹²⁶ Je länger ein Untergebener (ohne Fehlleistungen) beschäftigt wird, desto eher hat er sich als zuverlässig erwiesen¹²⁷ und auch an Berufserfahrung gewonnen. Auch Hochqualifizierte und zuverlässig Erscheinende weisen aber eine Delinquenzwahrscheinlichkeit auf, die größer als Null ist. Die Kontrolle von Hochqualifizierten, Führungskräften und lange Berufserfahrenen ist also nicht völlig entbehrlich, da nicht auszuschließen ist, dass sich durch Gewöhnung oder Bequemlichkeit Fehler eingeschlichen haben.¹²⁸ Dies deckt sich mit den Erkenntnis-

¹⁰⁹ Vgl. *Braun*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 3. Aufl. 2008, § 25a Rn. 77; vgl. auch *Heine* a.a.O. (Fn. 30), S. 134f. („Komplexität des Betriebssystems“); *Langweg*, in: Fülbiel/Aepfelbach/Langweg (Hrsg.), GwG, 5. Aufl. 2006, § 14 [a.F.] Rn. 74; *Mülhausen*, in: Herzog/Mülhausen (Hrsg.), Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, 2006, § 43 Rn. 40, 42f.

¹¹⁰ Vgl. *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 100), § 91 Rn. 24; BT-Drs. 13/9712 S. 11, 15.

¹¹¹ *Passarge* NZI 2009, 86, 87 („internationale Aufstellung“); vgl. auch *Mülhausen*, in: Herzog/Mülhausen (Hrsg.) (Fn. 109), § 43 Rn. 41 („Das Gefährdungsrisiko der Geschäftsbereiche hängt auch vom geographischen und infrastrukturellen Umfeld ab“).

¹¹² *Spindler*, in: MüKo-AktG, (Fn. 100), § 91 Rn. 20.

¹¹³ *Spindler*, in: MüKo-AktG, (Fn. 100), § 91 Rn. 20.

¹¹⁴ *Hauschka* AG 2004, 461, 472; *Rodewald/Unger* BB 2006, 113, 116; *Vahlenkamp/Knauf*, Korruption, 1995, S. 40.

¹¹⁵ *Rodewald/Unger* BB 2006, 113, 116.

¹¹⁶ *Maschke*, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, (1997), S. 41, BGH wistra 1982, 34, 35 m. Anm. *Möhrenschlager*; *Alexander* a.a.O. (Fn. 17) S. 244 f.

¹¹⁷ Vgl. auch *Hermanns/Kleier* a.a.O. (Fn. 6), S. 70.

¹¹⁸ *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas, (Fn. 103), § 130 OWiG Rn. 12; OLG Hamm VRS 40, 129; 41, 394; OLG Düsseldorf wistra 1991, 38; *Brenner* DRiZ 1975, 72, 75; *Achenbach*, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 107), I 3 Rn. 55; zum Beispiel der Abfallentsorgung *Hecker* MDR 1995, 757, 760 („Tatsachen bekannt werden, die Zweifel an der Zuverlässigkeit oder technischen Kompetenz des Beseitigers aufkommen lassen“); vgl. auch BGH NJW 1964, 1283, 1284; BGH NStZ 2002, 421, 423; *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, (Fn. 7), § 15 Rn. 152.

¹¹⁹ *Alexander* a.a.O. (Fn. 17), S. 243; *Belling*, in: Staudinger (Fn. 51), § 831 Rn. 97.

¹²⁰ OLG Koblenz VRS 50, 54; *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 103), § 130 OWiG Rn. 18; *Belling*, in: Staudinger (Fn. 51), § 831 Rn. 106.

¹²¹ *Belling*, in: Staudinger (Fn. 51), § 831 Rn. 97.

¹²² BGH (Z) NJW 1988, 2298.

¹²³ OLG Schleswig VRS 58, 384, 386; OLG Hamm GewArch 1973, 121; BayObLG NJW 2002, 766, 767; *Demuth/Schneider* BB 1970, 642, 648; *Eidam*, Unternehmen und Strafe, 2. Aufl. (2001), S. 196 f.; *Otto*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), FS Schroeder (2006), 339, 345; vgl. auch *Sprau*, in: Palandt (Fn. 32), § 831 Rn. 13; BGH NJW 2003, 288.

¹²⁴ BGH NJW 2002, 2480: „Jedenfalls nach einer angemessenen und beanstandungsfreien Einarbeitungszeit darf er sich dann grundsätzlich auf die Erledigung dieser Aufgaben durch den von ihm Betrauten verlassen, solange zu Zweifeln kein Anlass besteht (vgl. BGHZ 133, 370 [378] = NJW 1997, 130 = LM H. 2/1997 § 823 [Be] BGB Nr. 45).“

¹²⁵ Vgl. *Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, (1984), S. 97, 115.

¹²⁶ *Schlüchter*, in: Eser/Kullmann/Meyer-Goßner/Odersky/Voss (Hrsg.), FS Salger (1995), 139, 160; *Bussmann/Matschke* CCZ 2009, 132, 135; a.A. *Alexander* a.a.O. (Fn. 17), S. 207; vgl. auch das Pressrecht: RGSt 23, 274, 276 („die Persönlichkeiten des Verlegers und der von ihm bestellten Redakteure“).

¹²⁷ OLG Celle NJW 1969, 759, 760; vgl. auch BayObLG NJW 2002, 766, 767; OLG Hamm MDR 1978, 598.

¹²⁸ *Hegnon* CCZ 2009, 57, 62; vgl. auch BGH NJW 1980, 1901, 1902; OLG Köln VersR 1989, 708, 709; OLG Bamberg VersR 1994, 813, 815; OLG Düsseldorf WuE/E OLG 1893, 1897.

sen der Wirtschaftskriminologie: Wirtschaftsstraftaten werden regelmäßig nicht zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses begangen, sondern erst später. Täter verfügen erst nach längerer Tätigkeit im Unternehmen über die Möglichkeiten und das Wissen, Delikte möglichst unentdeckt begehen zu können.¹²⁹ Auch eine exponierte Stellung im Unternehmen ist kein Indiz für gesteigerte Rechts-treue.¹³⁰

bb) Vorkommnisse der Vergangenheit

Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Mitarbeiter eine Straftat begeht, ist erhöht, wenn er dies bereits in der Vergangenheit getan hat. Nach Erkenntnissen der Kriminologie sind einschlägige Vorbelastungen noch am ehesten valider Indikator für einen Rückfall.¹³¹ Es ist anerkannt, dass Auffälligkeiten, Verstöße und Schadensfälle in der Vergangenheit die Überwachungsanforderungen erhöhen.¹³² Zu den die Wahrscheinlichkeit der Straftatbegehung steigernden Gesichtspunkten zählen nicht nur Vorstrafen. Es ist nicht erforderlich, dass bereits eine staatliche Verfolgung eingeleitet oder sogar abgeschlossen ist.¹³³ Als weitere Kriterien sind andere behördliche Maßnahmen¹³⁴ sowie aufgetretene Diskrepanzen von verbrieftem und tatsächlichem Leistungsstand, manifestiert etwa durch Beschwerden von Kunden¹³⁵ oder eine Häufung von Schadensmeldungen, aber auch durch unternehmensinterne Hinweise, sei es mittels eines Hinweisgebersystems oder sogar aufgrund institutionalisierter Provokateure¹³⁶, zu nennen.

Umstritten ist, ob die Sanktion eines Mitarbeiterfehlverhaltens geeignet ist, die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Deliktsbegehung zu senken. Hier sind gewissermaßen die Grundpfeiler eines (auch) präventiv legitimierten Strafrechts betroffen. Man muss aus der Verhängung einer Sanktion, wenn sich das Strafrecht nicht ad absurdum führen möchte, schließen, dass die Indizwirkung

gesteigerter Straftatbegehungswahrscheinlichkeit bei Vorbelastung durch die Sanktion (mindestens teilweise) kompensiert wurde. Erst recht, wenn aus den Vorfällen personelle Konsequenzen gezogen worden sind, kann aus der Straftat eines Mitarbeiters nicht ohne Weiteres auf eine gesteigerte Delinquenzneigung des neuen Mitarbeiters geschlossen werden.¹³⁷ Bei einem Austausch der Mitarbeiter reichen also wiederum normale Aufsichtsmaßnahmen aus.¹³⁸ Aber auch dann, wenn ein Mitarbeiter auf seiner Stelle belassen wird, muss man sich in rationalem Maße auf eine abschreckende Wirkung von in der Vergangenheit verhängten Sanktionen verlassen dürfen.¹³⁹ Insofern kann man nicht sagen, dass solche Mitarbeiter in besonderem Maße überwacht werden müssen.¹⁴⁰

cc) „Red Flags“

Ganz allgemein werden in der Literatur Frühwarnindikatorenlisten („Red Flags“) für bereits stattfindendes oder zu erwartendes strafbares Verhalten diskutiert, insbesondere anhand der Korruptionsprävention.¹⁴¹ Unternehmensführer haben die Organisationspflicht zur Schaffung entsprechender Risikoerhebungssysteme. Die Beschäftigung mit der Wahrscheinlichkeit kriminellen Mitarbeiterverhaltens als Bezugspunkt des Managements von personellen Risiken kann und muss sich hierbei auf kriminologische Forschungen zur Belastungs- und Entlastungskriminalität stützen. Alles, was Menschen überhaupt zu bestimmen vermag, kann auch Beweggrund für ein wirtschaftskriminelles Verhalten werden, selbst Tugenden.¹⁴² Beweggründe und Motive delinquierender Mitarbeiter werden seit längerem erforscht.¹⁴³ Man unterscheidet individuelle, unternehmerische und gesellschaftliche Delinquenzgründe. Der Unternehmensführer muss alle ihm zumutbar zugänglichen Indizien für eine Delinquenzneigung eines Mitarbeiters bei der Gestaltung seiner Unternehmensaufsicht berücksichtigen. Am weitesten verbreitet sind Korruption(sindikatore) als Aspekt des mitarbeiterbezogenen Risikomanagements.¹⁴⁴ Die Existenz von Gefahrenindikatoren¹⁴⁵ lässt den

¹²⁹ Bussmann/Salvenmoser NSTZ 2006, 203, 207; Bussmann/Matschke CCZ 2009, 132, 135

¹³⁰ Bussmann/Matschke CCZ 2009, 132, 135.

¹³¹ Bussmann/Matschke CCZ 2009, 132, 134.

¹³² OLG Zweibrücken NSTZ-RR 1998, 311; KG VRS 70, 29, 30; OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 231; OLG Hamm GewArch 1973, 121; OLG Koblenz VRS 50, 54, 57; OLG Schleswig SchlHA 1981, 91; OLG Hamm GewArch 1973, 121; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1893, 1897; Brenner DRiZ 1975, 72, 75; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648; Hüneröder, Die Aufsichtspflichtverletzung im Kartellrecht, 1989, S. 118; Maschke, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, 1997, S. 41, 50; Doms, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmers für den Arbeitsschutz im Betrieb, 2006, S. 196; Dannecker, in: Amelung (Hrsg.) (Fn. 8), 209, 225; König, in: Göhler, OWiG (Fn. 85), § 130 Rn. 13; Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, 3. Aufl. 13. Lfg. 2008, § 130 Rn. 14; Sprau, in: Palandt (Fn. 32), § 831 Rn. 13; Belling, in: Staudinger (Fn. 51), § 831 Rn. 97; Mittelsdorf, Unternehmensstrafrecht im Kontext, 2007, S. 66; Spindler, in: MüKo-AktG (Fn. 100), § 91 Rn. 19; Bussmann/Matschke CCZ 2009, 132, 133; Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 4.

¹³³ Alexander a.a.O. (Fn. 17), S. 244.

¹³⁴ Große Vorholt, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 63.

¹³⁵ KG JR 1972, 121; Senge, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 103), § 130 OWiG Rn. 18.

¹³⁶ Zimmer/Stetter BB 2005, 1445, 1451.

¹³⁷ So aber BayObLG NJW 2002, 766; Bussmann/Matschke CCZ 2009, 132, 133.

¹³⁸ Hermanns/Kleier a.a.O. (Fn. 6), S. 40.

¹³⁹ Hermanns/Kleier a.a.O. (Fn. 6), S. 71.

¹⁴⁰ So aber Belling, in: Staudinger (Fn. 51), § 831 Rn. 99.

¹⁴¹ Vgl. Z.B. Vahlenkamp/Knauß, Korruption, (1995), S. 88 ff., 153 ff.; Benz/Heißner/John, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, (2007), S. 67 ff.; auch § 91 II AktG setzt auf ein frühes Erkennen von fortbestandsgefährdenden Entwicklungen; vgl. auch Wirtz WuW 2001, 342, 350.

¹⁴² Zirpins/Terstegen, Wirtschaftskriminalität, (1963), S. 44.

¹⁴³ Schneider NSTZ 2007, 555, 558 ff.; vgl. auch Zybon, Wirtschaftskriminalität als gesamtwirtschaftliches Problem, (1973), S. 44 ff.; kritisch zu Persönlichkeitsmerkmalen als Ursachen von Wirtschaftskriminalität Opp, Soziologie der Wirtschaftskriminalität, (1975), S. 110 ff.; Weckert, in: Deutsche Kriminologische Gesellschaft e.V. (Hrsg.), Betriebskriminalität, 1976, 7, 12 ff.

¹⁴⁴ Benz/Heißner/John, in: Dölling (Hrsg.) (Fn. 141), S. 67 ff.

¹⁴⁵ Heine a.a.O. (Fn. 30), S. 133; Vahlenkamp/Knauß, Korruption, 1995, S. 46 f.; Wolf DStR 2002, 1729, 1730; Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, 2002, S. 456 ff.; Greeve, Korruptionsdelikte in der Praxis, 2005, S. 22ff.; Dölling, in: Dölling (Hrsg.) (Fn. 141), S. 31; Korte, in: Dölling (Hrsg.) (Fn.141), S. 354; Richtlinie der

Schluss auf eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit einer Straftatbegehung durch einen Mitarbeiter zu. Hier gibt es regelrechte Checklisten.¹⁴⁶

d) Besondere Situationen

Die Rechtsprechung geht offenbar davon aus, dass die Deliktsneigung Unternehmensangehöriger in gewissen Situationen gesteigert ist. Im Rahmen der Anforderungen an die Überwachungspflichten bei horizontaler Delegation verlangt sie – gebilligt von der wohl h.L. – vor allem in Krisensituationen eine intensive Überwachung der Delegaten durch die Delegierenden.¹⁴⁷ Dies dürfte in seiner Allgemeinheit verfehlt sein.¹⁴⁸ Es entstehen überzogene Kontrollpflichten. Jegliche Pflichtendelegation in der Krise würde zum Glücksspiel. Gerade in der Krise entsteht wegen anstehender Verhandlungen mit Vertragspartnern, Kreditgebern usw. ein zusätzlicher Zeitaufwand für die Unternehmensverantwortlichen. Zu starke Beschränkungen der Delegationsbefugnis wirken prohibitiv und können wirtschaftlich sinnvollen Rettungsversuchen entgegenstehen. Der Vertrauensgrundsatz greift auch hier wiederum in seiner rationalen Gestalt: Es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass in besonderen geschäftlichen Situationen die Delegatäre mit erhöhter Wahrscheinlichkeit straffällig werden.

Erst recht zweifelhaft wird die eingeforderte Aufsichtsin-tensivierung dann, wenn man besondere Unternehmens-situationen aller Art genügen lässt, z.B. Störfälle, Betriebsunfälle¹⁴⁹, denkbar wären auch Re- und Neuorganisa-tionen des Unternehmens, aber letztlich auch alle sich vom Tagesgeschäft abhebenden unternehmerischen Ere-ignisse. Dies wäre von der alltäglichen Ungewöhnlich-keit jeder komplexen Unternehmenstätigkeit nicht mehr abzugrenzen. Im Hinblick auf bestimmte Delikte ist es aber immerhin plausibel, dass sich die Wahrscheinlich-keit ihrer Begehung unter gewissen betrieblichen Um-ständen erhöht. Dies gilt z.B. für das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB), das in einer finanziellen Unternehmenskrise sicher näher liegt als bei gesunden Unternehmensfinanzen. Die recht strenge Rechtsprechung, die den Unternehmensführer verpflichtet, bei Kenntnis einer finanziellen Krisensitua-tion durch geeignete organisatorische Maßnahmen (Sicherheitsvorkehrungen) die Begleichung sozialversi-cherungsrechtlicher Verbindlichkeiten sicherzustellen¹⁵⁰, wurzelt hierin.

Bundesregierung zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung, 2004, Anlage 2, II.

¹⁴⁶ Vgl. *Stephan/Seidel*, in: Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2. Aufl. 2010, § 25 Rn. 249 ff.

¹⁴⁷ BGHSt 37, 106, 124; zu § 266 StGB: BGH (Z) NJW 1997, 130, 132 und BGH (S) NJW 2002, 2480; Schlüchter, in: Eser/Kullmann/Meyer-Goßner/Odersky/Voss (Hrsg.), FS Salger, (1995), 139, 163; Schall, in: Schünemann (Hrsg.), *Deutsche Wiedervereinigung*, Band III - Unternehmenskriminalität, 1996, 99, 115; Roxin, *Strafrecht AT 2*, 2003, § 32 Rn. 142.

¹⁴⁸ Große Vorholt, *Wirtschaftsstrafrecht* (Fn. 134), Rn. 59.

¹⁴⁹ So *Busch* a.a.O. (Fn. 105), S. 505.

¹⁵⁰ BGH NJW 2002, 2480; BGH GmbHR 2001, 236, 237; hierzu Huff, *Die Freizeichnung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Pflichtendelegation im Unternehmen*, 2008, S. 118.

IV. Die Beeinflussung des Schadensumfangs

Zur Berechnung des Schadenserwartungswerts muss die Anzahl der strafrechtlich riskanten Mitarbeiterhandlungen nicht nur mit der Wahrscheinlichkeit einer Strafbarkeit pro einzelner Handlung multipliziert werden, sondern auch mit der jeweils zu prognostizierenden nachteiligen Folge der Straftat. Zur frequentiellen Anfälligkeit des Betriebs für Verstöße kommt mithin das Kriterium der Gefahrenträchtigkeit der einzelnen Geschäftstätigkeit.¹⁵¹ Die Schadensträchtigkeit einer strafbaren Mitarbeiterhandlung beeinflusst die Aufsichtsintensität.¹⁵² Wenn eine Verletzung besonders gravierende Folgen haben kann¹⁵³, also eine erhöhte Gefahrenlage vorliegt¹⁵⁴, sind weitergehende Maßnahmen zumutbar. Insbesondere gilt dies bei Gefahren für Leib und Leben.¹⁵⁵ Dies korrespondiert in Delegationsverhältnissen mit der Wichtigkeit der übertragenen Aufgabe.¹⁵⁶ Je mehr gefährliche Funktionen bei einer einzigen Person liegen, desto umfangreicher müssen die laufenden Kontrollen sein.¹⁵⁷ Andererseits bedeutet ein großes Ausmaß der Gefahr nicht, dass Aufsichtspflichtige überhaupt nicht mehr auf Untergebene vertrauen dürfen.¹⁵⁸ Sonst wäre z.B. auch und gerade im medizinischen Bereich, in dem es regelmäßig um Lebensgefahren geht, für den Vertrauensgrundsatz kein Raum. Freilich sind erhöhte Voraussetzungen und reduzierte Rechtsfolgen des Vertrauens durchaus mit den Grundsätzen der Fahrlässigkeitshaftung bei Arbeitsteilung zu vereinbaren. Bei allem gilt es aber zu berücksichtigen, dass das unternehmerische Handeln ein gesellschaftlich erwünschtes und grundsätzlich rechtstreues Umfeld darstellt.¹⁵⁹

Die Schadensträchtigkeit der Mitarbeiterhandlung betrifft grundsätzlich nicht nur Gefahren für Opfer der Straftat, sondern auch Gefahren für das Unternehmen selbst, auch und gerade bei vermeintlich unternehmensnützlicher Unternehmenskriminalität. Relevant ist dies insbesondere im Rahmen des § 91 II AktG. Die dem Unternehmen drohenden Nachteile beeinflussen die geschuldete Aufsichtsintensität aber im Rahmen der strafrechtli-

¹⁵¹ Vgl. auch *Ransiek* a.a.O. (Fn. 44), S. 41: „Je höher aber das betroffene Rechtsgut zu bewerten ist, desto weiter ist der Pflichtenkreis.“; S. 108: „Je größer der drohende Schaden, desto stärkere Anforderungen sind an die Aufsichtspflicht zu stellen“; *Braun*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *KWG*, (Fn. 109), § 25a Rn. 288.

¹⁵² *Alexander* a.a.O. (Fn. 17), S. 207, 241; *Otto*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), (Fn. 123), 339, 345; *Raum*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl. 2007, 4. Kapitel, Rn. 43; BGHSt 47, 224; BGHSt 37, 184, 187.

¹⁵³ KG wistra 1999, 375; BGH NStZ 2002, 421, 423; vgl. auch zivilrechtlich *Wagner*, in: MüKo-BGB (Fn. 22), § 823 Rn. 302; *Belling*, in: Staudinger (Fn. 51), § 831 Rn. 105; BGH (Z) NJW 2003, 288, 290.

¹⁵⁴ Vgl. *Hecker* MDR 1995, 757, 760 am Beispiel der delegierten Abfallentsorgung; *Tessin* BB 1987, 984, 987; *Doms* a.a.O. (Fn. 132), S. 196.

¹⁵⁵ BGH NStZ 2002, 421, 423 (Wuppertaler Schwebebahn).

¹⁵⁶ *Alexander* a.a.O. (Fn. 17), S. 235.

¹⁵⁷ *Braun*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *KWG*, (Fn. 109), § 25a Rn. 265.

¹⁵⁸ *Renzikowski* StV 2009, 443, 446; Freund NStZ 2002, 425.

¹⁵⁹ *Kudlich*, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004, S. 233.

chen Normen nicht. Dies wäre eine unzulässige Umdeutung einer gesellschaftsrechtlichen Binnenpflicht in eine strafrechtliche Außenpflicht.¹⁶⁰

F. Zusammenfassung und Ausblick

Criminal Compliance als rechtlich gebotene Summe aller Aufsichtsmaßnahmen zur Verhinderung von unternehmensnützigen Straftaten ist dann hinreichend, wenn es gelingt, den Schadenserwartungswert jedes Mitarbeiter-einsatzes auf das rechtlich noch tolerierte Maß zu beschränken. Wie dies geschieht, ist im Ausgangspunkt einerlei.¹⁶¹ Dies hat Konsequenzen für das so verstandene „Rechtsgebiet“ Criminal Compliance: Zwar lassen sich verschiedene Bausteine eines Compliance-Systems

¹⁶⁰ Vgl. *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 15 Rn. 223a: „§ 91 Abs. 2 AktG verpflichtet zwar zur Einrichtung eines Frühwarnsystems, hierdurch werden aber nur die AG bzw. ihre Anteilseigner, nicht aber Dritte geschützt, so dass keine zusätzlichen strafbewehrten Kontroll- und Überwachungspflichten begründet werden“).

¹⁶¹ Vgl. *Kuhlen*, in: Maschmann (Hrsg.) (Fn. 78), 11, 29: „Es führen viele Wege nach Rom und das Strafrecht muss das respektieren.“

isolieren, die sich in Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis herausgebildet haben („Compliance-Tools“).¹⁶² Im Grunde besteht aber (von Spezialgesetzen abgesehen) bei keiner einzelnen Maßnahme als solcher eine Rechtspflicht zu ihrer Einführung. Defizite in einem Bereich können durch Anstrengungen in einem anderen ausgeglichen werden. Der Streit um eine Rechtspflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation ist insofern unergiebig. Dies betrifft die Compliance-Organisation insgesamt, aber letztlich auch die Frage der rechtlichen Gebotenheit jeder einzelnen Maßnahme. Rechtlich geschuldet ist allein die Absenkung des Schadenserwartungswerts auf das rechtlich tolerierte Niveau. Hinzu kommt eine gewissermaßen rechtspraktische Verpflichtung angesichts einer Rechtsprechung, die dazu neigt, aus einer Mitarbeiterstraftat auf unzureichende Aufsicht zu schließen. Je mehr Aufsichtsinstrumente eingesetzt werden, umso eher wird sich die Unternehmensorganisation als gerichtsfest erweisen.

¹⁶² *Scherp*, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität und Korruption*, 2003, 147; vgl. auch *Schneider/Nowak*, in: Hönn/Oetker/Raab (Hrsg.), *FS Kreutz*, 855, 861: „Immerhin sind durch die Rechtsprechung ein paar wenige rudimentäre Anforderungen aufgestellt worden.“

Aufsätze und Anmerkungen

Rückwirkende Sicherungsverwahrung – Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK als andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB

Zugleich Besprechung zu BGH HRRS 2010 Nr. 648, OLG Celle, *Beschl. v. 25.5.2010*, 2 Ws 169/10, OLG Stuttgart, *Beschl. v. 1.6.2010*, 1 Ws 57/10, OLG Koblenz, *Beschl. v. 7.6.2010*, 1 Ws 108/10 und OLG Köln, *Beschl. v. 14.7.2010*, 2 Ws 431/10.

Von Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hamburg

I. Ausgangspunkt: Divergierende Rechtsauffassungen zur Geltung des Rückwirkungsverbots für die Sicherungsverwahrung

Seit langem ist in Deutschland umstritten, ob Maßregeln wie die Sicherungsverwahrung dem strengen strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip gemäß Art. 103 II GG und

§ 1 StGB unterfallen.¹ Daraus wäre auch ein striktes Rückwirkungsverbot abzuleiten. Der EGMR hat die Sicherungsverwahrung nun in einem mustergültigen Einzelfall rechtskräftig als Strafe im Sinne des Art. 7 I 2 EMRK eingeordnet und damit dem Schutz des strafrecht-

¹ Vgl. z.B. gegen die Anwendung mit zahlreichen Nachweisen *LK-Dannecker*, 12. Aufl. (2006), § 1 Rn. 407 ff., § 2 Rn. 135 ff.; für die Anwendung z.B. *AnwK-StGB-Gaede*, hrsg. von Tsambikakis/Zöllner/Leipold (2010), § 2 Rn. 18; erstaunlicherweise nur eine geringe Relevanz erkennt – unter Verweis auf Art. 93 des 1. StrRG – *SSW-Satzger*, StGB (2009), § 2 Rn. 37.

lichen Gesetzlichkeitsprinzips unterstellt.² Folglich muss es als ausgemacht gelten, dass eine rückwirkende Anordnung der Sicherungsverwahrung gegen ein europaweit anerkanntes Menschenrecht verstößt.³

Der deutsche Gesetzgeber hat eine solche Rückwirkung aber nicht kategorisch ausgeschlossen. Das zeigt sich für die Sicherungsverwahrung insbesondere an der – nun vor dem EGMR gescheiterten – rückwirkenden Aufhebung der früheren zehnjährigen Höchstfrist der Sicherungsverwahrung. Gleichmaßen ist der „Wille zur Rückwirkung“ an der nachträglichen Sicherungsverwahrung abzulesen, die bislang – die weiteren Erfordernisse vorausgesetzt – gezielt auch auf Taten Anwendung fand, die vor ihrer Einführung oder Ausweitung begangen worden sind.⁴ Ganz allgemein gibt der Gesetzgeber mit § 2 VI StGB zu erkennen, dass er Maßregeln und somit auch die Sicherungsverwahrung – gegen das heute wohl herrschende Schrifttum⁵ – nicht als Strafen im Sinne des Art. 103 II GG ansieht. Entsprechend ging er davon aus, dass er auch das strenge Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG nicht zu beachten hatte, als er die Rückwirkung bei der Sicherungsverwahrung zuließ.⁶ Gemäß § 2 VI StGB gilt das Rückwirkungsverbot bei Maßregeln deutschen Rechts (vgl. § 61 StGB) nur dann, wenn eine gesetzliche Regelung die Geltung des Tatzeitrechts bestimmt. Für die problematischen Fälle der „rückwirkenden Sicherungsverwahrung“ hat der Gesetzgeber eine solche Regelung nicht *speziell geschaffen*. Die darin zum Ausdruck kommende verfassungsrechtliche Interpretation wird bislang auch vom BVerfG bestätigt. Nach seiner Ansicht verstößt die rückwirkende Anordnung der Sicherungsverwahrung weder gegen Art. 103 II GG noch gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot des Art. 20 III GG iVm Art. 2 II 2 GG, weil die Sicherungsverwahrung als Maßregel nicht dem Schuldausgleich dienen soll.⁷

Der *Status quo* ist damit: Die verfassungsrechtliche und die menschenrechtlich-völkerrechtliche Rechtslage divergieren. Allerdings ist die Entscheidung des EGMR im konkreten Einzelfall gemäß Art. 46 EMRK für Deutschland verbindlich.⁸ Darüber hinaus dürfte heute jedenfalls in dem von BVerfGE 111, 307 ff. („Fall Görgülü“) gezogenen Rahmen anerkannt sein, dass die Rechtsprechung des EGMR auch in den Parallelfällen insbesondere der überschrittenen Höchstdauer der Sicherungsverwahrung eine vergleichbare, die deutschen Gerichte praktisch bindende Orientierungswirkung besitzt.⁹ Art. 7 I 2 EMRK gilt über das Transformationsgesetz MRK in Deutschland unmittelbar als bindendes Recht im Rang einfachen Bundesrechts.¹⁰ Zudem darf einfaches Recht in seinen Schutzwirkungen über das Verfassungsrecht prinzipiell hinausgehen.¹¹ So stellt sich insbesondere bei Entscheidungen, die Sicherungsverwahrte gemäß § 67e StGB nach Überschreitung der zehnjährigen Höchstfrist zur Erledigung ihrer Sicherungsverwahrung anstreben, die akute Frage, ob die Gerichte in diesen Fällen nicht im Wege einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung auf eine sofortige Freilassung erkennen müssen, um die fortdauernde Rückwirkung zu beenden.

II. Umsetzung der Entscheidung des EGMR de lege lata möglich?

Da der EMRK in Deutschland nicht der Rang höheren Rechts verliehen ist, stürzt der geschilderte Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsstand zur Sicherungsverwahrung die Praxis in ein Dilemma. Dieses Dilemma nimmt sich angesichts der – in den Problemfällen weiterhin prognostizierten – hochgradigen Gefährlichkeit der Inhaftierten und der oft mangelnden Vorbereitung auf die sofortige Entlassung besonders gravierend aus. Sollen die Rechtsanwender in der Praxis dem scheinbar eindeutigen deutschen Recht der Sicherungsverwahrung zum Schutz potentieller Opfer Folge leisten und damit sehenden Auges an schwerwiegenden und flagranten Menschenrechtsverletzungen des deutschen Staates mitwirken? Soll die Praxis darauf vertrauen, dass das BVerfG die Entscheidung des EGMR unter Inanspruchnahme besseren deutschen verfassungsrechtlichen Wissens und nationalstaatlicher Souveränität zurückweisen wird, auch wenn es hierdurch systematische Brüche des Völkerrechts in Kauf nähme? Oder sollte die Praxis nicht besser die dem EGMR gemäß Art. 32 EMRK völkerrechtlich auch in Deutschland explizit zugestandene Kompetenz zur Letztentscheidung über die EMRK akzeptieren? Die

² EGMR, Mücke v. Deutschland, §§ 117 ff., HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.; zur Endgültigkeit dieses Urteils nur BGH HRRS 2010 Nr. 648.

³ Zust. z.B. Kinzig NStZ 2010, 233, 236 ff.; Müller StV 2010, 207 ff.; AnwK-StGB-Gaede (Fn. 1), § 2 Rn. 18. Auch die zurückhaltenden Oberlandesgerichte bestreiten dies nicht, vgl. etwa OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10.

⁴ Vgl. dazu z.B. BVerfG NJW 2006, 3483 ff. (HRRS 2006 Nr. 804); 2009, 980 ff. (HRRS 2008 Nr. 1148) m. abl. Bespr. Ullenbruch StraFo 2009, 52 ff. Siehe nun aber zutreffend übertragend BGH HRRS 2010 Nr. 648; zust. AnwK-StGB-Gaede (Fn. 2), § 2 Rn. 18.

⁵ Vgl. z.B. Diefenbach, Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 IV StGB [aF] (1966), S. 37 ff., 113 ff.; Jung, FS Wassermann, 875, 883 ff.; Ullenbruch NStZ 1998, 326, 329 f.; ders. NStZ 2007, 62, 64 f.; ders. StraFo 2009, 52 ff.; Kinzig StV 2000, 330, 333 ff.; ders. NJW 2004, 911 ff.; Best ZStW 114 (2002), 88, 99 ff.; NK-Hassemer/Kargl, 3. StGB (2010), § 2 Rn. 60 f.; MK-Schmitz, StGB, Bd. I (2003), § 2 Rn. 52 f.; Roxin AT/I, 4. Aufl. (2006), § 5 Rn. 55 f.; Köhler, Strafrecht AT (1997), S. 98; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), Rn. 4/56: erforderliche Objektivitätsgarantie; AnwK-StGB-Gaede (Fn. 2), § 2 Rn. 18.

⁶ Vgl. zur entsprechenden Gesetzgebung z.B. BT-Drs. 13/9062, S. 7, 10 f., 12 und 15/2887, S. 19 f. (im Anschluss an BVerfGE 109, 133 ff. = HRRS 2004 Nr. 166); siehe auch schon zu § 2 VI StGB BT-Drs. 4/650, S. 108.

⁷ BVerfGE 109, 133, 167 ff.; m.w.N. BVerfG NJW 2006, 3483 ff.; 2009, 980, 981 f.; 2010, 1514 ff. (HRRS 2009 Nr. 1031); BGHSt 52, 205 ff. (HRRS 2008 Nr. 430); BGH NJW

2010, 1539, 1542 f. (HRRS 2010 Nr. 454); OLG Frankfurt aM NStZ 2002, 90 f.

⁸ Vgl. BVerfGE 111, 307, 319 ff. = HRRS 2004 Nr. 867 m. Anm. Gaede HRRS 2004, 387 ff.

⁹ Zur Pflicht zur Umsetzung in Parallelfällen vgl. z.B. auch anerkennend OLG Koblenz, Beschl. v. 7.6.2010, 1 Ws 108/10; OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10; mustergültig insoweit OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 1.7.2010, 3 Ws 539/10; dazu auch Grabenwarter JZ 2010, August/September; Esser StV 2005, 348, 352 f.

¹⁰ Vgl. statt vieler so wieder BGH HRRS 2010 Nr. 648.

¹¹ BGH HRRS 2010 Nr. 648; OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 24.6.2010, 3 Ws 485/10; OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010, 4 Ws 157/10; vgl. auch schon Grabenwarter JZ 2010, August/September.

Rechtsanwender müssten dann nach Möglichkeit einen Weg suchen, auf dem sie Menschenrechtsverletzungen, die schon infolge Art. 1 II GG¹² der deutschen Rechtspraxis wesensfremd sein müssen, vermeiden oder wenigstens zügig beenden können. Dieser Weg müsste angesichts der zugleich vorliegenden Verletzung von Art. 5 I EMRK¹³ regelmäßig auf eine Entlassung hinauslaufen. Er könnte darin liegen, Art. 7 I 2 EMRK im Zuge einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung¹⁴ als ein Gesetz im Sinne des § 2 VI StGB zu verstehen, das eine rückwirkende Anwendung des heutigen Rechts der Sicherungsverwahrung untersagt und damit die Maßgeblichkeit des Tatzeitrechts auch für die Sicherungsverwahrung wiederherstellt.¹⁵ Soweit das Tatzeitrecht aber nur eine Sicherungsverwahrung von längstens zehn Jahren vorsah, wären die Inhaftierten jedenfalls aus der Sicherungsverwahrung zu entlassen.¹⁶

1. Zurückhaltung gegenüber der Anwendung von § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK

Ob der Weg über § 2 VI StGB in Verbindung mit Art. 7 I 2 EMRK tragfähig ist, hierüber besteht derzeit ein gravierender Dissens, der bislang jedenfalls die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte spaltet. Zunächst hat der 1. Strafsenat des BGH in einer Entscheidung zur rückwirkenden *Anordnung* der Sicherungsverwahrung gemäß § 7 II Nr. 1 JGG im Ergebnis davon abgesehen, die Rückwirkung durch eine konventionskonforme Auslegung zu verhindern.¹⁷ Für das Jugendstrafrecht meint der Senat

mit einer nicht überzeugenden Begründung, dass Art. 7 I 2 EMRK in diesem Fall gar nicht verletzt sei.¹⁸ Bei der Beurteilung der „Höchstfristfälle“ zu § 67d StGB sind dann in der Folge zahlreiche Oberlandesgerichte der Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK entgegengetreten. Vor allem¹⁹ wird geltend gemacht, die Anwendung sei mit dem „klaren Wortlaut“ der Art. 1a III EGStGB aF²⁰ und des § 67d III StGB²¹ unvereinbar. Hierin sei der eindeutige Wille des Gesetzgebers für eine zulässige Rückwirkung zum Schutz potentieller Opfer zum Ausdruck gekommen, der sich als unübersteigbare Grenze einer methodologisch zulässigen Auslegung darstelle.²² Zudem wurde eingewandt, dass die sofortige Entlassung, die aus der Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK ohne Rücksicht auf eine fortbestehende Gefährdungsprognose folgen würde, die gebotene

171/10, Beschl. 12.5.2010 zu § 66b II StGB, der aber vor dem 4. Gesetz zur Änderung des GVG erging.

¹⁸ BGH NJW 2010, 1539, 1544.

¹⁹ Einige Oberlandesgerichte werfen dem EGMR in der Sache eine Fehlentscheidung zur EMRK vor, weil der EGMR die von ihm selbst anerkannten Schutzpflichten aus Art. 2 EMRK übersehen habe (!), so zB OLG Celle, Beschl. v. 25.5.2010, 2 Ws 169/10 im Anschluss an EGMR GC, Mastromatteo v. Italien, NJW 2003, 3259 ff.; OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10. Auch wenn es ganz richtig ist, dass Schutzpflichten z.B. aus Art. 2 EMRK resultieren, kommt in diesem Monitum doch letztlich allein eine flagrante Unkenntnis bzw. Abkehr von den betroffenen Konventionsrechten zum Ausdruck (vgl. dagegen auch schon OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 24.6.2010, 3 Ws 485/10; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09): Art. 7 I 2 EMRK ist – wie auch in Deutschland zu Art. 103 II GG – eine Abwägung mit (Rechtsguts-)Schutz Gesichtspunkten bzw. eine Einschränkung durch entgegenstehende öffentliche Interessen fremd. Zu Art. 5 EMRK ist es – anders als leider in BVerfGE 109, 190, 235 ff. = HRRS 2004 Nr. 169 von der Mehrheit für das deutsche Recht angenommen – im Rahmen der EMRK undenkbar, durch den direkten Rekurs auf Schutzpflichten die Mindestvoraussetzung eines gültigen Eingriffsrechts zu überspielen. Der EGMR hat eine solche Haltung, die auf jeden Willkürschutz durch Rechtsnormen verzichtete, im Fall Mücke zu Recht nicht einmal angesprochen. Siehe auch unten V.

²⁰ Der Wortlaut lautete: „§ 67d des Strafgesetzbuches in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 160) findet uneingeschränkt Anwendung.“ Damit wurde der neue § 67d StGB, der keine Höchstfrist für die Sicherungsverwahrung mehr vorsieht, auch rückwirkend für anwendbar erklärt. Die Argumentation mit Art. 1a III EGStGB wird dabei bedenkllicherweise verfolgt, obschon Art. 1a III EGStGB mittlerweile gestrichen wurde, vgl. zust. aber Peglau jurisPR-StrafR 11/2010 Anm. 2, 13/2010 Anm. 3; gegen das Argument auch insoweit aber OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09.

²¹ § 67d StGB macht die Erledigung seit der Fassung vom 26.1.1998 nach den zehn Jahren Dauer der Sicherungsverwahrung davon abhängig, dass keine Gefahr besteht, der Unterbrachte werde infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

²² Vgl. zu beidem OLG Celle, Beschl. v. 17.12.2009, 2 Ws 169/10; m.w.N. schon zu § 2 VI StGB OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10; OLG Koblenz, Beschl. v. 7.6.2010, 1 Ws 108/10: Verstoß gegen den Schutzzweck der damaligen Gesetzgebung; OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010, 2 Ws 431/10.

¹² Vgl. BVerfGE 111, 307, 328 f. zu einem „Kernbestand an internationalen Menschenrechten“.

¹³ Vgl. EGMR, Mücke v. Deutschland, §§ 86 ff., HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.

¹⁴ Zu diesem Gebot z.B. BVerfGE 111, 307, 316 ff.; BVerfG HRRS 2010 Nr. 461; siehe auch schon m.w.N. Gaede wistra 2004, 166, 167.

¹⁵ Dieser Weg wurde erstmals von dem österreichischen Verfassungsrichter und Konventionsrechtsexperten Prof. Dr. Dr. Christoph Grabenwarter in einem Rechtsgutachten zu den Rechtsfolgen der Mücke-Entscheidung des EGMR vorgeschlagen, das Grabenwarter für die Bundesregierung verfasst hat. Der Inhalt dieses Gutachtens lag dem Verfasser in Form eines auf dem Gutachten beruhenden JZ-Beitrages (JZ 2010, August/September) vor, den Prof. Grabenwarter dem Verfasser freundlicherweise vorab zur Verfügung gestellt hat. Zur Umsetzung stellt Grabenwarter – anders als es nunmehr eine Reihe von Oberlandesgerichten tun, vgl. z.B. OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010, 4 Ws 157/10; OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 1.7.2010, 3 Ws 539/10 – nicht auf das Tatzeitrecht, sondern auf § 67d IV StGB n.F. ab, indem er Art. 7 I 2 EMRK und Art. 5 EMRK eine zehnjährige Höchstfrist entnimmt. Auch bei dieser Interpretation greift Grabenwarter aber mittelbar auf das alte Recht als Maßstab zurück. Ebenso vertretbar ist aber die Interpretation der Oberlandesgerichte, die zur Umsetzung explizit auf § 67d I StGB a.F. abheben. Über Art. 7 I 2 (Art. 5) EMRK iVm § 2 VI StGB kann für § 67d StGB im Wege der gebotenen konventionskonformen und geltungszeitlichen Interpretation gefolgert werden, dass die Neufassungen des § 67d StGB die Anwendung des § 67d I StGB a.F. auf Altfälle zulassen, so dass insoweit auch auf § 67d I, IV StGB a.F. abgestellt werden kann.

¹⁶ Vgl. § 67d I und IV StGB in der Fassung vom 10. März 1987.

¹⁷ BGH NJW 2010, 1539, 1544 m. abl. Bespr. Eisenberg NJW 2010, 1507, 1508 f. Siehe aber nun auch BGH 2 StR

Abwägung zwischen dem Schutz der Grundrechte potentieller Opfer und den verfassungsmäßigen Rechten des Täters verfehlt.²³ Hierin läge eine vom BVerfG in der Görgülü-Entscheidung untersagte „schematische Vollstreckung“ des Urteils des EGMR, da den Fachgerichten in Form des geltenden § 67d III StGB nach Ablauf der Zehnjahresfrist *verfassungsrechtlich* eine Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Sicherungsverwahrten einerseits und der staatlichen Schutzpflicht für die Allgemeinheit andererseits aufgetragen sei. Das OLG Stuttgart sieht sich dazu auch deshalb verpflichtet, weil Grundrechtsträger, die am Verfahren vor dem EGMR unbeteiligt sind, ohne diese erneute – ganz offensichtlich nicht auf eine Freilassung verpflichtete – Abwägung entgegen dem Görgülü-Beschluss nicht mehr als Verfahrenssubjekte wirksam in Erscheinung treten könnten.²⁴ Zudem scheint in den Entscheidungen durch, dass sich die Gerichte verpflichtet sehen, das Primat des Gesetzgebers zur Neuregelungen seines Schutzkonzepts zu bewahren.²⁵

2. Vermehrte Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK

Nunmehr entwickelt sich aber ein Gegenteil. Vor allem hat der 4. Strafsenat des BGH in einem Fall, in dem er eine *Anordnung* der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b StGB unter Inkaufnahme einer konventionswidrigen Rückwirkung hätte bestätigen müssen, eine konventionskonforme Leitentscheidung getroffen. *Zum einen* hat der Senat zustimmungswürdig entschieden, dass auch die Anwendung des § 66b III StGB auf Taten, die vor seinem Inkrafttreten begangen worden sind, Art. 7 I 2 EMRK verletzt. Er hat damit zu Recht begonnen, die gebotenen Schlüsse aus dem Urteil des EGMR auch für die nachträgliche Sicherungsverwahrung zu ziehen. *Zum anderen* hat der Senat von der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gerade abgesehen, indem er im Wege einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung in Art. 7 I 2 EMRK eine abweichende gesetzliche Regelung i.S. des § 2 VI StGB erkannt hat.²⁶ Er hat hierdurch auch für den Fall einer fortbestehenden prognostizierten Gefährlichkeit des Inhaftierten die prinzipielle²⁷ methodische Vertretbarkeit des Weges über § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK höchstrichterlich bestätigt und die sofortige Freilassung des Inhaftierten verfügt. Mit Recht

hat er betont, dass dem jedenfalls eine etwaige Bindungswirkung der bisherigen Entscheidungen des BVerfG zur rückwirkend angeordneten Sicherungsverwahrung nicht entgegensteht, da die Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK eine Frage des einfachen Rechts darstellt.²⁸

Im Sinne des 4. Strafsenats haben in den „Höchststfristfällen“ nun auch andere Oberlandesgerichte judiziert. Zum Teil haben sich die Oberlandesgerichte dem BGH angeschlossen,²⁹ zum Teil waren sie schon zuvor für die Vertretbarkeit des Lösungsweges über § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK eingetreten.³⁰ Auch wenn sich die Rechtsprechung des 4. Strafsenats des BGH nicht auf § 67d StGB bezieht, dürfte ihr damit eine Signalwirkung beizumessen sein, zumal sich auch der 1. Strafsenat des BGH einer Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK nicht explizit verschlossen hat.³¹

3. Durch den Gesetzgeber bestätigter Klärungsbedarf

Auch nach der tendenziell zur Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK anhaltenden Entscheidung des 4. Strafsenats lehnen einige Oberlandesgerichte dieses Vorgehen zu § 67d StGB weiterhin ab.³² Die Frage, wie mit rückwirkenden Anordnungen der Sicherungsverwahrung umzugehen ist, harrt damit in der Praxis der Gerichte einer weiteren Klärung. Auch der Gesetzgeber strebt die Klärung der fortbestehenden Divergenz der Oberlandesgerichte bei der Entscheidung über die etwaige Erledigung einer angeordneten Sicherungsverwahrung an. Zu diesem Zweck hat er das 4. Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes erlassen.³³ Dieses Gesetz führt – vor dem Hintergrund der bestehenden Divergenz zur Sicherungsverwahrung – in § 121 II Nr. 3 GVG eine Vorlagepflicht zum BGH für den Fall ein, dass ein Oberlandesgericht bei der Entscheidung über die Erledigung einer Maßregel von einer früheren Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts abweichen will. Die Regelung ist seit dem 30. Juli 2010 in Kraft. Sie soll erklärtermaßen auch eine baldige Entscheidung des BGH zur divergierend gehandhabten Berücksichtigung des Urteils des EGMR zur Sicherungsverwahrung in den „Höchststfristfällen“ ermöglichen.³⁴ Bemerkenswerterweise

²³ Dafür z.B. OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10; wohl auch OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.6.2010, 1 Ws 315/10; dagegen schon OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 1.7.2010, 3 Ws 539/10; vgl. allerdings zum Vollstreckungsverfahren bei der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 1.7.2010, 3 Ws 418/10; Wiederaufnahme erforderlich (gegen *Kinzig* NStZ 2010, 233, 239).

²⁴ OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10.

²⁵ Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010, 2 Ws 431/10; Gesetzgeber hätte nach anderen Wegen gesucht; vgl. auch OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10.

²⁶ BGH HRRS 2010 Nr. 648; so z.B. auch AnwK-StGB-Gaede (Fn. 1), § 2 Rn. 18; *Kinzig* NStZ 2010, 233, 239; *Laue* JR 2010, 198, 203; siehe aber auch BGH 2 StR 171/10, Beschl. 12.5.2010.

²⁷ Selbstverständlich hat der Senat aber nicht explizit zum Wortlaut des § 67d III StGB und Art. 1a III EG-StGB a.F. entschieden.

²⁸ Vgl. BGH HRRS 2010 Nr. 648; zust. z.B. OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010, 4 Ws 157/10. Mit anderer Begründung auch *Laue* JR 2010, 198, 202.

²⁹ OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 24.6.2010, 3 Ws 485/10; Beschl. v. 1.7.2010, 3 Ws 539/10; OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010, 4 Ws 157/10; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09; so ohne nähere Begründung auch *Laue* JR 2010, 198, 202; vgl. auch *Kinzig* NStZ 2010, 233, 238, der allerdings auf die Verhältnismäßigkeit abstellt.

³⁰ Siehe so im Ergebnis schon OLG Hamm, Beschl. v. 12.5.2010, 4 Ws 114/10.

³¹ Vgl. auch abgrenzend und eine Divergenz der Senate verneinend BGH HRRS 2010 Nr. 648.

³² OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10; OLG Koblenz, Beschl. v. 7.6.2010, 1 Ws 108/10; OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.6.2010, 1 Ws 315/10; OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010, 2 Ws 431/10.

³³ Vgl. BGBl. I 2010, S. 976.

³⁴ Siehe BT-Drs. 17/2350, S. 6 ff.; *Peglau* jurisPR-StrafR 13/2010 Anm. 3.

se überlässt es der Gesetzgeber damit also den Gerichten, wie sie inhaltlich mit dieser Rechtsfrage verfahren wollen.³⁵ Die folgenden Ausführungen sollen zur Klärung dieser Rechtsfrage beitragen.

III. Sperrung oder Förderung der völkerrechtsfreundlichen Auslegung durch das Verfassungsrecht

1. Verfassungsrechtliche Schutzpflicht zur fortdauernden Inhaftierung

Auch wenn die völkerrechtsfreundliche Auslegung gemäß der EMRK eine eigene verfassungsrechtliche Wurzel aufweist,³⁶ beruht die Anwendung der EMRK nach ihrer herrschenden Deutung zunächst „nur“ auf einfachem Bundesrecht. Infolgedessen muss ein aus der EMRK abgeleiteter Rechtssatz in der deutschen Rechtsordnung prinzipiell zurücktreten, wenn ihm Verfassungs- und damit höherrangiges Recht entgegensteht. In diese Richtung zielen die Argumentationen der Oberlandesgerichte, die zur rückwirkend übertretenen Höchstfrist der Sicherungsverwahrung gegen die Freilassung eintreten. Diese Gerichte sehen sich verpflichtet, die Freilassung nur nach einer Abwägung der staatlichen Schutzpflicht und der Freiheitsrechte des bislang Sicherungsverwahrten vorzunehmen, in der sie dem Schutz potentieller Opfer einen prinzipiellen Vorrang zukommen lassen. Im Sinne der für die Praxis³⁷ maßstabsetzenden Görgülü-Entscheidung könnte damit vorrangiges Recht der völkerrechtsfreundlichen Auslegung über § 2 VI StGB i.V.m. Art. 7 I 2 EMRK entgegenstehen.

Diese Argumentation kann sich aber nur scheinbar auf Verfassungsrecht bzw. auf das BVerfG berufen. Die von den Oberlandesgerichten angenommene Befugnis, die Freilassung mit dem Verweis auf verfassungsgegründete Schutzpflichten zu verweigern, vermöchte nur dann zu überzeugen, wenn diese Schutzpflichten zur Aufrechterhaltung einer Sicherungsverwahrung bzw. einer Freiheitsentziehung über die frühere Höchstfrist von zehn Jahren hinaus zwingen würden.³⁸ Eine solche Ausdeh-

nung der Schutzpflichtrechtsprechung, die in ihrer Konkretion und Eingriffstiefe auf Seiten des Verwahrten als *judicial activism* gänzlich neuer Qualität bezeichnet werden müsste, hat aber weder das BVerfG selbst vertreten, noch ist im Ansatz verfassungsrechtlich dargelegt worden,³⁹ weshalb eine solche verfassungsrechtliche Detailvorgabe begründet und seitens des BVerfG zu erwarten sein sollte. Das BVerfG hat sich allein auf den Standpunkt gestellt, dass *der parlamentarische Gesetzgeber* den Widerstreit zwischen Abwehrrechten und Schutzpflichten auch durch die rückwirkende Aufhebung der Höchstfrist für die Sicherungsverwahrung austarieren *durfte*.⁴⁰ Mitnichten hat das Gericht ausgesprochen, der Gesetzgeber sei verfassungsrechtlich gezwungen oder auch nur gehalten gewesen, die Sicherungsverwahrung auch unter Inkaufnahme von Rückwirkungen über zehn Jahre hinaus zu verlängern. Auch die gegen eine Freilassung streitenden Oberlandesgerichte selbst erkennen zum Teil, dass eine Rückkehr zum früheren Rechtszustand verfassungsrechtlich nicht unzulässig ist; sie ziehen aber daraus nicht stets die richtigen Schlüsse.⁴¹ Ebenso teilt der Gesetzgeber als primärer Adressat der von einigen Oberlandesgerichten postulierten Schutzpflichtreichweite die hiesige Sicht des verfassungsrechtlichen Rechtsstandes. Indem er mit seiner jüngsten Gesetzgebung zur Sicherungsverwahrung einer möglichen (weiteren) Entscheidung durch den BGH zugunsten der Freilassung im Wege des § 2 VI StGB i.V.m. Art. 7 I 2 EMRK nicht entgegentritt, sah er sich nicht in der Pflicht, die zum Teil schon durchgeführten Freilassungen zu verhindern.⁴² Eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Untermaßverbotes⁴³ kann in der Freilassung, die immerhin in jedem Fall die Führungsaufsicht nach sich zöge,⁴⁴ vor diesem Hintergrund nicht

³⁵ Anders lässt sich BT-Drs. 17/2350, S. 6 ff. nicht interpretieren. Siehe auch überdeutlich bezüglich des Gesetz gewordenen Vorhabens der Bundesjustizministeriums OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010, 4 Ws 157/10: „Der Gesetzgeber ist allerdings bislang nicht tätig geworden. Soweit es den Äußerungen der Bundesjustizministerin zu entnehmen ist, soll die Verantwortung auf die Gerichte abgeschoben werden.“

³⁶ Dazu vgl. für die Praxis grundlegend BVerfGE 111, 307 ff.

³⁷ Auf die im Schrifttum umstrittenen Fragen, ob das Gericht den deutschen Souveränitätsvorbehalt nicht zu weit bestimmt hat und die Berücksichtigung der EMRK nicht klar genug angemahnt hat, kann hier nicht eingegangen werden; vgl. etwa die Kritik bei Meyer-Ladewig, EMRK, 2. Aufl. (2006), Art. 46 Rn. 29b ff.; m.w.N. Esser StV 2005, 348, 350 ff.; Tomuschat GermanLawJournal 11 (2010), 513, 522 ff.

³⁸ Vgl. schon zutreffend OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010, 4 Ws 157/10; siehe auch zu BVerfGE 109, 190, 235 ff. schon Laubenthal ZStW 116 (2004), 703, 744 ff. und BVerfGE 109, 190, 247 ff.

³⁹ Die Oberlandesgerichte verweisen insoweit kurzschlüssig auf das einfachgesetzliche Recht des § 67d StGB. Im Übrigen postulieren sie allein eine Ausdehnung des sog. Untermaßverbotes, die dringend einer eingehenden Begründung bedürfte und die zahlreiche, von der Oberlandesgerichten nicht im Ansatz in den Blick genommene Weiterungen in anderen Kontexten nach sich ziehen müsste.

⁴⁰ BVerfGE 109, 133, 186 f.; 109, 190, 236 f., allerdings mit S. 238 (woraus das BVerfG aber gerade nicht die Pflicht zur Schaffung einer nachträglich anwendbaren Sicherungsverwahrung gefolgert hat, vgl. schon S. 237: „Für den Fall, dass der Bundesgesetzgeber beschließt ...“); so wieder zu § 7 II Nr. 1 JGG BGH NJW 2010, 1539, 1544 f.

⁴¹ Vgl. so vor allem mit falschen Schlussfolgerungen OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10; OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010, 2 Ws 431/10; zutreffend dagegen OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09.

⁴² Natürlich bestimmt sich Verfassungsrecht auch hier nicht allein nach dem einfachen Recht, das durch den Gesetzgeber gesetzt wird. Die Position des Gesetzgebers muss aber in die Argumentation einfließen, auch weil ihm die gesamte zu beurteilende Gefährdungslage im Zweifel besser bekannt ist.

⁴³ Vgl. zu seiner beschränkten Reichweite wieder – die Stellung des Gesetzgebers bei der Austarierung des Schutzniveaus und der konkret gewählten Mittel betonend – BVerfGE 121, 317, 356 f. („Passivrauchen“); m.w.N. zum Meinungsstand Sachs/Sachs, Grundgesetz, 5. Aufl. (2009), Vor Art. 1 Rn. 35 ff.; dort auch Sachs/Murswiek Art. 2 Rn. 30 ff.; Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 4. Aufl. (2009), Rn. 116 ff., 121 ff.: nur evidente Verfehlung der staatlichen Schutzpflicht seitens des BVerfG justiziabel.

⁴⁴ Vgl. etwa § 67d IV StGB a.F. in der Fassung vom 10. März 1987, § 67d III 2 StGB a.F. in der Fassung vom 26.1.1998,

erblickt werden. Dies gilt auch deshalb, weil der EGMR – was bislang zu sehr untergeht – zukünftigen anderen präventiven Maßnahmen im Gegensatz zur Sicherungsverwahrung nicht zugleich die menschenrechtliche Legitimität abgesprochen hat.

Erst recht ist eine Abwägung, aus der die Befugnis zur fortdauernden Freiheitsentziehung erwachsen soll, nicht etwa deshalb verfassungsrechtlich geboten, weil in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen nur dadurch die im Verfahren vor dem EGMR eventuell unbeteiligten Begünstigten der Schutzpflichten als Verfahrenssubjekte wirksam in Erscheinung treten könnten. Dies gilt selbst dann, wenn man die hiesige Abwägungslage prinzipiell als Fallgruppe der mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse im Sinne der Görgülü-Entscheidung interpretieren wollte.⁴⁵ Die potentiellen Opfer können sinnvoll allein durch den ohne Weiteres in Straßburg und in den Verfahren zu § 67d StGB vertretenen Staat im Verfahren Gehör finden,⁴⁶ der sich allgemein und so auch hier „schützend und fördernd vor das Leben potenzieller Opfer zu stellen und deren Leben insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren hat“.⁴⁷ Die Reichweite dieses Schutzes, und das ist das entscheidende, reicht aber verfassungsrechtlich – plädiert man nicht für seine elementare Neudimensionierung – nicht bis zu einer für die Position der Oberlandesgerichte konstituti-

§ 67d III 2 StGB a.F. in der Fassung vom 13.11.1998, § 67d III 2 StGB a.F. in der Fassung vom 23.7.2004, § 67d III 2 StGB a.F. in der Fassung vom 13.4.2007 usw. Vgl. schon BVerfGE 109, 190, 247 ff. Für die Anwendbarkeit über § 67d IV 3 StGB vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09.

⁴⁵ Gegen die Einordnung als mehrpoliges Grundrechtsverhältnis mit guten Gründen *Kinzig* NStZ 2010, 233, 238; *Es-ser* StV 2005, 348, 351; zust. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09; gegen sie aber z.B. OLG Celle, Beschl. v. 25.5.2010, 2 Ws 169/10; OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10. Da das BVerfG die mehrpoligen Grundrechtsverhältnisse aber offenbar nicht als abschließende Fallgruppe einstuft, in der besondere, verfassungsrechtliche Schranken der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu beachten sind, soll diese Frage hier in begrifflicher Hinsicht nicht weiter verfolgt werden.

⁴⁶ Wie hier schon OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 24.6.2010, 3 Ws 485/10 gegen das OLG Stuttgart. Würde man dies weiter anders sehen wollen, stünde auch die Frage im Raum, ob denn eine solche Sichtweise für das hiesige Rechtsschutzverfahren nicht auf eine Art „Volksbeteiligung“ hinauslaufen müsste. Wenn gerade die mangelnde bzw. aus Sicht des BVerfG mangelhafte Beteiligung in Verfahren vor dem EGMR zu Sondermaßstäben bei der deutschen Rechtsanwendung führen sollte, müsste dem Gedanken der unbeteiligten Gegenseite doch in deutschen Verfahren erst recht durch eine nicht nur materielle, sondern durch eine unmittelbare Verfahrensbeteiligung Rechnung getragen werden. Es könnten aber allenfalls bei Konstellationen, in denen die Gefährlichkeit des Sicherungsverwahrten gerade für bestimmte, ihm bekannte (Bezugs-)Personen bejaht wird, konkreten Grundrechtsträgern verfassungsrechtliche Ansprüche auf rechtliches Gehör zugewiesen werden. Auch aus diesem rechtlichen Gehör könnte aber kein Anrecht auf einen staatlichen Schutz erwachsen, der zwingend in einer mehr als zehnjährigen rückwirkenden Sicherungsverwahrung bestehen muss.

⁴⁷ So zuletzt z.B. im Anschluss an das BVerfG im hiesigen Kontext auch m.w.N. BGH NJW 2010, 1539, 1544.

ven verfassungsrechtlichen Vorgabe der fortdauernden Sicherungsverwahrung.

2. Nahe liegende Fortentwicklung des Verfassungsrechts im Sinne der Judikatur des EGMR

Langfristig dürfte seitens des Verfassungsrechts vielmehr mit einem Impuls zu rechnen sein, der für eine zeitnahe Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m. Art. 7 I 2 EMRK spricht.⁴⁸ Nach einer erneuten Befassung des BVerfG dürfte sich die Verhinderung rückwirkender Sicherungsverwahrungen auch als verfassungsrechtliches Gebot darstellen. Zwar hat sich das BVerfG, dies ist nicht zu übersehen, mit Gründen und nach reiflicher Prüfung gegen die Geltung des Art. 103 II GG und für die Vereinbarkeit mit Art. 20 III und 2 II 2 GG entschieden.⁴⁹ Das BVerfG hat aber bereits bewiesen, dass es seine Rechtsprechung fortentwickeln und damit von einer früheren, durch neue Erkenntnisse als unzureichend erkannten Rechtsprechung abrücken kann.⁵⁰ Hierin läge in der Perspektive der Schutzpflichtrechtsprechung auch keine Verminderung des Grundrechtsschutzes,⁵¹ da das BVerfG eine entsprechende Pflicht des Gesetzgebers zum Schutz durch rückwirkende Sicherungsverwahrungen nie ausgesprochen hat. Es erklärt selbst in ständiger Rechtsprechung, dass die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR auch bei der Auslegung des Grundgesetzes ein Erkenntnismittel darstellen.⁵² Eine hier vorliegende Fortentwicklung der europäischen Grundrechte, die auch auf einer europaweiten Faktenanalyse beruht,⁵³ kann das BVerfG zu einer Fortentwicklung auch des deutschen Grundrechtsstandards anhalten. Dies begründet das BVerfG hinsichtlich der EMRK nunmehr – bemerkenswerterweise – auch mit dem in der Verfassung prominent verorteten Art. 1 II GG.⁵⁴ Eine entsprechende Änderung seiner Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung könnte zum Beispiel dadurch geschehen, dass es zwar seine prinzipielle Ausgrenzung von Maßregeln aus dem Schutzbereich des Art. 103 II GG aufrechterhält, die Sicherungsverwahrung jedoch mit dem EGMR als eine

⁴⁸ Nur angemerkt sei hier, dass sich für die Fälle der nachträglichen Sicherungsverwahrung verfassungsrechtlich auch die Frage stellen wird, ob diese Sanktion – im Zuge einer Neudeutung des Strafbegriffes – nicht doch auch als Verletzung von *ne bis in idem* (Art. 103 III GG) zu sehen ist.

⁴⁹ Grundlegend BVerfGE 109, 133, 167 ff.; 109, 190, 217 f.; bestätigend BVerfG NJW 2006, 3483 ff.; 2009, 980, 981 f.; 2010, 1514 ff.

⁵⁰ Siehe für Beispiele nur BVerfGE 107, 395 ff. (Rechtsschutz gegen den Richter) m. zust. Bespr. *Vofskuhle* NJW 2003, 2193 ff.; BVerfGE 65, 1 ff. (Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung); zu Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz BVerfGE 120, 180, 201 ff. (Caroline von Monaco III); zum Sorgerecht lediger Väter vgl. nunmehr auch BVerfG 1 BvR 420/09 v. 21.7.2010.

⁵¹ Vgl. zu dieser Schranke statt vieler m.w.N. BVerfGE 120, 180, 201.

⁵² Dafür vgl. nur abermals m.w.N. BVerfGE 111, 307, 317, 329; BVerfG HRRS 2010 Nr. 461.

⁵³ Vgl. EGMR, *Mücke v. Deutschland*, §§ 69 ff., 76 ff., 126, HRRS 2010 Nr. 1/65; siehe auch die Ausführungen in BVerfG 1 BvR 420/09 v. 21.7.2010 zu (neuen) tatsächlichen, rechtsvergleichenden Erkenntnissen.

⁵⁴ BVerfGE 111, 307, 328 f.

nicht hinreichend von klassischen Strafen verschiedene Maßregel wieder in den Schutz des Art. 103 II GG einbezieht. Ebenso könnte das BVerfG die europäische Beurteilung der Sicherungsverwahrung bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung in die Waagschale werfen,⁵⁵ die es im Rahmen des allgemeinen Rückwirkungsverbots und zu Art. 2 II 2 GG unternimmt. So könnte das Gericht zu einem Verstoß gegen Art. 20 III GG i.V.m Art. 2 II 2 GG gelangen.

Jener Rechtsprechungswandel würde auch im Hinblick auf das Unionsrecht von Weitblick zeugen, da sich zukünftige Konflikte mit der EU-GR-Charta auf diesem Wege von vornherein vermeiden ließen. Auch wenn der seit dem 1. Dezember 2009 geltende Art. 49 I 2 EU-GR-Charta infolge Art. 51 EU-GR-Charta auf die hiesigen Fälle nicht ohne Weiteres anwendbar sein dürfte, steht zu erwarten, dass auch das mit einem Anwendungsvorrang versehene Unionsrecht die Beurteilung des EGMR übernehmen und sich damit fortentwickeln dürfte.⁵⁶ Dies folgt schon daraus, dass die Auslegung der Grundrechtecharta gemäß Art. 52 III, 53 EU-GR-Charta erklärtermaßen das vom EGMR nach Art. 32 EMRK legitim bestimmte Schutzniveau der EMRK nicht unterschreiten will.

Nicht zuletzt bestehen auch sachliche, nicht nur auf internationalrechtliche Autoritäten basierende Gründe, die deutsche Rechtsprechung zu überdenken.⁵⁷ Sie liegen vor allem in der bislang vom BVerfG für die Sicherungsverwahrung⁵⁸ zu gering geschätzten Maxime, den Grund- und Menschenrechtsschutz stets konkret und wirksam nach den vorhandenen Rechtstatsachen und nicht nur formal zu entfalten.⁵⁹ Dies muss hier dazu führen, die vor allem im Vollzug offenkundigen Gemeinsamkeiten von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung als wesentlich anzuerkennen.⁶⁰ Schließlich ist der doch zu ein-

seitige Rekurs des BVerfG auf die *intendierte*⁶¹ ethische Missbilligung aufzugeben. Vielmehr ist der bislang dadurch vernachlässigte ureigene Schutzzweck des Art. 103 II GG, dem Bürger zur Wahrung seiner Freiheitsrechte auch hinsichtlich der Rechtsfolgen einer anlassgebenden Straftat⁶² Vorhersehbarkeit zu gewährleisten,⁶³ gerade bei der zur Abschreckung⁶⁴ geeigneten Sicherungsverwahrung wieder in sein Recht zu setzen.⁶⁵ Falls das BVerfG seine Auffassung in diesem Sinne fortentwickeln sollte, würde nicht nur das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, sondern auch das *Gebot der verfassungskonformen Auslegung* für die Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK streiten. Dies gilt im Wissen darum, dass auch diese Auslegungsmaxime nicht unbegrenzt ist.⁶⁶ Die über § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK lediglich bewirkte Einschränkung des § 67d StGB n.F (und des § 66b StGB)⁶⁷ überdehnt aber jedenfalls die praktizierten Grenzen der verfassungskonformen Auslegung nicht.⁶⁸

ropaweit zu beobachtenden, zum Teil funktional parallelen Einsatzes von Freiheitsstrafe oder von Instituten wie der Sicherungsverwahrung, vgl. *Kinzig* NJW 2004, 911, 913 und EGMR, *Mücke v. Deutschland*, §§ 74 f., 126, HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.; vgl. zur Austauschbarkeit von Strafe und Maßregel auch bereits *Jung*, FS Wassermann, 875, 880 ff.

⁵⁵ Vgl. auch schon die Aufforderung an die Fachgerichte in BVerfGE 111, 307, 324, 329.

⁵⁶ Vgl. aA noch *Callies/Ruffert/Blanke*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. (2007), Art. 49 GRCh Rn. 1; siehe aber partiell erstreckend bereits *Meyer/Eser*, EU-GR-Charta, 2. Aufl. (2006), Art. 49 Rn. 32. Da zu Art. 7 I 2 EMRK eine Eingriffsrechtfertigung nicht in Betracht kommt, ist insoweit auch Art. 52 I EU-GR-Charta kein „Rettungsanker“ für die Fortführung der vom BVerfG bislang verfolgten „deutschen Lösung“ zur rückwirkend angeordneten Sicherungsverwahrung.

⁵⁷ Siehe auch *Kinzig* NStZ 2010, 233, 236 ff.; *Müller* StV 2010, 207 ff.

⁵⁸ Zu der prinzipiell auch vom BVerfG verfolgten Maxime, die Grundrechte (grundrechtsgleichen Rechte) zu einem optimalen, wirksamen Schutz hin zu entfalten, m.w.N. *Best* ZStW 114 (2002), 88, 97 ff.; für weitere Beispielen vgl. BVerfGE 56, 37, 51; 64, 135, 144.

⁵⁹ Vgl. EGMR, *Mücke v. Deutschland*, §§ 117 ff., HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.; *Kinzig* NStZ 2010, 233, 237: Vorwurf des Etikettenschwindels aufgegriffen; siehe zu der im Fall *Mücke* zugrunde gelegten wirksamkeitsorientierten Auslegung der Konventionsrechte m.w.N. umfassend bereits *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 89 ff., 103 ff., zu Art. 6 EMRK S. 410 ff.

⁶⁰ Vgl. z.B. schon *Ullenbruch* NStZ 1998, 326, 329 f.; EGMR, *Mücke v. Deutschland*, §§ 127, 130, HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.; BGE 134 IV 121, 128; *Eisenberg* NJW 2010, 1507, 1509. Siehe auch zum Gesichtspunkt des eu-

⁶¹ Dazu, dass die gegenüber Schuldfähigen verhängte Sicherungsverwahrung schon infolge ihrer Wirkungsweise Art. 103 II GG unterzuordnen ist, vgl. m.w.N. *Best* ZStW 114 (2002), 88, 97 ff., 108 ff. und EGMR, *Mücke v. Deutschland*, §§ 128, 132, HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.

⁶² Zum charakteristischen Anschluss an eine Straftat in einem strafrechtlichen Verfahren vgl. neben dem EGMR auch betonend BGE 134 IV 121, 128 f. und z.B. auch schon *Diefenbach* (Fn. 5), S. 43 ff. sowie BVerfGE 109, 190, 220 f.: vorausgehende Straftat als Legitimationsgrund!

⁶³ Zur stRspr. BVerfGE 113, 273, 308 (HRRS 2005 Nr. 550); 105, 135, 153 ff.; 64, 389, 393 f.: besonderes Willkürverbot; BVerfG NJW 2008, 3627 f. = HRRS 2008 Nr. 830; *Fischer*, StGB, 57. Aufl. (2010), § 1 Rn. 3; *AnwKomm-Gaede* (Fn. 1), § 1 Rn. 1 f. Dagegen verschrägt auch nicht das von *LK-Dannecker* (Fn. 1), § 2 Rn. 140 angeführte Argument, in der nachträglichen Sicherungsverwahrung liege keine nachträgliche Verschärfung der Unrechtsbewertung, da für jede Tat, die rückwirkend eine Sicherungsverwahrung rechtfertigen kann, das *ihr* beigemessene Sanktionsausmaß rapide steigt.

⁶⁴ Zu Recht hervorhebend EGMR, *Mücke v. Deutschland*, § 130, HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.

⁶⁵ Vgl. z.B. bereits *Diefenbach* (Fn. 5), 59 ff.; *Jung*, FS Wassermann, 875, 884 ff.; aus jüngerer Zeit etwa auch *Best* ZStW 114 (2002), 88, 102 ff.; *Roxin* AT/I (Fn. 5), § 5 Rn. 56.

⁶⁶ Krit. insoweit bereits m.w.N. OLG Celle, Beschl. v. 25.5.2010, 2 Ws 169/10; OLG Koblenz, Beschl. v. 7.6.2010, 1 Ws 108/10.

⁶⁷ Dazu, dass die Normen zur Abschaffung der Höchstfrist und der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht vollumfänglich verworfen wären, vgl. nur *Peglau* jurisPR-StrafR 1/2010 Anm. 2; *ders.* jurisPR-StrafR 13/2010 Anm. 3; *Müller* StV 2010, 207, 211.

⁶⁸ Siehe als Beispiel BVerfGE 118, 212, 234 ff. (dazu aber auch verfassungsrechtlich krit. *Gaede* GA 2008, 394 ff.) und schon BVerfGE 54, 277, 279 ff.; 49, 148, 157 ff.

IV. Die Methodenfragen – Grenzen der völkerrechtskonformen Auslegung

1. Die Eindeutigkeit des entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers

Die Verfassung spricht also nicht gegen die vorgeschlagene völkerrechtsfreundliche Auslegung. Steht nun aber dem deutschen Rechtsanwender der Weg über § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK überhaupt als eine methodologisch zulässige Auslegung offen? Darin liegt eine weitere Voraussetzung jeder völkerrechtsfreundlichen Auslegung.⁶⁹ Die Kritiker der Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK verweisen – wie oben gesehen (II. 1) – darauf, dass der Gesetzgeber ausweislich des Wortlautes der Normen Art. 1a III EGStGB a.F. und § 67d III, IV StGB zugunsten eines vermehrten Opferschutzes eine rückwirkende Anwendung der Aufhebung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung gewollt habe. Dies ist als Ausgangspunkt auch nicht zu bestreiten. Der historische Gesetzgeber wollte verhindern, dass Sicherungsverwahrte in die Freiheit entlassen werden, die fortwährend gefährlich sind. Jedenfalls der geltende § 67d III StGB bringt dies *de lege lata* noch zum Ausdruck.

Die *allein* darauf abhebenden Oberlandesgerichte verfehlen die Optionen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung dennoch schon im Ausgangspunkt, wenn sie dabei stehen bleiben und meinen, schon hieraus ergebe sich ein eindeutiger, praktisch unumstößlicher gesetzgeberischer Wille. Die völkerrechtsfreundliche Auslegung gebietet den Gerichten in den Worten des BVerfG, „der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben ... solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind“.⁷⁰ Dafür ist bei der Auslegung des *gesamten* geltenden deutschen Rechts gerade die Frage zu stellen, ob der Gesetzgeber ein bestimmtes Regelungsziel auch um den Preis einer Verletzung des Völkerrechts – zumal bei völkerrechtlichen Menschenrechten, vgl. Art. 1 II GG, – erzielen wollte.⁷¹ Diese entscheidende Frage wird man indes nur mit „Nein“ beantworten können. Der Gesetzgeber ging – wie das rechtskräftige Urteil des EGMR zeigt – implizit von einer irrigen Deutung der Menschenrechte des (regionalen) Völkerrechts aus. Er dachte, dass jedenfalls eine aus seiner Sicht vorliegende bloße rückwirkende Verlängerung der Dauer (und damit nicht der Anordnung) einer Sicherungsverwahrung das Rückwirkungsverbot und Art. 5 EMRK von vornherein nicht verletzen könne.⁷² Mit-

nichten wollte er durch Art. 1a III EGStGB a.F. und § 67d StGB das Völkerrecht bewusst brechen,⁷³ dem er in Art. 7 I 2 und 5 EMRK für das deutsche Recht Geltung verschafft hat. Damit kann aber der von den ablehnenden Oberlandesgerichten unterstellte eindeutige Wille des Gesetzgebers, die Freilassung Sicherungsverwahrter auch gegen völkerrechtliche Menschenrechte verhindern zu wollen, nicht festgestellt werden. Folglich sind auch Argumentationen, die eine normübergreifende systematische Auslegung anhand des in Deutschland unmittelbar geltenden Art. 7 I 2 EMRK befürworten, mitnichten ausgeschlossen.

Wenn man heute im Sinne der objektiven Gesetzesauslegung untersucht, ob sich der infolge des gesetzgeberischen Irrtums drohende systematische Bruch des Völkerrechts mit Art. 7 I 2 EMRK und Art. 5 I EMRK vermeiden oder zumindest beenden lässt, argumentiert man auch nicht gegen *den* Gesetzgeber, von dem der Rechtsanwender im Anwendungsbereich des völkerrechtsfreundlichen Grundgesetzes auszugehen hat. Die gleichzeitige Existenz von § 67d StGB n.F. und Art. 7 I 2 EMRK führt in eine Konfliktlage zwischen diesen beiden Normen, die jeweils für die Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung sachlich Geltung beanspruchen, aber entgegengesetzte Ergebnisse präferieren. Bei der Auflösung dieses Konfliktes ist im Sinne des BVerfG mit der völkerrechtskonformen Auslegung davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Zweifel keine Völkerrechtsverletzung gewollt hat.⁷⁴ Deshalb muss § 67d StGB n.F. seinen Regelungsanspruch über die Brücke des § 2 VI StGB aufgeben. Der völkerrechtsfreundlichen Auslegung kommt in diesem Fall der Vorzug vor der historischen Auslegung zu, welche die ablehnenden Oberlandesgerichte letztlich überbetonen.⁷⁵ Verfährt man derart, liegt darin eine geltungszeitliche objektiv-teleologische Gesetzesauslegung, die den Standard der Rechtsanwendung in Deutschland beschreibt und nach dem objektiven, durch den Kontext der übrigen geltenden Normen mitbestimmten Sinn des Gesetzes fragt.⁷⁶

⁶⁹ Vgl. etwa BVerfGE 111, 307, 329; BVerfG HRRS 2010 Nr. 461.

⁷⁰ BVerfGE 111, 307, 329; zur nun stRspr. BVerfG HRRS 2010 Nr. 461.

⁷¹ BVerfGE 74, 358, 370; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09; *Esser StV* 2005, 348, 353 f.; siehe auch BVerfGE 111, 307, 318 und z.B. *Meyer-Ladewig* (Fn. 37), Art. 46 Rn. 17: Konflikt des Grundgesetzes und des übrigen staatlichen Rechts mit Völkerrecht nach Möglichkeit zu vermeiden.

⁷² Vgl. treffend schon OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 24.6.2010, 3 Ws 485/10; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09; dazu siehe abermals BT-Drs. 13/9062, S. 12.

⁷³ Wie hier auch schon OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2010, 4 Ws 157/10; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09.

⁷⁴ BVerfGE 74, 358, 370: „nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen wollte“; *Esser StV* 2005, 348, 353 f.; *Epping/Lenz/Leydecker* (Fn. 43), Rn. 1019.

⁷⁵ So schon OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09 mit zutr. Anschluss an BVerfGE 111, 307, 329.

⁷⁶ Beispielgebend m.w.N. BVerfGE 110, 226, 248: Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Norm hineingestellt ist; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 137 ff., 153 ff.; *Zippelius*, Jurist. Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 21 ff., 53 ff.; aus dem Strafrecht z.B. *SSW-Satzger* (Fn. 1), § 1 Rn. 43. Zur Kritik an der herkömmlichen, zumeist teleologisch gewendeten Auslegung vgl. aber z.B. – im Anschluss an *Naucke – Krahl* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz

Eine solche Auslegung entmachtet den Gesetzgeber auch nicht. Dem Gesetzgeber steht es – in den Grenzen des Grundgesetzes⁷⁷ – weiter frei, die deutschen Gerichte nach einer ihm missfallenden Völkerrechtsauslegung durch internationale Gerichte auf einen bewussten Bruch des Völkerrechts zu verpflichten. So kann er theoretisch auch vom menschenrechtlichen Standard der EMRK einmal abweichen und damit, dies sollte man sich klar vor Augen führen, unter einen Standard herabsinken, dessen Beachtung Deutschland heute etwa auch von Russland oder der Türkei *ausnahmslos* einfordert. Diesen Bruch von Völkerrecht hat der deutsche Gesetzgeber für die Sicherungsverwahrung aber auch nach dem rechtskräftigen Urteil des EGMR nicht angeordnet. Bezeichnenderweise hat es das Parlament mit § 121 II Nr. 3 GVG den Gerichten überlassen, den Streit über die völkerrechtsfreundliche Auslegung zu entscheiden, obschon ihm die im Einzelfall bereits praktizierte Freilassung über § 2 VI StGB i.V.m. Art. 7 I 2 EMRK bekannt war. Der Ursprung der Regelung des § 121 II Nr. 3 GVG aus dem Streit über die Sicherungsverwahrung drückt sich immerhin mittelbar durch den bewusst gewählten Zeitpunkt 1.1.2010 auch im Gesetz aus. Der Gesetzgeber, der aus Sicht mancher Oberlandesgerichte ihres Schutzes bedarf, sieht also nach Kenntnisnahme von der Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH⁷⁸ selbst gar keinen Bedarf, sich der im Raum stehenden Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m. Art. 7 I 2 EMRK entgegenzustellen. Dies kann auf die Beurteilung der Zulässigkeit einer konventionskonformen Auslegung nicht ohne Auswirkung bleiben. Die jüngste Gesetzgebung bestätigt vielmehr die methodologische Vertretbarkeit der Argumentation über § 2 VI StGB i.V.m. Art. 7 I 2 EMRK.⁷⁹

2. Ist § 2 VI StGB von vornherein auf eine Strafe im Sinne des Art. 7 I 2 EMRK unanwendbar?

Im Raum steht aber noch ein weiterer Einwand, der sich speziell auf § 2 VI StGB bezieht. Es wird geltend gemacht, dass der Rückgriff auf § 2 VI StGB schon deshalb ausscheide, weil § 2 VI StGB eine Maßregel voraussetze, die doch – übernimmt man zugleich für Art. 7 I 2 EMRK die Einordnung der Sicherungsverwahrung als Strafe – hier gar nicht vorliegen könne.⁸⁰ Der EGMR, so liest man es beim OLG Koblenz, habe in seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung schon inhaltlich keine Aussage zu § 2 VI StGB getroffen. Vielmehr sei der Wortlaut der

im Strafrecht (1986), S. 42 ff.; Herzberg JuS 2005, 1 ff.; NK-Hassemer/Kargl, 3. Aufl. (2010), § 1 Rn. 109, 114.

⁷⁷ Natürlich greifen diese Grenzen jedoch ein, wenn man die These teilt, dass sich der verfassungsrechtliche Schutzstandard dem menschenrechtlichen Standard der EMRK in Zukunft anpassen wird, vgl. erneut III. 2.

⁷⁸ BT-Drs. 17/2350, S. 7 f., mit einer allerdings falschen Datierung.

⁷⁹ Auch wenn an der Gesetzgebung teilhabende Gremien nicht partout „der Gesetzgeber“ sind, lässt sich doch hier nicht mehr von einem unbewusst agierenden und schutzbedürftigen Gesetzgeber sprechen!

⁸⁰ So OLG Koblenz, Beschl. v. 7.6.2010, 1 Ws 108/10; OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010, 2 Ws 431/10. Wie hier zB schon OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09.

Norm in jedem Fall übertreten, wenn man die Sicherungsverwahrung mit dem EGMR als Strafe einordne.

Eine Wortlautüberschreitung⁸¹ und eine mangelnde Einschlägigkeit des Urteils des EGMR zeigt das OLG Koblenz, mit dem Peglau sympathisiert,⁸² damit aber gerade nicht auf. Vielmehr wird das Gericht der Relativität der Rechtsbegriffe und mithin der methodologisch möglichen unterschiedlichen Bedeutung identischer Normwortlaute⁸³ nicht gerecht. Zunächst ist der Wortlaut nur dann überschritten, wenn ein Gericht ihm eine Deutung beimisst, die er nach keinem möglichen Wort-sinn haben kann. Betrachtet man aber die Sicherungsverwahrung als Maßregel und damit als Fall des § 2 VI StGB, so ist dies für das deutsche StGB schon nach der Legaldefinition des § 61 StGB unschwer zulässig. Ihre Beurteilung unterfällt ohne weiteres § 2 VI StGB, weil das deutsche Recht einschließlich der Rechtsprechung des BVerfG die Strafen und Maßregeln im Kern nach dem (nicht) intendierten Schuldausgleich bzw. dem primären Gefahrenabwehrzweck abgrenzt und entsprechend seine Begriffe bildet.⁸⁴ Dass diese Begriffsbildung für das deutsche StGB allgemein aufgegeben werden müsste, hat der EGMR – insoweit das deutsche Recht auch schonend – mitnichten entschieden. Er hat lediglich aber immerhin entschieden, dass die Sicherungsverwahrung *trotz* ihrer Einstufung im deutschen Recht (!) im Rahmen der autonomen und im Kern nach dem effektiven Menschenrechtsschutz ausgerichteten Begriffsbildung eine Strafe i.S. des Art. 7 I 2 EMRK darstellt, der mithin auch für die Sicherungsverwahrung ein Rückwirkungsverbot aufstellt.⁸⁵ Die unterschiedliche Einordnung der Sicherungsverwahrung erklärt sich unschwer, wenn man sich nur die methodologischen Zusammenhänge und die Spezifika des Völkerrechts *vollständig* vor Augen führt. Sie erklären, weshalb *ein* Phänomen in unterschiedlich geprägten Bundesgesetzen *zwei* verschiedenen Begriffen unterfallen kann.

Wenn diese beiden Begriffsbildungen über § 2 VI StGB durch eine konventionskonforme Auslegung nun in einem Fall zugleich zum Tragen kommen, indem die Sicherungsverwahrung einmal als Maßregel und einmal als Strafe anzusprechen ist, dann mag das eine seltene und bemerkenswerte Begebenheit sein. Hierin liegt aber ge-

⁸¹ Dabei begründet das OLG Koblenz durch seine Zitate auch Zweifel daran, ob ihm bekannt ist, dass die strenge Wort-schranke des Strafrechts nur *zulasten* des Angeklagten gilt; zur Rechtslage insoweit nur SSW-Satzger (Fn. 1), § 1 Rn. 11; AnwKomm-Gaede (Fn. 1), § 1 Rn. 12 f.

⁸² Peglau jurisPR-StrafR 11/2010 Anm. 2, 13/2010 Anm. 3, der die Auslegung aber wohl doch letztlich noch als „methodisch vertretbar“ einstuft, im Argument des OLG Koblenz aber den „Knackpunkt“ sieht.

⁸³ Zu dem besonders am Gewerbebegriff deutlich gewordenen Phänomen, dass Wortlaute in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen unterschiedliche Bedeutungen erlangen können, wenn die Regelungskontexte und die mit der Norm verfolgten Zielsetzungen dafür sprechen, vgl. z.B. m.w.N. Demko, Zur Relativität in strafrechtlichen Tatbeständen (2002); vgl. in anderem Kontext z.B. BGH NJW 1999, 299, 300; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. (2007), § 1 Rn. 7.

⁸⁴ Vgl. neben § 61 StGB erneut BVerfGE 109, 133, 167 ff.

⁸⁵ EGMR, Mücke v. Deutschland, §§ 117 ff., HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.

rade kein unauflöslicher Widerspruch, der die Einheit der Rechtsordnung gefährdet, sondern eine Folge der tradiertmaßen autonomen völkerrechtlichen Auslegung im Rahmen der EMRK.⁸⁶ Sie sollte nach nunmehr über 30 Jahren zunehmender Einwirkung der EMRK auf das Strafverfahrensrecht nun wahrlich kein Oberlandesgericht mehr derart überraschen.⁸⁷ Die Behauptung, der EGMR habe inhaltlich gar nicht zum Anwendungsbereich des § 2 VI StGB, sondern zu § 2 I StGB entschieden, kann nach alledem nicht überzeugen. Wenn das OLG Koblenz diese Aussage ernsthaft vertreten wollte, hätte es sich zumindest dazu erklären müssen, warum es in diesem Fall das Tatzeitrecht nicht kurzerhand über § 2 I StGB hätte anwenden müssen.⁸⁸

V. Keine Freilassung wegen anderer Befugnisse zur Freiheitsentziehung?

Wenn man sich – wie es hier geschehen ist – für die Anwendung des § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK ausspricht, dann ist damit zugleich gesagt, dass die weitere Haft der bislang auch unter Inkaufnahme von Rückwirkungen in der Sicherungsverwahrung Verwahrten nicht mehr auf das Recht der Sicherungsverwahrung gestützt werden darf. Prinzipiell kommt allerdings auch aus Sicht der EMRK in Betracht, Freiheitsentziehungen auf eine andere Grundlage als die Strafe zu gründen.⁸⁹ In den einschlägigen Fällen sind aber ganz offenbar keine derartigen Eingriffsgesetze vorhanden, die eine weitere Inhaftierung ohne Rekurs auf die Sicherungsverwahrung begründen könnten.⁹⁰ Keines der Oberlandesgerichte hat auf ein solches Gesetz verwiesen. Es wird lediglich mit der Option argumentiert, dass der Gesetzgeber in Zukunft *vielleicht* legitime Eingriffsgesetze schaffen wolle und eventuell auch erlassen werde.⁹¹

Hierzu bleibt aber nicht mehr zu sagen als das Folgende: Es muss im Grunde erschrecken, wenn sich im Ergebnis nunmehr auch Fachgerichte⁹² wie selbstverständlich über das insbesondere von Art. 104 I GG begründete Erfordernis eines anwendbaren gültigen Parlamentsgesetzes hinwegsetzen, das der Haft eine Grundlage bieten muss.⁹³ Diese Sicht der Dinge, die wahlweise mit hypo-

thetischen zukünftigen Eingriffsgesetzen oder einer (rückwirkend?!) neu gestalteten Sicherungsverwahrung argumentiert, auf die sie den Gesetzgeber unter der Hand festzulegen droht, wendet sich von der Achtung fundamentaler verfassungs- und konventionsrechtlichen Prinzipien in eklatanter Weise ab, die aus gutem Grund auch formal gehalten sind. Grundrechtseingriffe werden kurzerhand durch den Rekurs auf Schutzpflichten legitimiert, ohne dafür noch Eingriffsgesetze angeben zu müssen.⁹⁴ Eine solche Haltung führt aber unweigerlich in abermalige deutsche Menschenrechtsverletzungen mindestens des Art. 5 EMRK,⁹⁵ weil bei der hier vorliegenden Spekulation auf eine zukünftige (wie gestaltete?) Eingriffsermächtigung nicht einmal im Ansatz von einem i.S. der EMRK rechtmäßigen, vor Willkür geschützten Freiheitsentzug die Rede sein könnte.

VI. Zusammenfassung

Die Frage, ob eine rückwirkende Anordnung der Sicherungsverwahrung *de lege lata* zulässig ist, stellt den deutschen Gerichte die Gretchenfrage, wie sie es mit der EMRK halten, wenn diese zu ungeliebten Schlussfolgerungen zwingt. Eine große Anzahl der (Oberlandes-)Gerichte wünscht sich offenbar – vor dem Hintergrund der Boulevardpresse⁹⁶ nachvollziehbar –, dass das BVerfG oder der Gesetzgeber die Verantwortung für die Freilassung rückfallgefährdeter Inhaftierter übernehmen. Entscheiden sollte aber schon jetzt das Recht, zu dem *der Gesetzgeber* auch die EMRK zählt. Dieses Recht hat auch hier die Aufgabe, die unparteilichen Gerichte über ihre Bindung an Recht, Gesetz und Methode von einer *persönlichen Verantwortung für hypothetisch mögliche Folgen* ihrer Entscheidungen freizustellen.⁹⁷ Danach ist es bereits *de lege lata* vorzugswürdig, der in Zukunft auch für Art. 49 I 2 EU-GR-Charta leitenden Auslegung des Art. 7 I 2

schriften zur Sicherungsverwahrung verhindert, scheidet das aktuelle Recht zur Legitimation der Haft aus. Siehe auch schon die Minderheitsauffassung in BVerfGE 109, 190, 244 ff.

⁸⁶ Siehe schon OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09; m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 59), S. 79 ff.; Evrigenis, FS Mosler (1983), S. 183, 195 ff.

⁸⁷ Siehe zur Übernahme des autonom bestimmten *Zeugenbegriffs* (vgl. nur EGMR, Kostovski vs. Niederlande, Serie A, § 40) im deutschen Recht auch für *Mitangeklagte* nach der StPO in einem Verfahren etwa BGH HRRS 2010 Nr. 552, 2009 Nr. 803 m. hinsichtlich der Rechtsfolgen abl. Bespr. *Dehne-Niemann* HRRS 2010, 189 ff.

⁸⁸ Zu diesem Einwand vgl. schon OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09.

⁸⁹ Vgl. nur den Wortlaut des Art. 5 I ERMK.

⁹⁰ Ob dem im Einzelfall auch auf der Basis von Landesrecht so ist, muss freilich für jeden Fall geprüft werden.

⁹¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.6.2010, 1 Ws 57/10; OLG Köln, Beschl. v. 14.7.2010, 2 Ws 431/10.

⁹² Hier macht ganz offenbar die bedauerliche, und nun vom EGMR zurückgewiesene Mehrheitsmeinung Schule, die in BVerfGE 109, 190, 235 ff. zum Ausdruck kam; vgl. auch BVerfG HRRS 2010 Nr. 6 und 464.

⁹³ Wenn die konventionskonforme Auslegung – wie gezeigt – die weitere Abstützung der Haft auf die aktuellen Vor-

⁹⁴ An die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes erinnern m.w.N. für die Erfüllung (vermeintlicher) Schutzpflichten z.B. auch m.w.N. BVerfGE 109, 190, 244 ff.; *Epping/Lenz/Leydecker* (Fn. 43), Rn. 130.

⁹⁵ EGMR, Mücke v. Deutschland, §§ 86 ff., 90 ff., HRRS 2010 Nr. 1/65 = StV 2010, 181 ff.; schon *Renzikowski* JR 2004, 271 ff.; siehe nun auch *Müller* StV 2010, 207, 211 f.; *Kinzig* NStZ 2010, 233, 238 f.; allgemein zu dem stets für Art. 5 EMRK gebotenen Willkürschutz und den qualitativen Anforderungen an eine rechtmäßige Freiheitsentziehung *Meyer-Ladewig* (Fn. 37), Art. 5 Rn. 4 f. Siehe auch *Esser* StV 2005, 348, 350: bei grundloser Freiheitsentziehung klar gebotene Freilassung.

⁹⁶ Vgl. nur die Medienschilderung bei *Kinzig* NJW 2004, 911, 912 Fn. 8 und 16; *Laubenthal* ZStW 116 (2004), 703 f. Unvergessen sind auch die Attacken der Bildzeitung gegen die Entscheidung des EGMR vom 17.12.2009. Vgl. auch die aktuelle Photostrecke <http://www.mopo.de/hamburg/panorama/galerie/index.php?GID=3056>. Zuletzt besucht am 3. August 2010.

⁹⁷ Vgl. anhand der Unparteilichkeit des entscheidenden Gerichts m.w.N. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl. (1997), S. 134 f. und auch m.w.N. *Pawlik* Rechtstheorie 1992, 289, 305 ff. Nicht gemeint ist, dass die Gerichte keine Verantwortung für eine nach Recht, Gesetz und Methode erfolgende Sachentscheidung tragen.

EMRK durch den EGMR zu folgen. Ohne Verletzung verfassungsrechtlicher Gebote kann die Anwendung von § 2 VI StGB i.V.m Art. 7 I 2 EMRK schon heute methodologisch zulässig die Achtung der Menschenrechte⁹⁸ sichern. Dies gilt mit dem 4. Strafsenat des BGH für die Entscheidungen über die rückwirkende Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrungen, und es gilt mit einer wachsenden Anzahl von Oberlandesgerichten sowie der impliziten Tolerierung durch den Gesetzgeber auch für die Freilassung Sicherungsverwahrter, die über die frühere Zehnjahresfrist hinaus inhaftiert sind. In diesem Sinne sollten sich die völlig verständlichen Anstrengungen,

⁹⁸ Dabei sei abermals daran erinnert, dass auch eine (fortdauernde) Verletzung des Art. 5 EMRK in Rede steht.

potentielle Opfer schützen zu wollen, auf andere Präventionsmaßnahmen wie die nach § 67d IV 2 StGB a.F. einsetzende Führungsaufsicht⁹⁹ und auf neue, tatsächlich rein präventive Schutzmechanismen konzentrieren. Je eher das Konzept der rückwirkenden Anordnung von Sicherungsverwahrung als gescheitert erkannt wird, desto eher wird sich eine neue, tragfähigere Sicherheitsarchitektur herausbilden können. Dazu gehört es, nicht länger bis zuletzt allein auf eine Aufrechterhaltung des *Status quo* zu setzen. Die Entlassung der Betroffenen muss – möglichst kooperativ mit den Inhaftierten – vorbereitet werden.

⁹⁹ Vgl. OLG Frankfurt aM, Beschl. v. 24.6.2010, 3 Ws 485/10; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.7.2010, 2 Ws 458/09.

Aufsätze und Anmerkungen

Soldaten als Mörder? – Das Verhältnis von VStGB und StGB anhand des Kundus-Bombardements

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

Die Bundesanwaltschaft zog das Verfahren wegen der Bombardierung eines Tanklastzugs im afghanischen Kundus gegen den beteiligten Bundeswehr-Offizier an sich und ermittelte wegen Verstoßes gegen das Völkerstrafgesetzbuch – zum ersten Mal seit dem Inkrafttreten des VStGB. Damit wurde juristisches Neuland betreten, in dem noch vieles ungeklärt ist. Allen voran das Verhältnis des VStGB zum StGB und die Frage nach eventuellen „Sperrwirkungen“ des ersteren.

I. Einleitung

Das VStGB trat zum 30.06.2002 in Kraft¹ und dient der Umsetzung des so genannten Römischen Statuts (IStGHSt),² mit dem der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) ins Leben gerufen wurde, in deutsches Recht.³ Das IStGHSt enthält diverse Straftatbestände, wie bspw. Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen,⁴ die die Zuständigkeit des IStGH begründen können. Da es sich um Straftatbestände handelt, für die das so genannte Weltrechtsprinzip⁵ gilt, steht es aber jedem Staat frei, diese auch vor seinen nationalen Gerichten verfolgen zu lassen. Dies gilt auch dann, wenn kein Bezug zum jeweiligen Land vorliegt. Deutschland

¹ BGBl. I 2002, S. 2254 ff.

² BGBl. II 2000, S. 1394 ff.

³ S. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 14/8524, S. 1, 12.

⁴ Artt. 6, 7 und 8 IStGHSt.

⁵ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl. (2010), vor § 3 Rn. 3.

hat davon mit der Verabschiedung des VStGB Gebrauch gemacht.⁶

Mit Ausnahme einiger Sonderbestimmungen regelt das VStGB aber auch, dass auf Taten nach diesem Gesetz das allgemeine Strafrecht Anwendung findet, § 2 VStGB. Das führt zu einigen, bislang wenig beachteten Konkurrenzproblemen zwischen VStGB und vor allem den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten des StGB. Dies trifft auch für den nun aktuellen Fall des Bombardements in Kundus zu. Bei diesem ordnete am 04.09.2009 der deutsche Bundeswehroffizier Klein die Zerstörung zweier von den Taliban entführter Tanklastzüge durch amerikanische Kampfflugzeuge an. Die Folge war der Tod von etwa 30 Zivilisten, die zum Eigengebrauch Benzin abgezapft hatten.⁷

In dieser Situation ergeben sich nun zwei mögliche Anknüpfungspunkte für eine Strafbarkeit des beteiligten Bundeswehr-Offiziers: Zunächst nach dem schon erwähnten VStGB, daneben aber auch wegen „gewöhnlicher“ Tötungsdelikte der §§ 211 ff. StGB. Letzterem könnte aber entgegenstehen, dass der Gesetzgeber die strafrechtliche Haftung für Vorfälle wie in Kundus mit dem VStGB abschließend geregelt hat. Dann scheidet ein Rückgriff auf das StGB aus, das Völkerstrafrecht entfalte eine „Sperrwirkung“ gegenüber den nationalen Delikten. Ob dem so ist, soll im Folgenden nachgegangen werden.

⁶ Vgl. § 1 2. Hs. VStGB.

⁷ Vgl. Safferling/Kirsch, JA 2010, 81.

II. Strafbarkeit nach dem VStGB

1. Anwendbarkeit des VStGB und Zurechnung

Zunächst steht weder die Tatsache, dass die Tat im Ausland stattfand, noch, dass die Zerstörung der Tanklastzüge nicht durch K, sondern amerikanische Kampfpiloten geschah, einer Strafbarkeit entgegen. Bezüglich des ersten Punktes regelt § 1 VStGB, dass das Völkerstrafgesetzbuch auch auf Taten im Ausland ohne Bezug zum Inland gilt. Im Hinblick auf den zweiten Punkt ermöglicht der Verweis des § 2 VStGB die Anwendung der allgemeinen Täterschafts- und Teilnahmeregelungen des StGB.⁸ In Betracht kämen eine Anstiftung nach § 27 StGB durch K und mittelbare Täterschaft gemäß § 25 I 2. Alt. StGB. Die Piloten der Kampfflugzeuge verfügten nicht über die Informationen und Lageanalysemöglichkeiten des K. Es ist daher davon auszugehen, dass es ihnen nicht möglich war, die Gegebenheiten am Zielort zu überprüfen und damit die Rechtmäßigkeit des Einsatzes zu bewerten. Somit kommt für K eine Strafbarkeit als mittelbarer Täter kraft Wissensherrschaft in Betracht.⁹

2. Einzelne Tatbestände

Mithin stellt sich die Frage nach in Betracht kommenden Tatbeständen des VStGB. Im Einzelnen sind dies deren drei: §§ 8 I Nr. 1, 11 I Nr. 1 und 11 I Nr. 3 VStGB.

§ 8 I Nr. 1 VStGB stellt die Tötung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person in einem bewaffneten Konflikt unter Strafe.¹⁰ Es ist schon nicht eindeutig, ob die beteiligten Zivilisten solche „zu schützende Personen“ sind,¹¹ jedenfalls aber findet § 8 VStGB nur auf Personen Anwendung, die sich in der Gewalt des Täters befinden.¹² Dies ist bei einem Distanzangriff nicht der Fall, daher scheidet eine Strafbarkeit nach § 8 VStGB aus.

§ 11 I Nr. 1 VStGB pönalisiert Angriffe mit militärischen Mitteln, wiederum im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt, gegen die Zivilbevölkerung als solche. Aufgrund der Beteiligung von Taliban-Kämpfern an den Geschehnissen rund um die Tanklastzüge wird ein Angriff auf die Zivilbevölkerung „als solche“ nicht anzunehmen sein.¹³ Mithin kommt auch keine Strafbarkeit nach § 11 I Nr. 1 VStGB in Betracht.

§ 11 I Nr. 3 VStGB schließlich, für dessen Anwendung auch ein bewaffneter Konflikt vorliegen muss, bedroht mit Strafe einen Angriff, bei dem der Täter sicher erwart-

tet,¹⁴ dass die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen in einem Ausmaß erfolgen wird, das außer Verhältnis¹⁵ zum militärischen Vorteil steht.¹⁶ Die Wertung, wann ein solcher „außer Verhältnis“ stehender Schaden vorliegt, ist äußerst komplex.¹⁷ Letztlich hängt von ihr aber die Strafbarkeit der Beteiligten ab – das Strafrecht stößt hier ersichtlich an seine Grenzen.¹⁸

Während im „zivilen“ Strafrecht die Meinung vorherrscht, die Tötung Unschuldiger zum Zwecke des Erhalts des Lebens anderer („Leben gegen Leben“) sei nicht zu rechtfertigen,¹⁹ sieht man sich hier mit einer grundsätzlich zulässigen Abwägung „Leben gegen militärischen Vorteil“ konfrontiert.²⁰ Dass das Bombardement des von den Taliban entführten Tanklastzuges einen militärischen Vorteil brachte, steht außer Frage. Entweder wurde eine wertvolle militärische Ressource oder eine potenziell als Waffe gegen die Bundeswehr einsetzbare Bedrohung zerstört. Entscheidend ist mithin, ob die Anzahl der – grundsätzlich hinzunehmenden – zivilen Opfer außer Verhältnis zu diesem Vorteil stand. Eine Aufrechnung „x zerstörte militärische Objekte gegen y zivile Opfer“ ist offensichtlich unmöglich. Man wird, auch angesichts der immer unübersichtlicheren Lage in den Krisengebieten der Welt, bei der Annahme von Unverhältnismäßigkeit restriktiv vorzugehen haben. Immer mehr vermischen sich feindliche Kämpfer, diese unterstützende Zivilisten und Unbeteiligte – eine klare Trennung wie auf den Schlachtfeldern der Weltkriege ist nicht mehr möglich. Die Hinnahme ziviler Opfer zum Erreichen militärischer Ziele mag gerade in Deutschland (zu Recht) ein ungutes Gefühl verursachen, komplett vermeidbar ist sie aber nicht mehr.²¹ Auch im Fall des Bombardements von Kundus ist zumindest nicht offensichtlich, dass die Anzahl ziviler Opfer außer Verhältnis zum erreichten Vorteil stand. Hier ist im Zweifel und unter Abwägung aller Umstände zu Gunsten des K zu entscheiden, sodass eine Strafbarkeit nach § 11 I Nr. 3 VStGB ausscheidet.

Diese schwierige Wertung könnte allerdings jedenfalls im Ergebnis an Entscheidungskraft einbüßen, wenn neben den Tatbeständen des VStGB auch die des StGB auf die bezeichneten Vorfälle Anwendung fänden. Dort befände man sich vielleicht in besser ausgeleuchteten dogmatischen Fahrwassern.

¹⁴ Vorsatz wirkt strafschärfend, § 11 II VStGB.

¹⁵ Eine gewisse Anzahl ziviler Opfer ist als „Kollateralschaden“ hinzunehmen, s. Art. 51 V ZP I; vgl. Ambos, in: MünchKomm (o. Fn. 8), vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 43.

¹⁶ Vgl. Dörmann, MünchKomm (o. Fn. 8), § 11 VStGB Rn. 76 ff.

¹⁷ Vgl. die umfassende Darstellung bei Dörmann, in: MünchKomm (o. Fn. 8), § 11 VStGB Rn. 89 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹⁸ Safferling/Kirsch, JA 2010, 81, 84.

¹⁹ Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl. (2006), § 34 Rn. 23 f. sowie zur diesbezüglichen Debatte um das LuftSiG Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Aufl. (2009), Rn. 316b.

²⁰ Zum Begriff und der Bewertung des militärischen Vorteils s. Dörmann, in: MünchKomm (o. Fn. 8), § 11 VStGB Rn. 83-88.

²¹ Vgl. o. Fn. 15.

⁸ Vgl. Weigend, in: MünchKomm-StGB, 1. Aufl. (2009), § 2 VStGB Rn. 17; zur Begründung eines Verzichts auf Sonderregelungen s. BT-Drucks. 14/8524, S. 17.

⁹ Safferling/Kirsch, JA 2010, 81, 84 f.

¹⁰ Vgl. Zimmermann/Geiß, in: MünchKomm (o. Fn. 8), § 8 VStGB Rn. 95 ff., und 119 ff.

¹¹ Vgl. Safferling/Kirsch, JA 2010, 81, 83.

¹² Ambos, in: MünchKomm (o. Fn. 8), vor §§ 8 ff. VStGB Rn. 43; vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 26.

¹³ Vgl. Safferling/Kirsch, JA 2010, 81, 84; Dörmann, in: MünchKomm (o. Fn. 8), § 11 VStGB Rn. 35 ff.

III. Strafbarkeit nach dem StGB

Unbestreitbar sind bei dem Luftangriff in Kundus Zivilisten zu Tode gekommen. In Betracht kämen mithin die Tötungsdelikte der §§ 211 ff. StGB. Jedoch müsste diese dazu neben den Delikten des VStGB überhaupt anwendbar sein. Dem könnte entgegenstehen, dass das Völkerstrafrecht für die von ihm umfassten Situationen eine abschließende Regelung darstellt, mithin gegenüber den allgemeinen Tötungsdelikten eine „Sperrwirkung“ entfaltet.

1. Sperrwirkung: Allgemeines

Unter der Sperrwirkung eines Straftatbestandes ist zu verstehen, dass die Strafverfolgung wegen eines anderen, verwandten Delikts auch dann ausscheidet, wenn eine Strafbarkeit wegen des ersten Delikts scheitert.²² Bekannte Beispiele für solche Sperrwirkungen sind § 216 StGB im Verhältnis zu §§ 211 StGB²³ und § 113 StGB im Verhältnis zu § 240 StGB.²⁴ Die Begründung für eine solche Sperrwirkung variiert, auch von Tatbestand zu Tatbestand.²⁵ Es wird die ratio legis, aber auch der Charakter der privilegierenden Straftat als „lex specialis“ herangezogen.²⁶ In Zweifelsfällen ist die teleologisch-systematische Auslegung der Vorschriften nötig.²⁷ Allgemein kann festgehalten werden, dass eine Vorschrift dann Sperrwirkung entfaltet, wenn mit ihr der jeweilige Handlungsbereich bezüglich seiner Strafbarkeit abschließend geregelt wurde. Das kommt meist durch den Charakter als „lex specialis“ zum Ausdruck. Jedoch handelt es sich bei den hier interessierenden Fällen wenn, dann um „Sondersituationen“ eines Spezialgesetzes,²⁸ wie der folgende Absatz zeigt.

Eine Straftat ist grundsätzlich dann „lex specialis“ zu einer anderen, wenn sie deren sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen enthält und dazu noch ein oder mehrere zusätzliche Elemente erfordert.²⁹ Dies trifft beispielsweise eindeutig auf Qualifikationen wie § 224 StGB zu, der die sämtlichen Inhalte der einfachen Körperverletzung, § 223 StGB, umfasst und zusätzlich bestimmte erschwerende Faktoren erfordert. In den Fällen, in denen eine

Sperrwirkung diskutiert wird, ist die Situation jedoch nicht so eindeutig: Beispielsweise erfasst § 113 StGB nur die Nötigungshandlungen der Gewalt oder der Drohung mit Gewalt, nicht aber die Drohung mit einem empfindlichen Übel – die von § 240 StGB ebenfalls erfasst wird. Der Unterschied zu u.a. § 224 StGB liegt mithin darin, dass § 113 StGB nicht sämtliche Varianten des § 240 StGB umfasst und mit zusätzlichen Merkmalen versieht (hier der Person des Genötigten), sondern nur einen Teil davon. Daher stellt sich die Frage, ob z.B. bei einer Drohung mit einem empfindlichen Übel gegenüber einem Amtsträger aufgrund der mangelnden Strafbarkeit nach § 113 StGB auf § 240 StGB zurückgegriffen werden kann. Die h.M.³⁰ verneint dies unter Inkaufnahme dadurch entstehender Strafbarkeitslücken, da das privilegierende Gesetz eben die gesamte Situation (Nötigung eines Amtsträgers bei § 113 StGB, Tötung aufgrund Verlangen des Opfers egal unter welchen Umständen bei § 216 StGB³¹) in dem jeweiligen „Spezialtatbestand“ regelt.³²

2. Tatbestände des VStGB

Wie steht es nun um eine eventuelle Sperrwirkung der Tatbestände des VStGB? Es könnte davon auszugehen sein, dass z.B. mit § 11 I Nr. 3 VStGB abschließend Situationen geregelt wurden, in denen in Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt ein militärischer Angriff durchgeführt wird, bei dem es zur Tötung von Zivilisten kommen kann.³³

a) Die Ansicht des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber widerspricht der Annahme einer solchen Sperrwirkung in der Gesetzesbegründung zum VStGB. Darin ist zu lesen, dass „Verhaltensweisen, die nach allgemeinem Strafrecht unter Strafe gestellt sind, [...] daher auch dann nach dem StGB strafbar sein [können], wenn eine Strafbarkeit nach den Vorschriften des VStGB nicht gegeben ist“ – dabei nennt die Gesetzesbegründung ausgerechnet das Beispiel eines Piloten, der bei einem Bombenabwurf unter Missachtung der völkerrechtlich gebotenen Vorsichtsmaßnahmen Zivilisten tötet.³⁴ Auf eine generelle Spezialität des VStGB sei verzichtet worden, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden.³⁵

Nun kann es durchaus vorkommen, dass der in der Gesetzesbegründung verankerte Wille der Legislative nicht dem entspricht, was letztlich als Vorschrift verabschiedet wurde. Im konkreten Fall muss man aber gar nicht so weit gehen. Denn der Gesetzgeber schreibt weiter: „es gelten die *allgemeinen Konkurrenzregeln*.“³⁶ Selbst wenn eine generelle Spezialität des VStGB ausscheidet, so kann

²² Wessels/Beulke (o. Fn. 19) Rn. 113; Seiler, Die Sperrwirkung im Strafrecht (2002), S. 4 f.

²³ Schneider, in: MünchKomm-StGB, 1. Aufl. (2003), § 216 Rn. 66; Eschelbach, in: von Hentschel-Heinegg, Beck'scher Onlinekommentar zum StGB (2010), § 216 Rn. 20

²⁴ BGHSt 30, 235, 236 = NJW 1982, 190; Backes/Ransiek, JuS 1989, 629; Eser, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 19), § 113 Rdnr. 68; Bosch, in: MünchKomm-StGB, 1. Aufl. (2005), § 113 Rdnr. 64.

²⁵ Vgl. Schneider, in: MünchKomm (o. Fn. 23), § 216 Rn. 66 mit weiteren Nachweisen.

²⁶ Für § 216 StGB s. BGHSt 2, 258; Lackner/Kühl, 26. Aufl. (2007), vor §§ 211 ff. Rn. 24; Wessels/Beulke (o. Fn. 19), Rn. 113. Für § 113 StGB s. BGH, VRS 35 [1968], 174; Eser, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 19), § 113 Rn. 68.

²⁷ Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage (2008), § 21 Rn. 52.

²⁸ Küpper, in: Gedächtnisschrift f. Meurer (2002), S. 123, 124; vgl. Seiler (o. Fn. 22), S. 26 f.

²⁹ Klug, ZStW 68 [1956], 399 (400); Seiler (o. Fn. 22), S. 26; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 19), vor § 52 Rn. 105.

³⁰ Kritisch zum Begriff der Sperrwirkung Herzberg, JZ 2000, 1093; Seiler (o. Fn. 22), S. 281 ff.

³¹ S. dazu Eser, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 19), § 216 Rn. 9; Eschelbach, in: von Hentschel-Heinegg (o. Fn. 23), § 216 Rn. 12; Schneider, in: MünchKomm (o. Fn. 23), § 216 Rn. 24 ff.

³² Vgl. Bosch, in: MünchKomm (o. Fn. 24), § 113 Rn. 7; Eser, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 19), § 113 Rn. 6.

³³ Der eigentliche Todeserfolg ist nicht Voraussetzung des § 11 I Nr. 3 VStGB, Safferling/Kirsch, JA 2010, 81, 84.

³⁴ BT-Drs. 14/8524, S. 13.

³⁵ BT-Drs. 14/8524, S. 13.

³⁶ BT-Drs. 14/8524, S. 13, Hervorhebung vom Autor.

eine solche in Bezug auf einzelne Tatbestände dennoch vorliegen, wenn sie sich bei der jeweiligen Konstellation aus den allgemeinen Regeln ergibt.

Nach dem scheinbaren Willen des Gesetzgebers soll auch dann, wenn die Anzahl der zivilen Opfer die Schwelle des § 11 I Nr. 3 VStGB nicht erreicht, Raum bleiben für die Anwendung der §§ 211 ff. StGB – und zwar dann, wenn der Täter nichtsdestotrotz die nach humanitärem Völkerrecht bestehende Pflicht zur Unterscheidung zwischen militärischen Zielen und zivilen Objekten³⁷ verletzt hat.³⁸ Einer näheren Betrachtung hält diese Annahme aber nicht stand.

Doch zunächst: Welches Delikt der §§ 211 ff. StGB kommt für die betreffende Situation in Betracht? Die Tötung durch heftiges Bombardement eines hochexplosiven Tanklastzuges geschieht durch Mittel, die auch andere als die anvisierten Personen beeinträchtigt. Sie erfüllt somit das Mordmerkmal der Tötung in gemeingefährlicher Weise i.S.d. § 211 II 7. Var. StGB.³⁹ Da der Täter auch zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich der Tötung der Opfer vorweist, droht ihm zwingend eine lebenslange Freiheitsstrafe. In der Konsequenz heißt das, dass die Tötung, die *nicht* mit den besonderen, gegenüber einer „normalen“ Tötung das besondere Unrecht des § 11 I Nr. 3 VStGB ausmachenden, Mitteln geschieht, höher (nämlich mit lebenslanger Freiheitsstrafe) pönalisiert wird als die Tötung, die diese Merkmale aufweist. Nach § 11 I Nr. 3 VStGB drohen dem Verantwortlichen nämlich nur mindestens drei Jahre Haft, selbst bei vorsätzlicher Tötung⁴⁰ nur minimal zehn Jahre, § 11 II 2 VStGB. Und auch das nur, wenn er die hohe Anzahl ziviler Opfer sicher erwartet, diesbezüglicher *dolus eventualis* genügt nicht.⁴¹

b) § 11 I Nr. 3 VStGB

Zusammengefasst statuiert die Auffassung des Gesetzgebers mithin folgende, widersprüchliche Abstufung: Die vorsätzliche, gemeingefährliche Tötung von Zivilisten in Übereinstimmung mit der nach humanitärem Völkerrecht bestehenden Pflicht zur Unterscheidung militärischer und ziviler Objekte⁴² bleibt straffrei; die gleiche Tat unter Verletzung dieser Pflicht, aber ohne die sichere Erwartung einer außer Verhältnis stehenden Anzahl ziviler Opfer i.S.d. § 11 I Nr. 3 VStGB ist als Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden; erwartet der Täter hingegen sicher eine solche Opferzahl, so drohen ihm nur minimal zehn Jahre Haft, § 11 I Nr. 3, II 2 VStGB. Diese Sinnwidrigkeit macht klar, dass die Annahme einer generellen Anwendbarkeit der allgemeinen Tötungsdelikte neben dem VStGB nicht stimmen kann.

³⁷ Vgl. Art. 57 II a) ii) ZP I.

³⁸ BT-Drs. 14/8524, S. 33.

³⁹ Vgl. *Schneider*, in: MünchKomm (o. Fn. 23), § 211 Rn. 102 f.; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 26), § 211 Rn. 11; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fn. 19), § 211 Rn. 29.

⁴⁰ Laut Gesetzesbegründung ist bei § 11 I Nr. 3 VStGB „direkter“ Vorsatz erforderlich, BT-Drs. 14/8524, S. 34.

⁴¹ *Dörmann*, MünchKomm (o. Fn. 8), § 11 VStGB Rdnr. 171; *Safferling/Kirsch*, JA 2010, 81, 84; vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 34.

⁴² Und damit im Erstrecht-Schluss auch ohne die Erfüllung der erschwerenden Umstände des § 11 I Nr. 3 VStGB.

Vielmehr hat der Gesetzgeber bspw. mit § 11 I Nr. 3 VStGB Deliktsgesetze geschaffen, die die Strafbarkeit für die jeweiligen Situationen abschließend regeln und somit die Anwendung der entsprechenden Tatbestände des StGB sperren.

Man könnte dem entgegensetzen, dass dadurch strafbarkeitsfreie Räume entstehen.⁴³ Jedoch gilt es immer zu beachten, dass das Strafrecht nur *ultima ratio* sein darf.⁴⁴ Dies gilt erst recht im Umfeld bewaffneter Konflikte, bei dem schnelles Handeln unter begrenzten Informationen die Regel ist. Hier muss sich das Strafrecht auf die eindeutig strafenswerten Konstellationen beschränken, ohne durch zu großzügige Strafbarkeitsausdehnung unnötige und schädliche Verwirrung zu stiften.⁴⁵ Strengere Maßstäbe als im Bereich des StGB anzulegen, wird der Situation nicht gerecht. Das nationale Strafrecht akzeptiert die in Fällen der Sperrwirkung entstehenden Straflücken,⁴⁶ ohne dass es dadurch zu erwähnenswerten Missständen gekommen wäre. Es ist nicht zu erkennen, warum im Rahmen des VStGB andere Überlegungen gelten sollten.

c) Andere Tatbestände des VStGB

Jedenfalls für § 11 I Nr. 3 VStGB ist mithin aufgrund teleologisch-systematischer Betrachtung eine Sperrwirkung gegenüber den Tötungsdelikten des StGB anzunehmen. Dieses Ergebnis ist grundsätzlich auch auf andere Tatbestände des VStGB übertragbar. Jedenfalls aber dann, wenn sich keine widersprüchlichen Sanktionsabstufungen wie bei § 11 I Nr. 3 VStGB o.Ä. ergeben, steht auch einer Anwendung der Delikte des StGB nichts Grundsätzliches entgegen. Bspw. zeichnen sich die §§ 6 I Nr. 1 und 7 I Nr. 1 VStGB durch ein gegenüber einer „normalen“ Tötung qualifizierendes Merkmal aus (beim Völkermorddelikt des § 6 die Absicht zur Zerstörung einer Gruppe, beim Verbrechen gegen die Menschlichkeit des § 7 VStGB die Einbettung in einen ausgedehnten oder systematischen Angriff). Sie lassen sich damit widerspruchlos in das Gesamtgefüge auch der allgemeinen Tötungsdelikte einordnen. Jedoch wird im Rahmen von Wertungsmöglichkeiten, insbesondere bei § 222 StGB, stets die besondere Anspannungslage eines bewaffneten Konfliktes zu berücksichtigen sein.⁴⁷

IV. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber irrt, wenn er generell eine Sperrwirkung der Tatbestände des VStGB gegenüber dem StGB ausschließt. Deutlich macht das ausgerechnet das in der Gesetzesbegründung gewählte Beispiel eines Piloten, der in völkerrechtswidriger Weise, aber unter der Schwelle des VStGB Zivilisten tötet. Auf ihn sind die allgemeinen Tötungsdelikte insbesondere wegen sonst drohender

⁴³ Dies scheint auch die Sorge des Gesetzgebers zu sein, vgl. BT-Drs. 14/8524, S. 13.

⁴⁴ Vgl. *BVerfGE* 96, 245 (249) = NJW 1998, 443; *Stree*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fn. 19), vor §§ 38 ff. Rn. 1;

⁴⁵ Vgl. die Anerkennung der besonderen Stresssituation des Betroffenen als Grundlage der Sperrwirkung des § 113 StGB: *Seiler* (o. Fn. 22), S. 136; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (o. Fn. 10), § 113 Rn. 3.

⁴⁶ Vgl. o. Fn. 31 f.

⁴⁷ So auch *Safferling/Kirsch*, JA 2010, 81, 85; vgl. o. Fn. 45.

Wertungswidersprüche nicht anwendbar, vielmehr findet seine Strafbarkeit in den Tatbeständen des VStGB ihre abschließende Regelung. Dies ergibt sich aus einer teleologisch-systematischen Auslegung, die auch für das Verhältnis der übrigen Völkerstrafaten zum StGB heranzuziehen ist.

Somit hat sich der am Bombardement von Kundus beteiligte deutsche Offizier nicht strafbar gemacht. Nicht

wegen der Tötungsdelikte des StGB, da diese auf die fragliche Situation keine Anwendung finden. Und auch nicht wegen der Straftatbestände des VStGB, insbesondere mangels einer eindeutig anzunehmenden unverhältnismäßigen Anzahl ziviler Opfer. Dies scheint – zumindest im Ergebnis – auch die Ansicht der Bundesanwaltschaft gewesen zu sein. Diese hat die Ermittlungen am 19.04.2010 eingestellt.

Aufsätze und Anmerkungen

Schutz vor staatlich veranlasstem Zwang und inszenierter Täuschung

Anmerkung zu BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 51/10 = HRRS 2010 Nr. 573

Von Rechtsanwalt Privatdozent Dr. Joachim Kretschmer, Freie Universität Berlin

Verlässt den BGH der Mut? Oder: Von BGH v. 28.4.1987 – 5 StR 666/86¹ über BGH v. 26.7.2007 – 3 StR 104/07² zu BGH v. 27.1.2009 – 4 StR 296/08³ und mit der vorliegenden Entscheidung v. 18.5.2010 – 5 StR 51/10 wieder zurück. Und dazwischen oder darüber steht der EGMR mit seinem Urteil v. 5.11.2002 – Allan vs. Großbritannien.⁴

1. Sachverhalt

Gegenstand des mit der Revision erfolgreich angegriffenen Urteils ist eine eher seltene Verurteilung nach § 30 II StGB. Der Angeklagte wurde wegen der Annahme des Erbietens zur Begehung eines Mordes zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt.

Die Ehe des Angeklagten mit seiner Ehefrau entwickelte sich über die Jahre zu einer tiefen gegenseitigen Abneigung. Zwischen 1998 und 2005 bot der Angeklagte mehreren Personen Geld, um sie dazu zu bewegen, seine Frau zu töten. Er wurde deswegen am 1.3.2006 wegen versuchter Anstiftung zum Mord zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Während dieser Straftat geschah Folgendes: Der Angeklagte traf im Strafvollzug den S. Dieser gab dem Angeklagten gegenüber mit seinem teilweise erfundenen kriminellen Hintergrund – Fremdenlegion, Rockermilieu – an. S. unterbreitete dem Angeklagten in der Zeit von Anfang März bis zum 20.3.2007 das Angebot, für 150.000 EUR durch seine Leute außerhalb der Haftanstalt dessen Ehefrau töten zu lassen. Der Angeklagte nahm dieses Angebot ernst. Noch

am 20. 3. 2007 berichtete S. dem für ihn zuständigen Gruppenleiter in der JVA, dass ihn ein anderer Gefangener um die Vermittlung eines Auftragsmordes gebeten hätte. Am 22. 3. erklärte S. sich zur Zusammenarbeit mit der Polizei bereit und „verpetzte“ den Angeklagten namentlich.

In der Folgezeit ergriffen die Ermittlungsbehörden verschiedene Ermittlungsmaßnahmen, um im letzten Schritt folgendermaßen vorzugehen: „Zur Verbesserung der bisherigen Beweislage ist von hier aus vorgesehen, dass ein nicht offen ermittelnder Polizeibeamter den Beschuldigten in der JVA Charlottenburg besucht (Besucherraum) und diesem unter der Vorgabe einer Legende zwei Bilder (eines mit der Ehefrau des Beschuldigten in ihrem Pkw sitzend und eines mit einer Frau vergleichbaren Alters, in bauähnlichem Pkw sitzend) vorlegt, um von diesem zu erfahren, welche der beiden Frauen die zu tötende sei.“ Dieses Vorgehen wurde von Staatsanwaltschaft und Polizei ohne Einbezug des Ermittlungsrichters vereinbart. Warum wohl? Am 24.5.2007 suchte POK H. den Angeklagten unter einem Vorwand im Besuchsraum der JVA auf. Wie es anschaulich im Urteil heißt, hätte dieser auf Grund seiner langen Haare und Tätowierungen dem äußeren Erscheinungsbild nach glaubhaft als Rocker auftreten können. Dieser stellte sich dem Angeklagten als „Micha“ vor und erklärte, dass er von S. käme. Er behauptete ihm gegenüber, dass es Probleme mit der Identifizierung der Ehefrau gebe. Er legte ihm die beiden Fotos vor. „Micha“ = POK H. erklärte, dass vor den beiden Häusern der beiden abgebildeten Frauen seine Männer stünden, und fragte den Angeklagten, ob er seine Frau anhand körperlicher Merkmale beschreiben könne. H. erklärte weiterhin, dass notfalls auch beide Frauen weggemacht werden könnten. Der Angeklagte reagierte aufgebracht und ablehnend. Schließlich fragte H. ihn, ob es denn richtig sei, dass sie seine Frau wegmachen soll-

¹ Siehe BGHSt 34, 362 = NSTz 1989, 33.

² Siehe BGHSt 52, 11 = NSTz 2007, 714 = HRRS 2007 Nr. 676.

³ NSTz 2009, 343 = StV 2009, 225 = HRRS 2009 Nr. 344.

⁴ Nr. 48539/99, StV 2003, 257.

ten. Darauf nickte der Angeklagte. Um die Verwertung dieses „Gesprächs“ zwischen dem Angeklagten „Micha“ = POK H. im Strafverfahren wegen § 30 II StGB geht es.

2. Die Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung des BGH und des EGMR

„Ein verdeckter Ermittler darf einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, nicht unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Solchermaßen erlangte Angaben unterliegen einem Beweisverwertungsverbot.“ Der BGH stellt klar, dass eine solche Beweisgewinnung gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, verstößt. Es ist der 4. Senat in seiner Entscheidung vom 27.1.2009, der das so deutlich sagt.⁵ An dieser Entscheidung ist wichtig, dass der konkrete Sachverhalt losgelöst von jeder Haftsituation war. Weder saß die damals Beschuldigte in Strafhaft noch bestand Untersuchungshaft. Das entscheidende Kriterium war, dass der VE die Beschuldigte im Rahmen eines vorgetäuschten -lang andauernden-Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängte und eine Aussage entlockte. Nicht Zwang stand im Vordergrund, sondern Täuschung durch gezieltes Entlocken selbstbelastender Angaben.

In der vorliegenden Entscheidung des 5. Senats liegt der Begründungsschwerpunkt auf dem Zwangscharakter. Grundlage der Entscheidung ist das erneute Bekenntnis des BGH (Rn. 16) zum formalen Vernehmungsbegriff.⁶ § 136 StPO ist demzufolge allein auf „offene“ Vernehmungen anwendbar und will lediglich sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er möglicherweise eben durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte. Heimliches Ausforschen ist keine Vernehmung. Der 5. Senat sieht das „Gespräch“ am 24.5.2007 als ein verdecktes Verhör eines Beschuldigten durch einen nicht offenen ermittelnden Polizeibeamten mit dem Ziel, eine selbstbelastende Äußerung des noch nicht förmlich vernommenen Beschuldigten herbeizuführen (Rn. 13). Im Unterschied zu verdeckten Ermittlern (VE) treten nichtöffentlich ermittelnde Polizeibeamte (NOEP) nicht auf Dauer unter einer Legende auf, sondern – wie in der vorliegenden Entscheidung – nur kurzfristig.⁷ Vorliegend spricht sich der BGH für eine Gleichbehandlung beider Ermittlungspersonen aus. Das ist richtig.

Insgesamt verstieß nach Ansicht des 5. Senats das Vorgehen gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten (Rn. 21). In den Vordergrund tritt aber die Haftsituation des Angeklagten (Rn. 22): „Die Aushorchung des Angeklagten unter Ausnutzung der besonderen Situation seiner

Inhaftierung begründet von vornherein Bedenken gegen die Zulässigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme. Nicht weniger als in anderen von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beanstandeten Fällen heimlicher Informationsgewinnung unter Ausnutzung begleitender belastender Haftsituationen liegen auch hier Umstände vor, die zur Bewertung des Vorgehens als unfaire Vernachlässigung der zu achtenden Selbstbelastungsfreiheit führt.“ In einer nicht ausdrücklich ausgesprochenen Einschränkung des Grundsatzes von *nemo-tenetur-se-ipsam-accusare* sieht der 5. Strafsenat durch die Anwendung von Zwang den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten als verletzt an (Rn. 23). Wenn er darauf hinweist, dass der VE nicht befugt ist, den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen (Rn. 23), so macht der 5. Senat es sich doch zu einfach, wenn er im Folgenden das Verhalten der Ermittlungspersonen als Nötigung nach § 240 StGB versteht. POK H. weist als „Micha“ darauf hin, dass notfalls beide Frauen auf den dem Angeklagten vorgelegten Fotos getötet würden, falls er seine Ehefrau nicht identifiziere. Diesen Hinweis, eine unbeteiligte Dritte könne zu Tode kommen, stellt nach Ansicht des BGH eine Drohung mit einem empfindlichen Übel im Sinne des § 240 I StGB dar (Rn. 24). Es liege auf der Hand, dass -bei fortgesetzter Weigerung der Identifizierung des „Tatopfers“- eine dem Angeklagten bevorstehende Verantwortlichkeit für ein zweites, nicht gewolltes Tötungsverbrechen diesem als ein gewichtiger Nachteil erscheinen müsste. Auf der Hand liegt jedoch gar nichts! Angenommen, „Micha“ würde die Drohung wahr machen. Würde sich der Anstifter dann wegen Anstiftung zu zwei Tötungen strafbar gemacht haben? Denn darin scheint ja wohl das angeandrohte empfindliche Übel nach dem BGH zu liegen. Der Angeklagte will aber allein die Tötung seiner Ehefrau. Das macht er auch deutlich. Er will nur eine Tötung. Spricht nicht alles für einen Exzess, wenn die Haupttäter, um sicher zu gehen, auch noch eine andere Frau und vielleicht noch weitere töten? Darüber kann man gewiss streiten, aber das zeigt, dass entgegen dem 5. Senat gar nichts auf der Hand liegt.

Auf der Grundlage einer Nötigung nach § 240 StGB nimmt der 5. Senat konsequenterweise ein Beweisverwertungsverbot an. Der BGH (Rn. 29): „Der hier vorliegende Zwang zur Abgabe selbstbelastender Äußerungen im Rahmen eines verdeckten Verhörs wiegt nicht leichter als das Entlocken solcher Äußerungen unter Ausnutzung einer Vertrauensstellung nach angekündigter Inanspruchnahme des Schweigerechts oder die Verlegung eines Aushorchers in die Zelle einer Untersuchungsgefängenen.“ Es sind dann die eingangs erwähnten Entscheidungen, die als Beleg angeführt werden, und dazu die frühere Entscheidung im sog. Polizeispitzel-Fall (BGHSt 34, 362). Auffällig ist, dass in diesen mehrheitlich die Haftsituation und Zwang als kennzeichnend für den Eingriff in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit angesehen werden. In der sog. Mallorca-Entscheidung⁸ des 3. Senats befand sich der Beschuldigte gleichermaßen in anderer Sache in Strafhaft. Wegen eines

⁵ So BGH NStZ 2009, 343.

⁶ Siehe dazu Meyer-Göfner, StPO, 53. Aufl. (2010), § 136a Rn. 4.

⁷ Siehe Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl. (2010), Rn. 423.

⁸ Siehe BGHSt 52, 11 = NStZ 2007, 714 = HRRS 2007 Nr. 676; zustimmend: Meyer-Göfner (Fn. 6), § 136a Rn. 4a; Renzikowski JR 2008, 164; kritisch: Mitsch Jura 2008, 211, 214.

Tötungsverdacht – Tatort war Mallorca – wurde ein VE auf den Beschuldigten angesetzt. Dieser baute zu diesem ein Vertrauensverhältnis auf, besuchte ihn oftmals in der JVA und war dessen einzige Kontaktperson außerhalb dieser. Während eines Hafturlaubs, den der Beschuldigte in einer ihm vom VE zur Verfügung gestellten Wohnung verbrachte, räumte er seine Täterschaft ein. Der 3. Senat⁹ stellt den Konflikt im Inhalt des nemo-tenetur-Grundsatzes deutlich klar: „Nach der Rechtsprechung des BGH schützt er nur vor Zwang; der EGMR dehnt ihn auf alle Fälle der Beeinträchtigung der Aussagefreiheit aus.“ Auch der 3. Senat wagt noch nicht den großen Schritt. Er stellt klar, dass der VE dem Angeklagten durch beharrliches Fragen und unter Hinweis auf das vorgetäuschte Vertrauensverhältnis selbstbelastende Äußerungen entlockt hat, zu denen er bei einer förmlichen Vernehmung nicht bereit gewesen wäre. Vortäuschen und Entlocken sprechen für eine Täuschung und weniger für Zwang. Aber: „Die Missachtung des Rechts des Angeklagten, selbst frei zu entscheiden, ob er aussagen oder schweigen wollte, wiegt dabei hier umso schwerer, als die Strafverfolgungsbehörden gezielt die besonderen Belastungen der Haftsituation ausnutzten, um ihm Täterwissen zu entlocken.“ Auch wenn die Befragung im sog. Mallorca-Fall außerhalb der JVA während eines Hafturlaubs stattfand, war nach Ansicht des 3. Senats die Entscheidungsfreiheit des Angeklagten so sehr eingeschränkt, dass seine Situation der besonderen Zwangssituation eines Untersuchungshäftlings gleichkam, dem ein Polizeispitzel in die Zelle gelegt wird.

Es ist stets¹⁰ vergleichend die frühere Entscheidung zum Polizeispitzel-Fall, die als Beleg angeführt wird und die zu einer direkten oder auch nur indirekten Beschränkung des nemo-tenetur-Schutzes auf Zwang führt. Diese Entscheidung aus dem Jahr 1987¹¹ hat noch immer eine Art Leitcharakter: Der Beschuldigte befand sich damals zu Recht in Untersuchungshaft. Die Ermittlungsbehörden setzten gezielt einen Mitgefangenen ein, um den Beschuldigten unter Vortäuschung eines Vertrauensverhältnisses – gemeinsame Fluchtpläne, gemeinsame Straftaten – aushorchen zu lassen. Die beiden entscheidenden Sätze aus diesem Urteil lauten: „Das an sich unzulässige Zwangsmittel der U-Haft wurde so zu einem prozessordnungswidrigen Zweck ausgenutzt. Das ist eine Zwangswirkung auf den Gefangenen, die vom Strafverfahrensrecht nicht mehr gedeckt und deshalb unzulässig ist.“ In diesem Polizeispitzel-Fall stellt der 5. Senat darauf ab, dass die Strafverfolgungsorgane die Freiheit der Willensentschließung des Angeklagten durch unzulässigen Zwang beeinträchtigt haben. Nur leider lag der BGH mit der Annahme von Zwang falsch. Die U-Haft war in diesem Fall rechtmäßig angeordnet wie auch in den anderen vergleichbaren Fällen die Haftsituation rechtmäßig war. Nicht Zwang veranlasste den Beschuldigten in diesem und in den anderen Fällen zu seinen selbstbelastenden Angaben gegenüber dem Mitgefangenen (BGHSt 34, 362) oder dem VE (BGHSt 51, 11 und BGH NStZ 2009, 343) oder wie vorliegend dem NOEP. Stets dominiert das Vortäuschen eines persönlichen Vertrauensverhältnisses.

⁹ Siehe BGH NStZ 2007, 714, 715.

¹⁰ Siehe BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 51/10, Rn. 22; BGH NStZ 2007, 714, 716.

¹¹ BGHSt 34, 362 = NStZ 1989, 33.

Stets werden dem Beschuldigten selbstbelastende Angaben entlockt, wenn er auch beharrlich bedrängt wird. Bei einer staatlicherseits aktiv arrangierten Bespitzelung eines U-Haftinsassen durch einen Mitgefangenen handelt es sich um einen Fall der Täuschung.¹² Desgleichen dominiert auch vorliegend das Täuschungselement. „Micha“ täuscht dem Angeklagten seine verbrecherische Rolle vor, um ihm eine Selbstbelastung ihm gegenüber als POK H. zu entlocken. Es handelt sich um eine staatlicherseits veranlasste irrtumsbedingte Selbstbelastung.

Und das steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, dessen maßgebliche Entscheidung v. 5.11.2002 – Allan v. Großbritannien¹³, das in den genannten Entscheidungen des BGH stets genannt wird, sich zunehmend durchsetzt. Der dortige Sachverhalt entspricht der Konstellation des „Polizeispitzel-Falls“ in BGHSt 34, 362. Der EGMR: „Der Anwendungsbereich des Schweigerechts und des Schutzes vor Selbstbelastung ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen musste oder in denen der Wille des Beschuldigten in irgendeiner Weise direkt überwunden wurde. Das Recht, das zum Kernbereich des fairen Verfahrens gehört, dient prinzipiell der Freiheit einer verdächtigten Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen will oder schweigen will.“ Und dann heißt es weiter, dass eine solche freie Entscheidung unterlaufen wird, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten. Es sind zwei maßgebende Aspekte, die nach dem EGMR für die Verletzung des Schweigerechts nach Art. 6 EMRK sprechen: (1) Das Handeln des Informanten muss den Strafverfolgungsorganen zuzurechnen sein. (2) Der Informant muss dem Beschuldigten die Äußerung entlockt haben. Das passt auf den vorliegenden Fall. Bedenklicherweise stellt auch der EGMR auf den psychologischen Druck ab, der die Freiwilligkeit der Äußerung des Beschuldigten eingeschränkt hat. Auch er löst sich im Einzelfall nicht gänzlich von der Haftsituation und von einem geforderten Einfluss von Druck – nicht Zwang-, der den Beschuldigten anfällig für Täuschungen macht. Auf dieser Linie liegt auch das aktuellste Urteil des EGMR v. 21.1.2009 – Bykov vs. Russland,¹⁴ das im konkreten Einzelfall eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit – bedauerlicherweise – mangels einer angenommenen Drucksituation verneint.

3. Schutz vor Zwang und Täuschung

Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit stellt ein Grundprinzip des rechtsstaatlichen Strafverfahrens dar. Eine grundrechtliche Verankerung findet sich in Art. 1

¹² So *Beulke* (Fn. 7), Rn. 136; *HK-GS/Jäger*, 1. Aufl. (2008), § 136a Rn. 16; *KK/Diemer*, StPO, 6. Aufl. (2008), § 136a Rn. 27; *Renzikowski* JR 2008, 164, 165 in Fußnote 12; *Roxin* NStZ-Sonderheft 2009, 41, 45.

¹³ StV 2003, 257 mit Anm. *Gaede*.

¹⁴ Nr. 4378/02, JR 2009, 514; dazu kritisch *Gaede* JR 2009, 493

und 2 I GG.¹⁵ Zudem wird der Grundsatz in Art. 6 EMRK zum Kernbereich des Rechts auf ein faires Verfahren gezählt.¹⁶ Der BGH:¹⁷ „Die Selbstbelastungsfreiheit zählt zu den Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Sie hat in der Strafprozessordnung in den §§ 55, 136 I, 136 a I und 3, § 163 a III sowie § 243 IV Satz 1 Niederschlag gefunden und in Art. 14 III Buchst. g des Internationalen Paktes vom 19. 12. 1966 über bürgerliche und politische Rechte in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz zu diesem Pakt vom 15. 11. 1973 eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung erfahren. Sie ist verfassungsrechtlich abgesichert durch die gem. Art. 1, 2 I GG garantierten Grundrechte auf Achtung der Menschenwürde sowie der freien Entfaltung der Persönlichkeit und gehört zum Kernbereich des von Art. 6 MRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren.“ Dieser Herleitung des 3. Senats stimmt vorliegend der 5. Senat (Rn. 21) zu. Die Selbstbelastungsfreiheit entspricht der prozessualen Stellung des Beschuldigten im Strafprozess. Zwang wie auch Täuschung können gleichermaßen die Willensfreiheit und so auch die Selbstbelastungsfreiheit beeinträchtigen. Zwang wie auch Täuschung können einen Menschen beherrschen und ihn zum willenlosen Objekt des Zwingenden und Täuschenden machen. Das ist materiell-rechtlich für die Täterform der mittelbaren Täterschaft anerkannt – Irrtums- und Nötigungsherrschaft. Prozessual beweist das § 136a StPO. Das verkennen diejenigen¹⁸, die den Schutz vor Irrtum und den Schutz vor Zwang unterschiedlich bewerten wollen. Alle Senate¹⁹ betonen übereinstimmend, dass es unbedenklich ist, wenn der VE das zwischen ihm und dem Beschuldigten aufgebaute Vertrauensverhältnis dazu nutzt, um Informationen aufzunehmen, die ihm der oder die Beschuldigte von sich aus gegeben hat. In Abgrenzung dazu steht die vernehmungähnliche Situation oder die Frage, ob das „Gespräch“ als „funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung“ zu werten ist?²⁰ Die näheren Umstände des Einzelfalls sollen entscheiden. Auf dieser Linie liegt auch der EGMR.²¹ Auch er grenzt ab zwischen spontanen und nicht veranlassten Eingeständnissen, die der Beschuldigte freiwillig macht, und Eingeständnissen, die durch beharrliches Fragen unter Lenkung der Polizei gemacht werden. Was ein Beschuldigter aus freien Stücken seiner Ehefrau gegenüber in einem Besuchsraum einer JVA äußert, weil er sich unbeobachtet fühlt, darf durch heimliche Ermittlungsmaßnahmen „abgeschöpft“ werden.²² Es war in diesem Fall ebenso, dass die Ehefrau kein Agent des Staates war. Im dortigen Fall veranlasste eine Gesamtschau aller Umstände den BGH, es war der 1. Senat, jedoch zu Recht dazu, einen

Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren anzunehmen.

Bei der staatlich inszenierten Gesprächssituation, die zu den selbstbelastenden Angaben führt, handelt es sich dagegen nicht um ein Privatgespräch. Der Beschuldigte ist in der Situation nicht frei in seiner Entscheidung, was er wem sagt. Zwang kann er gegebenenfalls widerstehen. Eine Täuschung, die er nicht durchschaut, macht ihn zum fremdbestimmten Informationsobjekt der Strafverfolgungsorgane. Zwang ist erkennbar, Täuschung nicht. Es ist nicht das allgemeine Lebensrisiko eines Privatgesprächs, das sich im „Petzen“ verwirklicht. Es fehlt durch die staatliche Inszenierung der Privatcharakter des Gesprächs. Die private Geschäftsgrundlage fehlt, wenn die strafprozessuale Zielsetzung verschleiert wird. Die Eigenverantwortlichkeit²³ des Handelns macht die Angaben des Beschuldigten nicht verwertbar, da das allgemeine Gesprächsrisiko durch die staatliche Inszenierung manipuliert wurde. Die Grenze verläuft zwischen einem Privatgespräch, dessen eigenverantwortlicher Inhalt abgeschöpft wird, und dem beharrlichen Ausforschen eines nur vorgetäuschten Privatgesprächs. Die Dauer des Einsatzes und die Dauer des aufgebauten und vorgetäuschten Vertrauensverhältnisses können nicht entscheidend sein. In der Entscheidung des 4. Senats dauerte das Vertrauensverhältnis fast 1½ Jahre an. Es bestand aber keinerlei Haftsituation. Im vorliegenden Fall des 5. Senats dauert die Inszenierung wohl nur wenige Minuten während des Besuchs in der JVA. In jedem Fall aber ist dem Staat die Inszenierung eines vorgetäuschten Privatgesprächs als vernehmungähnliche Situation zuzurechnen. Lösen muss man sich auch von dem Postulat einer Drucksituation, die den Beschuldigten anfällig für Täuschungen macht. Dieses Erfordernis als Haftsituation – so bei dem BGH im sog. Mallorca-Fall²⁴ wie auch der EGMR in Allan vs. Großbritannien²⁵ – überzeugt nicht, wenn eine staatliche Inszenierung als gravierende Täuschung den Beschuldigten zu einem fremdbestimmten Objekt in seiner selbstbelastenden Äußerung macht – so gegen den EGMR auch im Fall Bykov vs. Russland.²⁶ Da ist der 4. Strafsenat²⁷ mit seiner Entscheidung bisher am mutigsten, da bei dem dortigen Sachverhalt keinerlei Haftsituation bestand. Vielleicht war er aber – unfreiwillig – nur so mutig, da nach Angaben des BGH das Urteil nicht auf den unverwertbaren Angaben beruhte. Sein Mut hat den BGH also nichts gekostet!

Geschützt ist die Selbstbelastungsfreiheit. Dieser Schutz besteht gegenüber dem strafverfolgenden Staat. Was man einem Mitgefangenen, einem VE oder einem sonstigen Gesprächspartner freiwillig mitteilt, ist verwertbar, da sich beim „Petzen“ das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht. Wird der Mitgefangene oder ein anderer jedoch staatlicherseits gezielt auf einen Beschuldigten zum Ausforschen angesetzt, bedient sich der Staat dieses „Spitzels“, wenn er nicht gar selbst als „Micha“ wie vorliegend als „Spitzel“ auftritt. In der Formulierung des EGMR handelt der Informant als Agent des Staates. Das ist dann

¹⁵ Siehe *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. (2009), § 25 Rn. 1.

¹⁶ So der EGMR StV 2003, 257, 259; *Roxin/Schünemann* (Fn. 15), § 25 Rn. 1.

¹⁷ Siehe BGHSt 51, 11.

¹⁸ So *Rogall* NStZ 2008, 110, 112 f.

¹⁹ Siehe BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 51/10, Rn. 23; BGH NStZ 2009, 343; NStZ 2007, 714, 715; auch *Gaede* StV 2003, 260, 261; *Roxin* NStZ-Sonderheft 2009, 41, 45.

²⁰ Siehe BGH NStZ 2009, 343.

²¹ Siehe StV 2003, 257, 260.

²² Siehe BGH 53, 294 = NStZ 2009, 519; siehe dazu *Geppert* JK 1/2010 StPO § 100f/1a und 1b; das Urteil wird von *Rogall*, HRRS 2010, 289 heftig kritisiert.

²³ So aber *Mitsch* Jura 2008, 211, 214,

²⁴ Siehe NStZ 2007, 714, 716.

²⁵ Siehe StV 2003, 257, 260.

²⁶ Siehe *Gaede* JR 2009, 493, 497.

²⁷ Siehe BGH NStZ 2009, 343.

die so oft erwähnte vernehmungähnliche Situation – das funktionale Äquivalent einer Vernehmung zur Umgehung einer solchen. Zwang wie auch Täuschung nehmen die Freiheit. Der *nemo-tenetur*-Grundsatz erfasst daher auch die Fälle staatlich manipulierter irrtumsbedingter Selbstbelastung.²⁸ Nicht entscheidend²⁹ ist, ob sich ein Beschuldigter bereits auf sein Schweigerecht berufen hat, mag dies auch in den meisten Entscheidungen des BGH³⁰ so formuliert sein. Das zeigt dann auch die vorliegende Entscheidung. Würde man in diesem Punkt differenzieren, würde das geradezu eine Umgehung provozieren.

Konsequenz einer Verletzung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit ist nach allem ein Beweisverwertungsverbot.³¹ Das ist ohne jede Abwägung zwingende

²⁸ So auch *Gaede* JR 2009, 493, 497 f.; *Roxin* NStZ-Sonderheft 2009, 41; *Roxin/Schünemann* (Fn. 15), § 24 Rn. 41.

²⁹ So *Renzikowski* JR 2008, 164, 165; *Roxin* NStZ-Sonderheft 2009, 41, 43; *Rogall* NStZ 2008, 110, 113.

³⁰ So BGH NStZ 2009, 343; BGHSt 52, 11 = NStZ 2007, 714

³¹ Siehe BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 51/10, Rn. 27 ff.; BGH NStZ 2007, 714, 716; *Gaede* StV 2003, 260, 262; *Meyer-*

Folge, gehört diese Freiheit doch zum erwähnten Kernbereich eines grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Strafverfahrens.

4. Schlussbemerkung

In einem rechtsstaatlichen Strafverfahren, das die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten und insbesondere die des Beschuldigten als freiheitliches und eigenverantwortliches Prozesssubjekt achtet, darf der strafverfolgende Staat bei aller erlaubten Heimlichkeit nicht zu Mitteln des Täuschens, Lügens und Manipulieren greifen, welche die eigenverantwortliche Freiheit des Beschuldigten missachten. Zwang und Täuschung nehmen dem Beschuldigten die Freiheit. Das gilt materiell-rechtlich und das gilt strafprozessual.

Goßner (Fn. 6), § 136a Rn. 4a; *Satzger* JK 1/10 StPO § 110a/3.

Aufsätze und Anmerkungen

Verständigung und Rechtsmittelverzicht

Anmerkung zu BGH 1 StR 64/10 – Beschluss vom 14. April 2010 = HRRS 2010 Nr. 446

Von Wolfgang Staudinger, Regensburg*

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. April 2010 einen Beschluss folgenden Inhalts gefasst:

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

Vorausgegangen war ein Urteil des Landgerichts Hechlingen, das auf einer Verständigung gem. § 257c StPO beruhte.

I. Sachverhalt

Die Angeklagte wurde zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Noch am Tag der Urteilsverkündung legte der Instanzverteidiger per Telefax Revision ein. Er erhob die allgemeine Sachrüge. Etwa eine Stunde später nahm er

das Rechtsmittel ebenfalls per Telefax wieder zurück (Rn. 3).¹ Zwei Tage später zeigte ein anderer Verteidiger an, die Angeklagte zu vertreten, und reichte weitere fünf Tage später „auf ausdrücklichen Wunsch der Angeklagten“ Revision ein (Rn. 4). Er trug vor, dass die Angeklagte nie mit dem Urteil ohne Bewährungsausspruch einverstanden gewesen sei; sie hätte vielmehr ihrem Instanzverteidiger ausdrücklich aufgetragen, Rechtsmittel einzulegen. Zudem sei sie auch nicht mit der Rücknahme des Rechtsmittels einverstanden gewesen (Rn. 6).

Die vom Vorsitzenden erbetenen Stellungnahmen von Instanzverteidiger und Instanzrichter brachten folgende Information: Den Vorschlag zur Einlegung und Rücknahme des Rechtsmittels habe der Verteidiger vorgebracht; das Gericht betonte, dass dieses Prozedere jedenfalls nicht „Gegenstand der Absprache“ (Rn. 12) gewesen sei. Der Instanzverteidiger wies darauf hin, dass seine Mandantin bereits im Vorfeld von ihm über die Möglichkeit einer Verständigung informiert wurde; seiner Mandantin sei es insbesondere bewusst gewesen, dass die in Aussicht gestellte Strafe nicht zur Bewährung ausgesetzt werde (Rn. 8).

* Der Autor ist Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg, derzeit tätig in der Kanzlei Dr. Jan *Bockemühl*, Regensburg, und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht, Prof. Dr. *Tonio Walter*, Universität Regensburg.

¹ Die Randnummern beziehen sich auf die des Beschlusses.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschied durch den Beschluss, dass kein Verstoß gegen § 302 Abs. 1 S. 2 StPO vorliege. Das habe mehrere Gründe: Zum ersten sei gesetzlich nicht geregelt, wie mit einem eingelegten und noch in der Einlegungsfrist zurückgenommenen Rechtsmittel zu verfahren sei. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO regle nur den Verzicht (vgl. Rn. 17).

Zum zweiten habe das Gericht nicht auf ein solches Vorgehen hingewirkt und es auch nicht zum Gegenstand der Verständigung gemacht. Das stützt der Senat auf die dienstliche Äußerung des Vorsitzenden (Rn. 22).

Angemerkt hat der Senat noch, dass ein Mitwirken des Gerichts bei einer solchen Lösung wohl in der Nähe einer Umgehung des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO mit der Folge der Unwirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme läge (Rn. 23).

II. Anmerkung

Mit der letzten Überlegung liegt der Senat richtig. Ein Mitwirken des Gerichts, vor dem eine Verständigung stattfindet, an einer Verständigung mit dem Inhalt eines faktischen Rechtsmittelverzichts ist jedenfalls nicht im Sinne des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO. Fraglich ist allerdings zweierlei: zum einen (2.), ob die vom Senat gesehene Rechtsfolge zwingend und ausreichend ist, und zum anderen (1.), ob nicht auch schon das Vorgehen des Verteidigers in unserem Fall eine Umgehung des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO darstellt.

1. Umgehungshandlung

Der Senat sieht keine Umgehungshandlung, solange das Gericht nicht an dem Vorgehen mitgewirkt hat. Das sei schon aufgrund des Wortlauts so. Vulgo: Wenn nicht ausdrücklich im Gesetz steht, dass es verboten ist, ein Rechtsmittel einzulegen und dann zurückzunehmen, dann ist es auch erlaubt. Dem steht aber entgegen, dass nicht nur das Wortlautargument zählt. Müsste der Gesetzgeber alle möglichen Fälle ausdrücklich benennen, wären die Normen unendlich lang. Das muss der Gesetzgeber aber auch nicht. Neben der vom Senat vorgenommenen Wortlautauslegung sind nämlich auch die weiteren Auslegungsregeln zu beachten, zumindest dann, wenn die Wortlautauslegung nicht zu einer eindeutigen Lösung führt.²

Die Auffassung des Senats zu § 302 Abs. 1 S. 2 StPO ist mit dem Wortlaut vereinbar; es steht nicht geschrieben, dass das in Frage stehende Vorgehen verboten ist. Das ist aber *nicht zwingend*. Vielmehr kann auch durch den Wortlaut gemeint sein, dass alle Möglichkeiten unwirksam sind, die zu einem faktischen Rechtsmittelverzicht führen.

Der Gesetzgeber führt in § 302 Abs. 1 S. 2 StPO explizit nur den Verzicht an, weil er sich Konstellationen vorstellen kann, in denen eine Rücknahme des Rechtsmittels sinnvoll ist und daher ermöglicht werden soll. Die Rück-

nahme des Rechtsmittels soll für den – aus Sicht der Verteidigung – keinen Erfolg versprechenden Fall möglich sein, um Kosten für den Mandanten zu vermeiden. Dabei hatte der Gesetzgeber wohl auch im Blick, dass die Gründe des Urteils in der Regel erst nach der Einlegungsfrist vorliegen; die Verteidigung hat also meist erst nach Ablauf der Einlegungsfrist die Möglichkeit, die Chancen des Rechtsmittels zu prüfen. Daher muss auch nach einem Verständigungsurteil die Rücknahme des eingelegten Rechtsmittels möglich bleiben. Was der Gesetzgeber sicherlich nicht wollte, ist durch die Rücknahme faktisch einen Verzicht zu ermöglichen.³ Das nämlich stellt eine klassische Umgehungshandlung dar: Ein Weg, der formal zu rechtfertigen ist, wird eingeschlagen, um den direkten, aber verbotenen Weg zu vermeiden.⁴

Der Gesetzgeber wollte mit § 302 Abs. 1 S. 2 StPO einen Verzicht auf ein Rechtsmittel ausschließen, damit der Angeklagte im Fall der Verständigung noch einmal Zeit hat, das abgesprochene Urteil zu überdenken.⁵ Das steht in der Tradition der Entscheidung des Großen Senats, der bei einer Absprache vor Kodifizierung der Verständigungsregelung schon eine qualifizierte Belehrung forderte.⁶ Der Gesetzgeber geht eben nur einen Schritt weiter. Zum Schutz des Angeklagten soll überhaupt kein Rechtsmittelverzicht möglich sein. Das wird aber unterlaufen, wenn das eingelegte Rechtsmittel sofort wieder zurückgenommen wird.⁷

Es kann dabei keine Rolle spielen, ob der „Verzicht“ bereits Teil der Verständigung war oder ob der Verteidiger aus eigener Initiative gehandelt hat. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO regelt, dass *kein* Verzicht möglich ist. Ob er bereits Teil der Verständigung oder Eigeninitiative ist, darf nur eine Frage der Rechtsfolge sein, nämlich ob nur die Rücknahme oder der ganze Verzicht unwirksam ist (siehe sogleich). Vielmehr kommt es auf den Grund der Rücknahme des Rechtsmittels an: wird es zurückgenommen, weil es tatsächlich aussichtslos erscheint (und um damit Kosten zu sparen) oder weil ein faktischer Verzicht erreicht werden soll. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist in dem besprochenen Fall aufgrund der besonderen Kürze des Abstands zwischen Einlegung und Rücknahme der Revision (17.17 Uhr – 18.11 Uhr desselben Tags, Rn. 3) naheliegend, dass es nur um einen faktischen Rechtsmittelverzicht ging. Das ergibt sich auch aus der Stellungnahme des Instanzrichters, der dieses Vorgehen weit von einer „Absprache“ sehen will (Rn. 12, „Vielmehr erklärte der Verteidiger (...) von sich aus, (...) dass er ja Revision

³ Vgl. BT-Drs. 16/13095, S. 9 f.

⁴ Vgl. Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Wieder (Hrsg.), Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, Teil B § 302 Rn. 16.

⁵ BT-Drs. 16/13095, S. 10: „Durch den Ausschluss des Rechtsmittelverzichts wird sichergestellt, dass sich die Berechtigten in Ruhe und ohne Druck überlegen können, ob sie Rechtsmittel einlegen wollen oder nicht.“ Scheitert die Verständigung bleibt aber wohl der Verzicht möglich, v. Heintschel-Heinegg, in: KMR, 56. Ergänzunglieferung (November 2009), § 257c Rn. 64.

⁶ BGHSt 50, 40 ff. = HRRS 2005 Nr. 310. Vgl. auch den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, der noch eine qualifizierte Belehrung forderte, BT-Drs. 16/11736, S. 4.

⁷ Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl. (2010), Rn. 395e.

² Zur Auslegung allgemein T. Walter, Kleine Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 210 ff.

einlegen und diese wieder zurücknehmen könne. Ich erklärte ihm hierauf, dass es seine Sache sei, ob er dies mache; jedenfalls Gegenstand der Absprache sei es nicht.“). Das spricht für sich.

2. Rechtsfolgen

Der Senat beantwortet die Rechtsfolgenfrage knapp, ohne sie näher zu begründen. Das muss er auch nicht, weil er § 302 Abs. 1 S. 2 StPO nicht anwendet, da die Sachlage seiner Ansicht nach anders ist. Er geht davon aus, dass – für den Fall, dass die Rücknahme nur zur Umgehung erklärt wurde – nur ebendiese Rücknahme selbst unwirksam sei. Allerdings sind zwei Fälle zu unterscheiden: erstens der Fall, dass das Vorgehen Teil der Verständigung ist und zweitens der Fall, dass die Rücknahme aus eigenem Antrieb der Verteidigung folgt.

Für den zweiten Fall ist die Rücknahme unwirksam. So sieht das § 302 Abs. 1 S. 2 StPO vor.⁸ Wie mit der Einlegung des Rechtsmittels verfahren werden kann, beantwortet der Senat in seinem knappen Ausblick nicht. Es drängt sich allerdings eine Lösung auf: Auch die Einlegung muss unwirksam sein. Sie ist nämlich nur zu dem Zweck erfolgt, sie sogleich wieder zurückzunehmen, also zur Umgehung des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO. Folglich muss der Angeklagte wieder in den vorigen Stand eingesetzt werden. Denn es erscheint nicht sinnvoll, dass er kein Rechtsmittel mehr einlegen kann aufgrund des Fristablaufs, der durch einen unwirksamen faktischen Verzicht eingetreten ist.

Der erste Fall erscheint bedeutend komplizierter. Sicherlich ist auch die Rücknahme des Rechtsmittels unwirksam und die Einlegung selbst bleibt ebenso unbeachtlich; im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann erneut und wirksam ein Rechtsmittel eingelegt werden. Das sind Mindestfolgen, die dem Schutz des Angeklagten dienen. Die Mitwirkung des Gerichts an einem Rechtsmittelverzicht als Bestandteil der Verständigung wiegt aber noch schwerer. Ein Rechtsmittelverzicht darf gemäß § 257c Abs. 2 S. 1 StPO nicht Bestand-

⁸ Eschelbach, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, § 302 Rn. 21; Meyer-Gößner, StPO, 52. Aufl. (2009), Ergänzungsheft, § 302 Rn. 2.

teil einer Verständigung sein.⁹ Da aber kaum noch zu ergründen sein wird, ob die Verständigung auch ohne Rechtsmittelverzicht genauso stattgefunden hat, ist die gesamte Verständigung und zudem das auf ihr beruhende Urteil hinfällig. Weiter ist zu überlegen, ob – zumindest wenn das Gericht aktiv und bewusst gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers¹⁰ verstößt – auch § 339 StGB zu prüfen ist.

III. Fazit

Der Senat macht es sich zu leicht, nur auf die Wortlautauslegung abzustellen¹¹ und eine Umgehung ohne weitere Begründung zu verneinen. Er geht nicht darauf ein, dass das Vorgehen an sich schon eine Umgehungshandlung darstellt. Nach einer Verständigung ist ein Rechtsmittelverzicht aber immer unwirksam und die Einlegung und sofortige Rücknahme eines Rechtsmittels ist eine Umgehungshandlung, wenn sie nur zum Zweck der sofortigen Rechtskraft des auf der Verständigung aufbauenden Urteils erfolgt.¹²

Der Instanzrichter hat zumindest gut daran getan, in seiner dienstlichen Stellungnahme ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass das Vorgehen des Instanzverteidigers weder eine Idee des Gerichts war noch Bestandteil der Verständigung geworden sei.¹³ Anderenfalls wäre das gesamte Urteil fehlerhaft.

Der Ansicht des 1. Strafsenats, dass kein Verstoß gegen § 302 Abs. 1 S. 2 StPO vorliege, kann nicht gefolgt werden. Die Norm regelt alle Varianten des Verzichts, so dass sowohl der tatsächliche als auch der faktische Verzicht zu einer Unwirksamkeit führen müssen.

⁹ Eschelbach, a.a.O. (Fn. 8), § 257c Rn. 17; Velten, in: SK StPO, 64. Lieferung (Oktober 2009), § 257c Rn. 18.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 16/13095, S. 10.

¹¹ Vgl. Kier/Bockemühl, Österreichisches Anwaltsblatt, 2010/09 (im Erscheinen), III. b) (1), die von „semantisch anmutender Begründung“ sprechen.

¹² Ebenso Beulke, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 395e; Niemöller, a.a.O. (Fn. 4), § 302 Rn. 16.

¹³ V. Heintschel-Heinegg, a.a.O. (Fn. 5), § 257c Rn. 65, sieht allerdings, dass von den Gerichten in der Regel informell erwartet werden wird, dass kein Rechtsmittel eingelegt wird.

Die Beendigungsdoktrin des BGH – ein unbeendetes Kapitel

Besprechung zu BGH 5 StR 542/09 = HRRS 2010 Nr. 314 und BGH 2 StR 17/10 = HRRS 2010 Nr. 504

Von Wiss. Mit. Dominik Waszczyński, LL.M., Osnabrück

I. Einführung und Bestandsaufnahme

Mit den beiden vorliegenden Beschlüssen ergänzt der BGH seine Rechtsprechung betreffend die von ihm vertretene und spruchpraktisch angewandte sog. Beendigungsdoktrin. Ihr zur Folge kommt die Bestrafung eines Räubers und eines räuberischen Erpressers aus den Raubqualifikationen der §§ 250, 251 StGB auch nach formeller Vollendung des jeweiligen Grundtatbestands während der sog. Beendigungsphase grundsätzlich in Betracht. Den Ausgangspunkt dafür bildet die Formulierung „bei der Tat“ in § 250 II Nr. 1 und II Nr. 3 lit. a StGB bzw. „durch den Raub“ in § 251 StGB. Nach höchststrichterlichem Verständnis ist damit nämlich das gesamte Geschehen bis zur materiellen Beendigung gemeint.¹

Allerdings soll die schlichte räumlich-zeitliche Nähe zwischen vollendetem Grundtatbestand und Qualifikation nicht genügen, um eine Strafbarkeit zu begründen. Erforderlich für eine Verurteilung wegen der Verwirklichung eines Qualifikationstatbestands sei darüber hinaus, dass das Handeln des Täters weiterhin von Zueignungs- bzw. Bereicherungsabsicht getragen ist.² Dies soll namentlich dann der Fall sein, wenn der Täter mit Beutesicherungsabsicht³ oder zur Erlangung weiterer Beute⁴ handelt. Durch dieses subjektive Erfordernis erstrebt der BGH eine restriktive Handhabung der Qualifikationstatbestände in der Beendigungsphase.

Selbiger Restriktionsansatz wurde unlängst in dieser Zeitschrift auf den Prüfstand gestellt.⁵ Die drei wesentlichen Ergebnisse jener Untersuchung sollen zunächst kurz rekapituliert werden, da sie die Basis der hiesigen Darstellung bilden werden.

1. Bereits das den Ausgangspunkt der Beendigungsdoktrin bildende Verständnis „der Tat“ im eben geschilderten

¹ BGHSt 20, 194, 197; 22, 227, 229; 52, 376 = HRRS 2008 Nr. 998; 53, 234, 236 = HRRS 2009 Nr. 400.

² Vgl. BGHSt 53, 234, 236 = HRRS 2009 Nr. 400, Rn. 7 ff.

³ BGHSt 52, 376 = HRRS 2008 Nr. 998; 53, 234 = HRRS 2009 Nr. 400.

⁴ BGHSt 53, 234 = HRRS 2009 Nr. 400.

⁵ Waszczyński HRRS 2010, 111 ff.

Sinne ist mehr als fragwürdig.⁶ Insbesondere die damit einhergehenden systematischen Friktionen mit § 252 StGB sprechen dafür, nach Vollendung eines Raubes oder einer räuberischen Erpressung eine qualifizierte Bestrafung ausschließlich aufgrund dieser Norm, aber nicht mehr aufgrund von § 249 StGB oder §§ 253, 255 StGB annehmen zu können.⁷ Gleichwohl muss dieses Verständnis aber als in der Rechtsprechung gefestigt angesehen werden.⁸

2. Mit der Restriktion dieses Ausgangspunktes durch das Erfordernis der Beutesicherungsabsicht überträgt der BGH im Grunde die Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB auf die Tatbestände der §§ 249, 255 StGB.⁹ Ungeachtet der Bedenken die sich aus der Existenz des § 252 StGB gegenüber der Einstufung des Beendigungsstadiums als qualifikationstaugliche Phase und damit gegen die Beendigungsdoktrin an sich ergeben, ist dies für sich genommen sinnvoll. Denn auf diese Weise gelingt es dem BGH, nicht die Anforderungen herabzusetzen, die der Gesetzgeber, ausgedrückt durch § 252 StGB, offenbar an eine Strafbarkeit nach Vollendung gestellt sehen will.¹⁰

3. Die § 250 StGB betreffenden Entscheidungen bekennen sich eindeutig zu dem restriktiven Erfordernis einer fortbestehenden Zueignungsabsicht, insbesondere in Form der Beutesicherungsabsicht; sie etablieren es teilweise sogar explizit in den Leitsätzen.¹¹ Dagegen lässt sich aus den bisher ergangenen Entscheidungen des BGH zur Verwirklichung des § 251 StGB in der Beendigungs-

⁶ Auch die h.M. in der Literatur verhält sich demgegenüber ablehnend. Vgl. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage (2008), § 17a Rn. 20; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 12. Auflage (2010), § 9 Rn. 8; MK-Sander, Band 3 (2003), § 251 Rn. 11.

⁷ Waszczyński HRRS 2010, 111, 112 f.; vgl. auch Rengier (Fn. 6), § 9 Rn. 8.

⁸ Waszczyński HRRS 2010, 111, 113.

⁹ Waszczyński HRRS 2010, 111; so auch Dehne-Niemann ZIS 2009, 376, 378.

¹⁰ Waszczyński HRRS 2010, 111, 112.

¹¹ Vgl. BGHSt 20, 194, 197; 22, 227; 52, 376 = HRRS 2008 Nr. 998; 53, 234 = HRRS 2009 Nr. 400; BGH, 3 StR 229/08, Beschluss v. 08.07.2008, HRRS 2008 Nr. 1049.

phase nicht klar ersehen, ob selbiges Erfordernis auch hier Geltung beanspruchen soll. Die einschlägigen Judikate¹² enthalten teilweise gegenteilige Passagen; erst recht offenbaren sie kein definitives Bekenntnis dazu.

Besonders deutlich wird dies in der Entscheidung des 3. *Senats* vom 27.05.1998¹³, die einen eklatanten Widerspruch zum Erfordernis der Beutesicherungsabsicht offenbart. Dort hatte der Angeklagte auf das Opfer nach einem missglückten Raubversuch mit einem Messer in tödlicher Weise eingestochen. Obwohl der Täter also gar keine Beute hatte, die er hätte sichern können, bestätigt der BGH die Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Raubes mit Todesfolge in der Form des erfolgsqualifizierten Versuchs. Zur Begründung wird angeführt, es habe sich hier die tatbestandsspezifische Gefahr realisiert, da die vom Täter zur Ermöglichung der Wegnahme eingesetzte Gewalt unmittelbar in Handlungen überging, die „(...) die Ausschaltung des Widerstands des Opfers oder die Verhinderung seiner Flucht bezweckten.“¹⁴

In der Konsequenz seines Standpunktes müsste der BGH demgegenüber aber auch für die Erfüllung der Qualifikation gem. § 251 StGB in der Beendigungsphase fordern, dass der Täter mit Beutesicherungsabsicht handelt. Dies ergibt sich aus der Begründung des BGH, die er in dieser Ausführlichkeit erstmals in dem § 250 II Nr. 3 lit. a StGB betreffenden Urteil des 5. *Senats* vom 25.03.2009 liefert.¹⁵ Demnach sei die subjektive Restriktion der finalen Struktur der Raubtatbestände geschuldet, die es verbiete, dass eine lediglich anlässlich eines vollendeten Raubes begangene Gewalthandlung zu einer qualifizierten Bestrafung führt.¹⁶ Diese Aussage setzt also bei der Struktur der Grunddelikte an. Selbige bilden aber die gemeinsame Basis für sämtliche auf sie aufbauende Qualifikationstatbestände. Deshalb kann die Aussage des BGH also nicht auf § 250 StGB beschränkt bleiben und gilt ebenso auch für § 251 StGB.

Das Bild der Rechtsprechung ist also durch Widersprüchlichkeiten gekennzeichnet. Es ist nicht klar, ob eine subjektive Restriktion auch im Bereich des § 251 StGB vorgenommen werden soll. Außerdem steht das Erfordernis der Beutesicherungsabsicht im offenen Widerspruch zu der genannten Entscheidung des 3. *Senats*. Im Folgenden soll untersucht werden, ob die vorliegenden Beschlüsse es vermögen, diese Widersprüchlichkeiten aufzuklären. Des Weiteren wird darauf eingegangen werden, ob es im Zuge der subjektiven Restriktion überzeugt, wenn der BGH zur Betonung der finalen Struktur der Raubtatbestände es gleich setzt, ob der Täter zur Beutesicherung oder zur Erlangung weiterer Beute handelt.

¹² BGHSt 38, 295 ff.; BGH NStZ 1998, 511 ff.

¹³ Vgl. BGH NStZ 1998, 511 ff.

¹⁴ BGH NStZ 1998, 511, 512.

¹⁵ BGHSt 53, 234, 236 f. = HRRS 2009 Nr. 400, Rn. 7 ff.

¹⁶ Vgl. BGHSt 53, 234, 237 = HRRS 2009 Nr. 400, Rn. 9. Der *Senat* stützt diese für sich genommen zutreffende Aussage maßgeblich darauf, dass der Strafrahmen des § 250 II Nr. 3 lit. a StGB im Vergleich zu dem der §§ 224, 226 StGB signifikant erhöht ist. Zu der Kritik an der übrigen unter Heranziehung des § 252 StGB geführten Argumentation vgl. Waszczyński HRRS 2010, 111, 112.

II. Auswertung der Judikate

1. Der Beschluss des 5. Senats vom 25.02.2010

Der § 250 II Nr. 1 StGB betreffende Beschluss des 5. *Senats*¹⁷ bringt nichts wirklich Neues. Vielmehr beschränkt der *Senat* sich darauf, unter Anwendung der Beendigungsdoktrin deren Voraussetzungen samt der subjektiven Restriktion zu repetieren. Einziger Unterschied zu den vorherigen Entscheidungen ist, dass die Feststellung der fortbestehenden Zueignungsabsicht nicht darauf gestützt wurde, dass der Täter mit Beuteerhaltungsabsicht gehandelt hat. Stattdessen wurde darauf abgehoben, dass er mit der qualifizierenden Handlung das Ziel einer weiteren Wegnahme verfolgte. Dieser Aspekt der Entscheidung verdient allerdings in zweierlei Hinsicht eine – teils kritische – Würdigung.

Erstens offenbart er die konsequente Fortführung des Restriktionsansatzes im Rahmen der Beendigungsdoktrin in dem Sinne, wie er vom 5. *Senat* in seinem Beschluss vom 25.03.2009 proklamiert wird.¹⁸ Noch bis zu jener Entscheidung waren die Restriktionsbemühungen des BGH von einer Konzentration auf das Erfordernis der Beutesicherungsabsicht geprägt. Der Beschluss des *Senats* vom 01.10.2008 erklärte, die Verwirklichung der Qualifikation nach § 250 II Nr. 1 StGB setze eine derartige Absicht voraus.¹⁹ Auch das Judikat des 3. *Senats* vom 08.07.2008 nannte zuvor schon dieses Kriterium,²⁰ und bereits das Urteil des 4. *Senats* vom 23.08.1968 sprach davon, dass der Täter handeln müsse, um sich den Besitz der Beute zu erhalten.²¹

Von eben dieser Konzentration löste der 5. *Senat* sich mit seinem Beschluss vom 25.03.2009. Das geschah, indem er als allgemeines Kriterium der Restriktion die fortbestehende Zueignungs-/Bereicherungsabsicht etablierte und gleichzeitig klarstellte, dass er die Beutesicherungsabsicht nur als eine besondere Ausprägung derer betrachtet. Im selben Zuge wurde ferner die Absicht, weitere Beute zu erlangen, als eine ebensolche besondere Ausprägung genannt.²² Aufgrund der dem Beschluss zu Grunde liegenden Tatsachen konnte der *Leipziger Senat* nunmehr in diesem Sinne entscheidungserheblich betonen, dass auch die weitere Beuteerlangungsabsicht ein Fall fortbestehender Zueignungsabsicht sein und damit die Feststellung eines dem Verständnis des *Senats* entsprechenden Finalkonnexes zulassen soll.

Zweitens veranlasst eben genau dieses Verständnis zur Kritik. Zuzustimmen ist dem *Senat* vom Grundsatz her noch, soweit er sich bemüht, die tatsächlichen Umstände als einheitliches Geschehen zu behandeln und zu würdi-

¹⁷ BGH, 5 StR 542/09, Beschluss v. 25.02.2010, HRRS 2010 Nr. 314.

¹⁸ Vgl. BGHSt 53, 234 = HRRS 2009 Nr. 400.

¹⁹ BGHSt 52, 376 = HRRS 2008 Nr. 998.

²⁰ BGH, 3 StR 229/08, Beschluss v. 08.07.2008, HRRS 2008 Nr. 1049, Rn. 8.

²¹ BGHSt 22, 227.

²² Ähnlich schon BGHSt 20, 194, 197.

gen.²³ So ist anerkannt, sukzessive und iterative Tatbestandsverwirklichungen als eine Handlung im juristischen Sinne einzustufen.²⁴ Hätten im zu Grunde liegenden Fall der Angeklagte und sein Mittäter also mit dem Einsatz des Messers tatsächlich weitere Sachen erbeutet, wäre dies in Bezug auf das § 250 I Nr. 1 StGB erfüllende Vorgeschehen als eine Handlung anzusehen, die Angeklagten daher tatsächlich wegen § 250 II Nr. 1 StGB zu verurteilen gewesen. Denn die Bewertung als juristische Handlungseinheit erfolgt unter Einschluss sämtlicher den Tatbestand qualifizierenden und privilegierenden Abwandlungen.²⁵

a. Qualifikation ohne Grunddelikt

Im vorliegenden Fall aber kann eine entsprechende Verurteilung nicht überzeugen. Dies deshalb nicht, weil, wie sogleich aufzuzeigen sein wird, es sich dabei schließlich um die Annahme einer Qualifikation ohne Grunddelikt und damit ein dogmatisch untragbares Ergebnis handelt. Dies gründet darin, dass der *Senat* die finale Struktur der Raubdelikte unangemessen interpretiert. Diese besteht gerade in dem Konnex zwischen der Nötigung und dem Zeitpunkt der mit ihr erstrebten rechtswidrigen Vermögensverschiebung in Form der Gewahrsamerlangung. Deshalb ist es bereits fraglich, ob die der Gewahrsamerlangung nachfolgende Nötigung zum Erhalt der Beute einen derartigen Konnex noch herzustellen vermag.²⁶ Erscheint damit also das Kriterium der Beutesicherungsabsicht als fragwürdig, ist ihm doch wenigstens noch eine Bindung an das Tatobjekt immanent, welches zuvor durch die final auf seine Erlangung gerichtete Nötigung erbeutet worden ist.

Aber selbst diese Bindung gibt der *Senat* in der vorliegenden Entscheidung auf und löst sich damit letztlich vollends von dem raubtypischen Finalkonnex. So kann nämlich die Absicht, weitere Beute zu erlangen, niemals Ausdruck einer Zueignungs-/Bereicherungsabsicht bezüglich eines zuvor erlangten Gegenstandes sein. Dies wird deutlich, wenn man den Fall, den der BGH hier zu behandeln hatte, etwas variiert. Man stelle sich vor, die Täter würden sich, etwa mangels genügender Transportmöglichkeiten, außer Stande sehen, die bisher erbeuteten Dinge und die weiterhin erhofften wertvolleren Sachen gleichfalls mitzunehmen. In diesem Fall hätten sie sicherlich das Interesse an den bisher unter Realisierung des § 250 I Nr. 1 StGB erbeuteten Gegenständen verloren.

Dass damit dann aber auch der auf sie gerichtete Beendigungswille und mit ihm eine fortbestehende Zueignungsabsicht entfallen würde, liegt auf der Hand. Mit anderen Worten läge gar keine Nachtatphase vor, die man Beendigungsphase nennen könnte, da diese ja gerade dadurch konstituiert wird, dass der Täter die intendierte Zueignung weiter zu verwirklichen, eben zu beenden erstrebt.

Rauben die Täter nun die in Aussicht genommenen wertvolleren Sachen und verwirklichen sie dabei den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB, so erfolgt ihre Bestrafung nach demselben. Denn der Einsatz des gefährlichen Werkzeuges geschah im Rahmen der final auf die Wegnahme fremder beweglicher Sachen gerichteten Nötigung. Diese Strafbarkeit ergäbe sich also von dem vorherigen deliktischen Geschehen bezüglich der wertloseren Gegenstände unabhängig. Das Gesamtgeschehen würde als juristische Handlungseinheit eingestuft und mithin aus § 250 II Nr. 1 StGB verurteilt. Denkt man sich die Abwandlung nun so, dass die Wegnahme der erhofften Sachen wie im tatsächlichen Fall misslänge, könnte der BGH nur wegen versuchten besonders schweren Raubes verurteilen. Eine Annahme einer vollendeten Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB auf Basis der Beendigungsdoktrin wäre ihm mangels geeigneter Nachtatphase verwehrt. Die Verurteilung müsste deshalb wegen vollendeten schweren Raubes gem. § 250 I Nr. 1 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB mit versuchtem besonders schweren Raub gem. §§ 250 II Nr. 1, 22 StGB erfolgen.

Nimmt man diese Gedanken als Hintergrund, offenbart sich der Standpunkt des *Senats* als äußerst bedenklich. Dies erhellt, wenn man vergegenwärtigt, dass der tatsächlich vom BGH abgeurteilte Fall in seinen strukturell wesentlichen und entscheidungsrelevanten Punkten mit der eben dargelegten Variante übereinstimmt. Der einzige Unterschied ist, dass die Täter ihr Interesse an den bisher erlangten Gegenständen (Telefonkarten etc.) nicht verloren hatten und deren Zueignung materiell beenden wollten. Somit überschritten sich also die Beendigungsphase hinsichtlich der bereits erbeuteten Sachen und der Versuchsbeginn bezüglich der erhofften weiteren. Allein dieser Umstand vermag allerdings nicht den für eine Verurteilung wegen eines vollendeten besonders schweren Raubes erforderlichen Finalkonnex zu begründen. So wurde die Nötigung ebenso wie in der Variante nämlich gerade nicht in den Dienst der Beendigung bezüglich der bislang erbeuteten Sachen gestellt, sondern die Täter erstrebten nur noch die Erlangung neuer Gegenstände. Damit allerdings befindet sich in beiden Fällen die Nötigung unter Waffeneinsatz sozusagen auf einer finalen Einbahnstraße, da die nunmehr zu erlangen erstrebten Gegenstände die Finalität des Täterhandelns exklusiv binden und damit eine rückwärtige Ausrichtung auf die zuvor erlangten Sachen ausschließen. Denn beide Male kam es zu einer vollständigen Novellierung des Bezugspunktes der beabsichtigten Zueignung, deren Verwirklichung mit der Nötigung bewirkt werden sollte.²⁷ Ledig-

²³ BGH, 5 StR 542/09, Beschluss v. 25.02.2010, HRRS 2010 Nr. 314.

²⁴ Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Auflage (2009), Rn. 759 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II (2003), § 33 Rn. 10 ff. Dabei geht die Rechtsprechung klassischer Weise von einer natürlichen Handlungseinheit aus, vgl. BGH, 3 StR 387/01, Beschluss v. 18.10.2001, HRRS-Datenbank, Rn. 3 f. = BGH NStZ-RR 2002, 75; BGH, 4 StR 25/99, Beschluss v. 23.02.1999, HRRS-Datenbank, Rn. 11 = NStZ 1999, 406. In der Literatur will man dagegen auf eine tatbestandliche Handlungseinheit abstellen, vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Auflage (2009), Rn. 764 m.w.N.

²⁵ *Wessels/Beulke* (Fn. 24), Rn. 763; vgl. ferner *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 27. Auflage (2006), § 52 Rn. 23.

²⁶ *Waszczyński* HRRS 2010, 111, 112.

²⁷ Vor diesem Hintergrund zeigt sich die Absicht, weitere Beute zu erlangen, als das Gegenstück zur Beuteerhaltungsabsicht. Letztere finalisiert die Nötigungshandlung hinsichtlich der bereits erlangten Beute und bindet sie somit (einseitig) an das vollendete Grunddelikt. Freilich

lich die Gründe dafür sind unterschiedlich. In der Variante fehlt der finale Konnex hinsichtlich der bisherigen Beute, weil die Täter sich die wertloseren Sachen überhaupt nicht mehr zueignen wollten. Im vorliegenden Fall fehlt er, weil die Täter es aufgrund der Gesamtsituation als nicht erforderlich erachteten, die Nötigung zur Verwirklichung der weiterhin erstrebten Zueignung einzusetzen.

Entscheidend für die Feststellung des Finalkonnexes zwischen Nötigung und erstrebter rechtswidriger Vermögensverschiebung kann aber nicht die Frage sein, warum er nicht, sondern, ob er überhaupt vorliegt. Im Vergleich zur Variante kann nur das Hinzutreten der (fortbestehenden) Zueignungsabsicht bezüglich der bisherigen Beute an sich nicht ausreichen, um diese Frage bejahend zu beantworten und daher wegen eines vollendeten besonders schweren Raubes zu verurteilen. Denn allein die Tatsache, dass die Täter sich die Sachen weiterhin zueignen wollen, sagt nichts darüber, ob sie dies auch durch Nötigung zu erreichen streben.

Mithin lässt sich konstatieren, dass in dem hier vorliegenden Fall, den der 5. Senat zu entscheiden hatte, die den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB erfüllende Nötigungshandlung zu keinem Zeitpunkt final mit einem vollendeten Raub als notwendigem Grundtatbestand verbunden gewesen ist. Denn auf die weitere Zueignung der durch den vollendeten Raub erlangten Sachen war sie einerseits nicht gerichtet. Andererseits gelangte die Wegnahme der Gegenstände, die mit dem Waffeneinsatz erstrebt waren, nicht über das Versuchsstadium hinaus.

Wenn der 5. Senat dennoch im vorliegenden Fall wegen vollendeten besonders schweren Raubes verurteilt, beschwört er das herauf, an dem zu vermeiden ihm gelegen ist: Sachlich nicht gerechtfertigte Zufallsergebnisse. Denn auf der einen Seite behandelt er den abgeurteilten Fall anders, als er auf Grundlage der Beendigungsdoktrin die Variante behandeln müsste. Dass indes gegenüber der Variante allein die hinzugetretene Zueignungsabsicht in der Beendigungsphase eine unterschiedliche Behandlung sachlich nicht zu rechtfertigen vermag, wurde soeben dargelegt. Auf der anderen Seite geht er von einer vollendeten Qualifikation sowohl für den Fall aus, dass der Täter mit Beutesicherungsabsicht handelt oder die weitere Wegnahme gelingt, als auch für den Fall, dass sie misslingt. Wie dargestellt rechtfertigt neben der Beutesicherungsabsicht aber ausschließlich die gelungene Wegnahme weiterer Sachen die qualifizierte Bestrafung, da es im Falle des Misslingens zu jedem Zeitpunkt gerade an einem Finalkonnex hinsichtlich eines (vollendeten) Grunddelikts fehlt.

Daher erschiene eine Verurteilung wegen vollendeten schweren Raubes in Tateinheit mit versuchtem besonders schweren Raub gem. § 250 I Nr. 1, 250 II Nr. 1, 22; 52 StGB nicht, wie der 5. Senat meint, als gekünstelt. Vielmehr wäre sie im Gegenteil dazu die strukturell dogmatisch saubere Lösung.

schließen sich beide Absichten nicht gegenseitig aus. So kann ein und dieselbe Handlung sowohl dem Erhalt der bisherigen als auch der Erlangung weiterer Beute dienen.

b. Übereinstimmung mit dem Beschluss des 4. Senats vom 23.02.1999

Dass diese Sichtweise im Übrigen auch aus höchstrichterlicher Warte betrachtet nicht so ganz fernliegend ist, zeigt der Beschluss des 4. Senats vom 23.02.1999²⁸. In dem dort zu Grunde liegenden Fall hatten die Angeklagten zunächst vom Opfer im Wege einer räuberischen Erpressung dessen Armbanduhr erlangt. Anschließend hatten sie unter Einsatz eines Messers versucht, diesem Bargeld abzupressen, wozu es schließlich aber nicht kam. Das LG hatte wegen einer vollendeten schweren räuberischen Erpressung verurteilt. Dies aber bestätigte der 4. Senat nicht und kam stattdessen zu einem dem hier vertretenen entsprechenden Ergebnis.

Zunächst zeigt auch er, die Beachtung der finalen Struktur der Raubdelikte für die Urteilsfindung als elementar zu erachten, indem er feststellt, dass „dem Sachverhalt auch nicht zu entnehmen (ist), dass die Angeklagten durch den späteren Einsatz des Messers zugleich (...) auch die Beendigung der bereits vollendeten räuberischen Erpressung (...) fördern wollten“.²⁹ Vielmehr erfolge die Bedrohung mit dem Messer nur zu dem Zwecke, das Opfer zur Herausgabe von Bargeld zu bewegen.³⁰ Danach geht der 4. Senat auf das Verhältnis der einzelnen Delikte zueinander ein. Nach der Feststellung, dass die Angeklagten mit dem Messereinsatz gegenüber der vorherigen räuberischen Erpressung eigenwertiges Unrecht verwirklicht haben, gibt er zu erkennen, von einer natürlichen Handlungseinheit auszugehen.³¹ Auf dieser Grundlage hebt er das vorinstanzliche Urteil auf und erklärt, sich an der Schuldpruchumstellung auf vollendete räuberische Erpressung in Tateinheit mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung nur dadurch gehindert zu sehen, dass die Frage des Rücktritts geprüft werden müsse.³²

Auch der 4. Senat sah also eine Verurteilung wegen einer an das bisherige deliktische Geschehen anknüpfenden vollendeten Qualifikation als inadäquat an. Insbesondere die Wendung, die Angeklagten verwirklichten eigenwertiges Unrecht, macht deutlich, dass der Senat das auf das Bargeld bezogene Geschehen von dem zuvor vollendeten Delikt in der Bewertung abkoppelt. Vor diesem Hintergrund erscheint es als betrüblich, dass der 5. Senat im vorliegenden Judikat den Beschluss des 4. Senats gänzlich unerwähnt lässt.

Zusammenfassend lässt sich nach alledem sagen, dass es verfehlt ist, die Absicht, weitere Beute zu erlangen, der Beutesicherungsabsicht gleichzusetzen, um auf Basis der Beendigungsdoktrin einen Finalkonnex hinsichtlich bereits erbeuteter Sachen anzunehmen. So ist zwar die Zielsetzung des Täters, weitere Sachen zu erlangen, Aus-

²⁸ BGH, 4 StR 25/99, Beschluss vom 23.02.1999, HRRS-Datenbank= NStZ 1999, 406.

²⁹ BGH, 4 StR 25/99, Beschluss vom 23.02.1999, HRRS-Datenbank, Rn. 9.

³⁰ BGH, 4 StR 25/99, Beschluss vom 23.02.1999, HRRS-Datenbank, Rn. 9.

³¹ BGH, 4 StR 25/99, Beschluss vom 23.02.1999, HRRS-Datenbank, Rn. 10 und 11.

³² BGH, 4 StR 25/99, Beschluss vom 23.02.1999, HRRS-Datenbank, Rn. 10; Vgl. dazu auch Baier JA 2000, 12, 14 f.

druck einer Zueignungsabsicht und daher geeignet, einen Finalkonnex herzustellen. Dies kann aber immer nur hinsichtlich noch zu erlangender, nicht dagegen bezüglich bereits erlangter Gegenstände gelten.

Dadurch, dass der 5. Senat gleichwohl entsprechend der hiesigen Entscheidung eine vollendete Qualifikation annehmen will, konterkariert er endlich den eigens von ihm proklamierten Ausgangspunkt, bei der Beendigungsrechtsprechung den finalen Konnex der Raubdelikte zu betonen. So würden auch Nötigungen, die mit den bislang erbeuteten Sachen aus Sicht des Täters gar nichts mehr zu tun haben, genügen, um ihm einen subjektiv finalen Konnex zu attestieren, solange er es nur auf andere Gegenstände abgesehen hat. Letztlich werden so auch Nötigungshandlungen erfasst, die lediglich anlässlich des vollendeten Raubes vorgenommen werden.

2. Der Beschluss des 2. Senats vom 08.04.2010

Auch dieser für die amtliche Sammlung vorgesehene Beschluss³³ ist ein weiterer Stein in dem sich beim BGH entwickelnden Mosaik der Beendigungsrechtsprechung. Ausweislich des Leitsatzes schließt sich der 2. Senat der Beendigungsdoktrin in der Form an, wie sie der 5. Senat in seinem Beschluss vom 25.03.2009 proklamiert. Dementsprechend besagt der Entscheidungstext, dass die Qualifikation gem. § 250 II Nr. 3 lit. b StGB ausgeschlossen ist, wenn der Täter nach Vollendung oder Fehlschlag der Tat nicht mit der Motivation der Beutesicherung handelt.³⁴

Besondere Aufmerksamkeit verdient der Beschluss, weil er eine Antwort auf die eingangs erwähnte Frage birgt, ob die Bestrafung wegen versuchten Raubes/versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge in der Beendigungsphase unabhängig von dem raubspezifischen Finalkonnex, insbesondere bei einer beutelosen Flucht, weiterhin möglich bleiben soll. Wenngleich er auch keine ausdrückliche Antwort liefert, so liegt sie doch in einzelnen Passagen der Entscheidung verschlüsselt.

a. Friktionen mit vormaligen Judikaten des 3. Senats

Anlässlich der konkreten Umstände des Falles bestand für den 2. Senat die Gelegenheit, sich in klärender Weise zu äußern. Dennoch geraten die Ausführungen des Senats sehr knapp, wobei seine Auseinandersetzung mit vormaliger und konträrer höchstrichterlicher Rechtsprechung lückenhaft ist.

Nachdem die versuchte schwere räuberische Erpressung wegen der Verteidigungshandlungen des Opfers fehlge-

schlagen war, ging es dem Täter, als er mit seinen anschließenden Schüssen die konkrete Lebensgefährdung des Opfers i.S.d. § 250 II Nr. 3 lit. b StGB herbeiführte, nur noch darum, seine beutelose Flucht zu ermöglichen. Mit der dem hiesigen Beschluss zu Grunde liegenden Situation lag also eine solche vor, die mit derjenigen vergleichbar ist, die der 3. Senat in dem Urteil vom 27.5.1998³⁵ zu bewerten hatte.³⁶ Dort fehlte der die Raubdelikte charakterisierende finale Konnex ebenso wie in dem hier gegebenen Sachverhalt. Obwohl der 3. Senat jener Entscheidung einen Leitsatz voranstellte, der sich zu dem hier vom 2. Senat formulierten gegenteilig verhält,³⁷ erwähnt er in dem vorliegenden Beschluss das Judikat des 3. Senats mit keiner Silbe.

Indes geht er auf das ältere Urteil des 3. Senats vom 15.05.1992³⁸ ein, in dem es allerdings um einen vollendeten Raub mit Todesfolge ging. Auch dort hatte der 3. Senat wegen § 251 StGB verurteilt, obwohl der Angeklagte die tödlichen Schüsse erst auf der Flucht eingesetzt hatte. Bei der Auseinandersetzung mit jenem Urteil ist der 2. Senat allerdings sehr zurückhaltend und zieht sich im Wesentlichen darauf zurück, festzustellen, der Angeklagte sei durch die Nichterörterung des § 251 StGB nicht beschwert. Deshalb könne dahinstehen, ob an der vormaligen Rechtsprechung festzuhalten sei, soweit „Entscheidungen³⁹ des Bundesgerichtshofs zu § 251 StGB nach Raubvollendung auch dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn der Einsatz nicht mehr der Beutesicherung, sondern nur noch der „bloßen Fluchtsicherung“ dient.“⁴⁰ Soweit sich der Senat dann doch mit dem Urteil auseinandersetzt, geraten seine Ausführungen sehr knapp und leider auch unvollständig, indem sie den dem vorliegenden Beschluss gegenteiligen Charakter des Urteils etwas im Dunkeln lassen. Wenn der Senat feststellt, die Entscheidung des 3. Senats spreche nicht nur von einem Handeln zur bloßen Fluchtsicherung, sondern an anderer Stelle auch von Flucht- und Beutesicherung⁴¹, verhehlt er die damalige klare Absage des 3. Senats an das Finalitätskriterium. So formulierte dieser zur Begründung, weshalb eine Bestrafung aus § 251 StGB allein über § 252 StGB in der Beendigungsphase einer Raubtat nicht ausreichen würde, dass § 251 StGB dann „nur einen Teil der in Betracht kommenden Fälle erfassen würde, da er die Absicht zur Beuteerhaltung voraussetzt und somit bei bloßer Fluchtsicherung nicht eingreifen könnte.“⁴² Des Weiteren liest man bloß einen Absatz nach der vom 2. Senat zitierten Stelle von Gewaltanwendung seitens des Täters „zur Sicherung der Beute oder seiner Flucht“.⁴³

³³ BGH, 2 StR 17/10, Beschluss v. 08.04.2010, HRRS 2010 Nr. 504.

³⁴ BGH, 2 StR 17/10, Beschluss v. 08.04.2010, HRRS 2010 Nr. 504, Rn. 8. Zuvor gibt der Senat kurz zu erkennen, dass die von § 250 II Nr. 3 lit. a und § 250 II Nr. 1 abweichende und in § 250 II Nr. 3 lit. b enthaltene Wendung „bei der Tat“ einer Anwendung der Beendigungsdoktrin nicht entgegensteht. Vgl. BGH, 2 StR 17/10, Beschluss v. 08.04.2010, HRRS 2010 Nr. 504, Rn. 7.

³⁵ BGH NStZ 1998, 511, 512. Siehe bereits oben I. 3. Fn. 14.

³⁶ In damaligem Fall kam das Opfer allerdings tatsächlich zu Tode.

³⁷ Dort ist zu lesen, die Bestrafung gem. § 252 StGB setze keine finale Verknüpfung mit der Wegnahme voraus.

³⁸ BGHSt 38, 295 ff.

³⁹ Die Verwendung der Pluralform verwundert angesichts der eben getätigten Feststellung, dass der Senat sich nur mit einem abweichenden Urteil befasst.

⁴⁰ BGH, 2 StR 17/10, Beschluss v. 08.04.2010, HRRS 2010 Nr. 504, Rn. 9.

⁴¹ Das Wort „und“ ist im Entscheidungstext unterstrichen.

⁴² BGHSt 38, 295, 297.

⁴³ BGHSt 38, 295, 297.

Die Entscheidung verhält sich gegenüber hiesiger also gegensätzlicher, als man es aufgrund der vom *Senat* getätigten Äußerungen annehmen könnte. Dies aber hätte zumindest eine Stellungnahme in einem obiter dictum gerechtfertigt.

b. Finalkonnex auch bei § 251 StGB erforderlich

So aber ringt der *Senat* sich zu keiner ausdrücklichen Antwort durch, was die Frage der Anwendbarkeit des § 251 StGB ohne bestehenden Finalkonnex betrifft. Gleichwohl ist eine solche der Entscheidung zwischen den Zeilen zu entnehmen. Diese Antwort lautet, dass auch bezüglich § 251 StGB eine subjektive Restriktion vorzunehmen, dieser in der Beendigungsphase also nur anwendbar ist, sofern der raubspezifische Finalkonnex gewahrt ist. Das ergibt sich aus drei Aspekten.

Erstens erklärt der 2. *Senat* selbst, dass sich die bisherige Rechtsprechung bezüglich § 251 StGB zu der neuen an der Finalstruktur der Raubdelikte orientierten widersprüchlich verhält. Dass an eben dieser bisherigen Rechtsprechung festgehalten werden soll, sagt er aber gerade nicht, wenn er feststellt, dass die Frage des Festhaltens im vorliegenden Fall bloß dahinstehen könne.⁴⁴ Dass er diese Frage indes bejahen würde, liegt wegen der übrigen Fassung der Entscheidung eher fern.

Denn zweitens ist der ganze Beschluss inklusive Leitsatz wegen des ausdrücklichen Anschlusses an BGHSt 53, 234 ein Bekenntnis dazu, die finale Struktur der Raubdelikte zum entscheidenden Kriterium qualifizierter Bestrafung zu machen. Dazu passt eine Verurteilung gem. § 251 StGB im Falle der beutelosen Flucht allerdings nicht. Stattdessen spricht viel mehr dafür, die Strafbarkeit wegen dieser Qualifikation im Zuge der Beendigungsdoktrin von den gleichen Voraussetzungen abhängig zu machen, wie die Qualifikationen gem. § 250 StGB.⁴⁵

Der dritte und gewichtigste Aspekt des Beschlusses, in dem die Antwort auf die Frage hinsichtlich der Verwirklichung des § 251 StGB im Beendigungsstadium schlüsselt liegt, ergibt sich daraus, dass das Urteil die Qualifikation des § 250 II Nr. 3 lit. b StGB zum Gegenstand hat. Behandelt diese Norm nämlich die konkrete Gefährdung des Opferlebens, geht es im Vergleich zu § 251 StGB um ein Minus, ein Durchgangsstadium. Nun kann man aber an die schwächere und geringer sanktionierte Form der Rechtsgutsbeeinträchtigung keine engeren Voraussetzungen stellen, als an die intensivere. Daher lässt sich a minore ad maius schließen, dass für die Strafbarkeit aus § 251 StGB erst recht ein dem Finalkonnex genügendes Handeln erforderlich sein muss.

c. Bedeutung des gefahrenspezifischen Zurechnungszusammenhangs

Dass dafür nach oben gemachten Ausführungen im Gegensatz zu der Absicht, bereits erlangte Beute zu sichern, eine in den Dienst einer weiteren Beuteerlangung gestell-

te Nötigung nicht hinreichen kann, wenn selbige misslingt, liegt auf der Hand.⁴⁶ Denn ebenso wie bei § 250 StGB würde man ansonsten jeden Qualifikationserfolg ausreichen lassen, der bloß anlässlich des vollendeten Raubes, nicht aber durch ihn, eintritt. Dies wird bei § 251 StGB wegen des Erfordernisses des gefahrenspezifischen Zurechnungszusammenhangs sogar noch deutlicher. Will man nämlich mit der Beachtung des Finalkonnexes Ernst machen, darf auf Grundlage der Beendigungsdoktrin der für eine Bestrafung wegen eines vollendeten Raubes mit Todesfolge notwendige spezifische Zurechnungszusammenhang nur in zwei Fällen angenommen werden. Zum einen ist eine Annahme möglich, wenn die tödliche Folge während der Erfüllung des Grunddelikts gezeitigt wird, zum anderen, wenn sie nach dessen Vollendung eintritt, die Handlung aber auf den Erhalt der Beute gerichtet ist. Für den Versuch der Erfolgsqualifikation gilt dies entsprechend.

Im Falle des erfolgsqualifizierten Versuchs hingegen darf der Zurechnungszusammenhang entgegen der Entscheidung des 3. *Senats* vom 25.10.1998⁴⁷ nur angenommen werden, wenn der Erfolg durch eine Handlung zur (misslungenen) Erlangung der Beute eingetreten ist. Da nämlich die Gefahrenspezifität der Raubdelikte in der finalisierten Nötigung liegt, würde eine andere Lösung dieser Spezifität nicht gerecht. Denn dann würde man auch Gefahrrealisationen in den Tatbestand einbeziehen, die allgemein fluchtspezifisch oder womöglich spezifisch für die Verwendung einer Waffe, nicht aber für ein Raubdelikt wären.

III. Ausblick

Die Beendigungsrechtsprechung bekommt Konturen. Mit den beiden vorliegenden Entscheidungen hat sich nunmehr zu den zweien in die amtliche Sammlung aufgenommenen Urteilen des 5. *Senats* im 52. und 53. Band eine dafür vorgesehene Entscheidung des 2. *Senats* gesellt. Auch diese verfolgt die Linie des 5. *Senats* weiter, die Beachtung des Finalkonnexes als subjektive Restriktion in den Mittelpunkt der Beendigungsdoktrin zu stellen. Aufgrund der damit etablierten Marschroute darf man davon ausgehen, dass entgegen den beiden Urteilen des 3. *Senats*⁴⁸ eine Verurteilung aus § 251 StGB nicht mehr erfolgen wird, solange nicht der die Raubdelikte prägende finale Konnex gewahrt ist. Da auch der 3. *Senat* in seinem Beschluss vom 08.07.2008⁴⁹ von einem Einsatz zur Beutesicherung spricht⁵⁰, besteht die Hoffnung, dass er sich, womöglich unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Spruchpraxis, der Linie des 5. und 2. *Senats* anschließen wird.

Hat sich damit also ein Punkt im Komplex der Beendigungsdoktrin wohl geklärt, trägt der 5. *Senat* mit seinem Beschluss erneute Unklarheit in ihn hinein. Auf Grundlage des aktuellen Urteils wäre nämlich auch eine Straf-

⁴⁴ BGH, 2 StR 17/10, Beschluss v. 08.04.2010, HRRS 2010 Nr. 504, Rn. 9. Siehe auch oben II. 2. a.

⁴⁵ Dazu bereits oben I. 3.

⁴⁶ Insofern ist beachtlich, dass der *Senat* in seinem Leitsatz die Motivation der weiteren Wegnahme nicht erwähnt.

⁴⁷ BGH NStZ 1998, 511, 512.

⁴⁸ BGHSt 38, 295 ff. und BGH NStZ 1998, 511 ff.

⁴⁹ BGH, 3 StR 229/08, Beschluss v. 08.07.2008, HRRS 2008 Nr. 1049.

⁵⁰ Siehe bereits oben II. 1. und Fn. 20.

barkeit wegen vollendetem Raubes mit Todesfolge gem. § 251 StGB möglich, wenn der Täter nach vollendetem Grunddelikt vergebens handelte, um weitere Beute zu erlangen. Ob die übrigen *Senats* sich allerdings auch diesem Standpunkt anschließen werden, erscheint glücklicherweise aber zumindest fraglich. Denn der 2. *Senat* hat sich nur mit dem Aspekt der Beutesicherungsabsicht befasst, sich die Absicht weiterer Beuteerlangung betreffend also nicht unbedingt auf die Sichtweise des 5. *Senats* festgelegt. Und auch der Beschluss des 4. *Senats* vom 23.02.1999 lässt erahnen, dass er dem 5. *Senat* in diesem Punkt wohl nicht zustimmen wird.⁵¹

Mithin darf man also gespannt sein, wie sich die anderen *Senats* zu dem vom 5. *Senat* in Anschlag gebrachten Kriterium der Absicht weiterer Beuteerlangung verhalten werden. Es lässt sich also konstatieren, dass über das Ziel (subjektive Restriktion durch Betonung des Finalkonnexes) beim BGH weitgehend Einigkeit besteht. Allein über den genauen Weg muss noch nachgedacht

⁵¹ Vgl. dazu oben II 1. b.

werden. Im Rahmen dieser „Wegfindung“ sollte auch erwogen werden, die durch den Ausgangspunkt der Beendigungsdoktrin gezeitigten, oben angesprochenen, Friktionen mit § 252 StGB⁵² abzumildern. Ein gangbarer Weg wäre es, entgegen der h.M.⁵³ den Raubtatbestand für § 252 StGB nicht mehr als taugliche Vortat anzuerkennen und diese Norm im Zuge einer engen Wortlautauslegung nur noch im Nachfeld des § 242 StGB zur Anwendung zu bringen.⁵⁴ Dann würde es in der Beendigungsphase keine Überschneidungen mehr zwischen § 249 StGB und § 252 StGB geben. Damit verlören die aus den Wertungen des Letztgenannten gewonnenen Argumente gegen die Beendigungsdoktrin an sich⁵⁵ ihren Anspruch auf Geltung.

⁵² S.o. I. 2.

⁵³ Sie geht davon aus, dass wegen des enthaltenen DiebstahlsElements auch der Raub taugliche Vortat für § 252 StGB ist. Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Auflage (2010), § 252 Rn. 3 m.w.N.

⁵⁴ Ähnliches klingt bei BGHSt 38, 295, 297 an.

⁵⁵ Vgl. dazu oben I. 1. und im Einzelnen *Waszczyński* HRRS 2010, 111, 112 f.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Michael Bohlander: Principles of German Criminal Law. Studies in International and Comparative Criminal Law. Volume 2. Hart Publishing, 244 S., GBP 28,50, Cambridge 2009.

Die *principles of german criminal law* sind, soweit ersichtlich, die einzige zusammenhängende und nicht auf Einzelfragen beschränkte Darstellung zum deutschen Strafrecht in englischer Sprache. *Bohlander*, der bereits das Strafgesetzbuch in die englische Sprache übersetzt hat, versteht das Werk als Ergänzung hierzu. Es ist aber mehr als das. Die Frage, ob es sich für einen deutschen Strafrichter lohnt, *Bohlanders* Werk zu lesen, kann nahezu un-

eingeschränkt bejaht werden. Zum einen, weil die englische Sprache eine neue Perspektive auf vertraute Inhalte eröffnet. Zum anderen, weil der Vergleich mit dem angelsächsischen Strafrecht den Blick für Besonderheiten des deutschen Strafrechts schärft. Für Juristen, die deutsches Strafrecht zuweilen Personen erläutern müssen, deren Rechtsverständnis angelsächsisch geprägt ist, kann dies hilfreich sein.

Das Buch ist in insgesamt 11 Teile gegliedert. Das auf eine Einleitung folgende zweite Kapitel (*Basic Concepts and Terminology: An Overview*) enthält grundlegende Ausführungen zum deutschen Strafrecht und seinen Begrifflichkeiten. Die folgenden sieben Kapitel widmen sich

dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs. Der dreistufige Deliktsaufbau wird ebenso erläutert wie die Grundsätze des strafbaren Versuchs oder die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. *Bohlander* lässt kurze Beispiele in die Darstellung zuweilen recht trockener AT-Fragen einfließen und zitiert vergleichend aus Entscheidungen britischer Gerichte. Trotz der gestrafften und im Vergleich zu deutschen Lehrbüchern erfreulich kurzen Darstellung entsteht nicht der Eindruck, dass Informationen fehlen. Die letzten drei Kapitel behandeln mit den Delikten gegen das Leben, gegen die sexuelle Selbstbestimmung und gegen das Eigentum Straftaten aus dem Besonderen Teil des Strafgesetzbuches. Die Darstellung beschränkt sich hier im Wesentlichen auf eine Wiedergabe der einschlägigen Strafvorschriften, wobei jedoch ergänzende Erläuterungen insbesondere zum Zweck der Normen vorhanden sind. Eine detaillierte Auseinander-

setzung mit einzelnen Tatbestandsmerkmalen oder gar streitigen Fragen findet jedoch nicht statt.

Fazit: Die *principles of criminal law* sind sicherlich geeignet, Juristen anderer Rechtsordnungen grundlegende Kenntnisse des deutschen Strafrechts zu vermitteln. Für deutsche Strafrechtler sind sie interessant zu lesen und vermitteln darüber hinaus ein Gefühl für die englische Rechtsterminologie. Wünschenswert wäre – vielleicht in einem separaten Band – eine vergleichbare Darstellung zum Strafrecht BT.

RA Dr. *Markus Adick*, Bonn

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

543. BGH 3 StR 10/10 – Beschluss vom 17. Februar 2010 (LG Hannover)

Gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug: Glasreinigerspray); schwerer Raub.
§ 224 StGB; § 250 StGB

544. BGH 3 StR 105/10 – Beschluss vom 11. Mai 2010 (LG Duisburg)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

545. BGH 3 StR 106/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Oldenburg)

Strafzumessung; Totschlag in einem minder schweren Fall (allgemeine Strafzumessungsgründe; vertypete Milderungsgründe); erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Schuldunfähigkeit.
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 50 StGB

546. BGH 3 StR 125/10 – Beschluss vom 11. Mai 2010 (LG Verden)

Strafzumessung (Selbstbelastungsfreiheit).
§ 46 StGB

547. BGH 3 StR 28/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässige Revision (isolierte Verfahrensrüge); Ausschöpfung des Inbegriffs der Hauptverhandlung).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

548. BGH 3 StR 64/10 – Beschluss vom 29. April 2010 (LG Hildesheim)

Besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung (Bejahung durch die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht; bindende Einschätzung der Staatsanwaltschaft beim Tatgericht); gefährliche Körperverletzung (Strafzumessung; mehrere Modalitäten).
§ 224 StGB; § 46 StGB

549. BGH 3 StR 8/10 – Beschluss vom 4. Februar 2010 (LG Wuppertal)

Strafaussetzung zur Bewährung (Prognoseentscheidung; Verwertung bereits getilgter Eintragungen im Bundeszentralregister); besondere Umstände (Bestreiten der Tat).
§ 51 Abs. 1 BZRG; § 63 Abs. 4 BZRG; § 56 StGB

550. BGH 3 StR 91/10 – Beschluss vom 7. April 2010 (LG Düsseldorf)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung).
§ 64 StGB; § 261 StPO

551. BGH 3 StR 131/09 – Beschluss vom 11. August 2009

Unbegründete Anhörrungsrüge.
§ 356a StPO

552. BGH 3 StR 157/10 – Beschluss vom 15. Juni 2010 (LG Kleve)

Konfrontationsrecht (Fragerecht; ausbleibende Befragung eines Mitangeklagten; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Fairness des Verfahrens im Ganzen).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

553. BGH 3 StR 167/10 – Beschluss vom 1. Juni 2010 (LG Krefeld)

Aufklärungshilfe (milderes Gesetz).

§ 2 Abs. 3 StGB; § 31 BtMG

554. BGH 3 StR 239/09 – Beschluss vom 14. Juli 2009 (LG Aurich)

Sexueller Missbrauch von Kindern; sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen.

§ 174 StGB; § 176 StGB

555. BGH 3 StR 314/09 – Urteil vom 29. April 2010 (LG Kiel)

BGHSt; Bankrott (Beiseiteschaffen von Vermögenswerten; teleologische Reduktion; Zugrifferschwerung von erheblichem Gewicht; ultima-ratio-Charakter des Strafrechts; Fall Mobilcom); Vollstreckungsvereitelung; Zugriff auf Vermögenswerte in Liechtenstein; drohende Zahlungsunfähigkeit.

§ 283 Abs. 1 StGB; § 288 StGB; § 18 Abs. 2 InsO; § 97 InsO; § 98 InsO

556. BGH 3 StR 327/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (OLG Düsseldorf)

Erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts (Bestimmung und Eignung der Tat, die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen); „Kofferbomber“.

§ 120 Abs. 2 GVG

557. BGH 3 StR 332/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Kleve)

Eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts (zutreffend ermittelter, vollständiger und aktueller Strafzumessungssachverhalt).

Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 354 Abs. 1a StPO

558. BGH 3 StR 350/09 – Urteil vom 24. September 2009 (LG Kiel)

Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft.

§ 349 Abs. 5 StPO

559. BGH 3 StR 437/09 – Beschluss vom 17. November 2009 (LG Oldenburg)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation); Verschlechterungsverbot nach Rückverweisung durch das Revisionsgericht.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 358 Abs. 2 StPO

560. BGH 3 StR 494/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Mönchengladbach)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Bemessung der Kompensation durch das Revisionsgericht; bloßer Ausspruch im Tenor).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

561. BGH 3 StR 497/09 – Urteil vom 28. Januar 2010 (LG Verden)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 5 StPO

562. BGH 3 StR 500/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Oldenburg)

Betrug (Irrtum und Täuschung bei einer Tat in einem arbeitsteilig tätigen Unternehmen).

§ 263 Abs. 1 StGB

563. BGH 3 StR 528/08 – Beschluss vom 7. Januar 2009 (LG Lüneburg)

Diebstahl (Zueignungsabsicht: bloße Absicht des Gebrauchs als Tatmittel); Strafzumessung.

§ 242 StGB; § 46 StGB

564. BGH 3 StR 542/08 – Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Düsseldorf)

Räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht: entgegenstehende Ansprüche des Täters, Erleichterung der Durchsetzung bestehender Forderungen).

§ 253 StGB; § 255 StGB

565. BGH 3 StR 552/08 – Beschluss vom 20. Oktober 2009

Unbegründete Anhörungsrüge (überraschende Rechtsansicht).

§ 356a StPO

566. BGH 3 StR 561/08 – Beschluss vom 13. Januar 2009 (LG Kleve)

Aufklärungshilfe (Erörterung einer Strafmilderung; eigenständige Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage).

§ 31 Abs. 1 BtMG

567. BGH 3 StR 592/08 – Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Verden)

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlender Vortrag eines rechtmäßigen Rechtsmittelziels; Gesetzesverletzung).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

568. BGH 5 StR 117/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Berlin)

Minder schwerer Fall des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Prüfungsreihenfolge).

§ 30a Abs. 3 BtMG; § 21 StGB; § 49 StGB

569. BGH 5 StR 144/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (LG Lübeck)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Rechtsfolgenentscheidung durch das Revisionsgericht.

§ 154 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

570. BGH 5 StR 161/10 – Beschluss vom 17. Mai 2010 (LG Hamburg)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung).

§ 400 StPO; § 66 StGB

571. BGH 5 StR 164/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Görlitz)

Schuldunfähigkeit (Berechnungsfehler; Beruhen).
§ 20 StGB; § 337 StPO

572. BGH 5 StR 201/10 – Beschluss vom 1. Juni 2010 (LG Berlin)

Gesamtstrafenbildung (Erörterungsmangel; Beruhen).
§ 46 StGB; § 54 StGB; § 337 StPO

573. BGH 5 StR 51/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Berlin)

BGHSt; verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten durch getarnten Polizeibeamten (Untersuchungshaft); Zwangseinwirkung (Nötigung); Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren; Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur se ipsum accusare; Verdeckter Ermittler; obligatorisches Beweisverwertungsverbot bei Aussagezwang; Täuschungsverbot).
§ 110a StPO; § 136 StPO; § 136a StPO; § 161 StPO; § 163 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 110a StPO; § 240 StGB

574. BGH 5 StR 64/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (LG Dresden)

Unbegründete Revision; Teilfreispruch; Erschöpfung der Anklage.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 260 StPO

575. BGH 5 StR 217/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (LG Berlin)

Härteausgleich (Strafzumessung; Vollstreckungsmodell); Beruhen.
§ 54 StGB; § 51 StGB; § 337 StPO

576. BGH 5 StR 518/09 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG Hamburg)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Verfahrensrüge; Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen); Verfall (Vorrang der Geschädigtenansprüche auch gegenüber der Einziehung).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 73 StGB; § 74 StGB

577. BGH GSSt 1/09 – Beschluss vom 21. April 2010 (5. Strafsenat)

BGHSt; Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen; notwendige Anwesenheit des Angeklagten; Vorlageverfahren; Anwesenheitsrecht; rechtliches Gehör; Konfrontationsrecht; angemessene Verteidigung; faires Verfahren; Heilung (Verzicht auf weitere Befragung des Zeugen).
§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 132 GVG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK

578. BGH StB 29/09 – Beschluss vom 18. Juni 2009 (OLG München)

Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (Resozialisierung; Berufsausbildung; neuerliche geringfügige Straffälligkeit).
§ 26 Abs. 1 Nr. 1 JGG

579. BGH 1 StR 111/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG München II)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Tenorierung; Konkurrenzen; Bruttolohn; milderes Gesetz); Betrug (Täuschung durch Unterlassen; Irrtum).

§ 266a StGB; § 263 StGB; § 13 StGB; § 28a SGB IV; § 2 Abs. 3 StGB

580. BGH 1 StR 141/10 – Beschluss vom 8. Juni 2010 (LG Berlin)

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

581. BGH 1 StR 148/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Augsburg)

Störung des öffentlichen Friedens (Eignung; Öffentlichkeit; Tatbegehung gegenüber öffentlichen Stellen); Vortäuschen einer Straftat.
§ 126 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 145d StGB

582. BGH 1 StR 40/10 – Urteil vom 11. Mai 2010 (LG Aschaffenburg)

Rechtsfehlerfrei abgelehnte Anordnung der Unterbringung in der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose; Rückfallgefahr; Beurteilungsspielraum; neue Tatsachen).
Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 66b Abs. 2 StGB

583. BGH 1 StR 49/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Traunstein)

Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen (unvereinbares Prozessverhalten: anfängliches Leugnen, den Auslandszeugen / Tatverdächtigen zu kennen).
Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO

584. BGH 1 StR 59/10 – Beschluss vom 25. Mai 2010 (LG Bayreuth)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Messer; minder schwerer Fall; mögliche Bewertungseinheit: Entscheidungskompetenz des Tatrichters, erforderliche Feststellungen).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BtMG; § 52 StGB; § 354 StPO

585. BGH 1 ARs 6/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (BGH)

Ausspähen von Daten (Skimming; im regulären Handel erhältliche Software); redaktioneller Hinweis.
§ 202a StGB

586. BGH 1 StR 78/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (BGH)

Entscheidungsberichtigung.
§ 260 StPO

587. BGH 1 StR 158/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Augsburg)

Betrug; Beschränkung der Strafverfolgung.
§ 263 StGB; § 154a StPO

588. BGH 1 StR 181/10 – Beschluss vom 8. Juni 2010 (LG Ingolstadt)

Darlegungsanforderungen an die Rüge der Verletzung des § 244 Abs. 5 StPO; Beruhen; gebotene Revisionsgenerklärung.

§ 244 Abs. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 StPO;
§ 347 Abs. 1 Satz 2 StPO

589. BGH 1 StR 186/10 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG Traunstein)

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

590. BGH 1 StR 187/10 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (LG Stuttgart)

Rüge der unterbliebenen Urteilsberatung (Wiedereintritt in die Verhandlung; ausnahmsweise mangelndes Beruhen); Sicherungsverwahrung (Hang).
§ 66 StGB; § 260 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

591. BGH 1 StR 210/10 – Beschluss vom 11. Mai 2010 (LG München I)

Lauf der Frist für die Begründung der eingelegten Revision (wirksame Zustellung; Heilung).
§ 345 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 189 ZPO

592. BGH 1 StR 219/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

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

593. BGH 1 StR 222/10 – Beschluss vom 8. Juni 2010 (LG Marburg)

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

594. BGH 1 StR 577/09 – Beschluss vom 28. Juni 2010 (BGH)

Berichtigungsbeschluss; strafbefreiende Selbstanzeige.
§ 371 AO

595. BGH 1 StR 644/09 – Beschluss vom 29. April 2010 (LG Hof)

Umsatzsteuerhinterziehung; rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen (Abgrenzung vom Beweisermittlungsantrag; Individualisierung des Zeugen; „Unwahrunterstellung“; Begründung).
§ 370 AO; § 244 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 5 Satz 2 StPO

596. BGH 2 StR 102/10 – Urteil vom 19. Mai 2010 (LG Darmstadt)

Strafmilderung infolge einer Aufklärungshilfe (sichere Grundlage für den Tatnachweis; Aufklärungsmotivation); Strafzumessung (Milderung infolge erlittener Untersuchungshaft; erhöhte Haftempfindlichkeit wegen Trennung von der in Deutschland lebenden Familie).
§ 31 BtMG aF; § 46 StGB

597. BGH 2 StR 2/10 – Beschluss vom 10. Juni 2010 (LG Gera)

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

598. BGH 2 StR 46/10 – Urteil vom 12. Mai 2010 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung beim Freispruch vom Vorwurf des Mordes aus niedrigen Beweggründen; keine Wahlfeststellung zwischen der Beteiligung an einem

Tötungsdelikt und einer Strafvereitelung zu Gunsten möglicher anderer Täter dieses Delikts.

§ 1 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 258 StGB; § 261 StPO

599. BGH 2 StR 48/10 – Urteil vom 26. Mai 2010 (LG Bad Kreuznach)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Sichverschaffen kinderpornographischer Schriften (verdrängter Besitz kinderpornographischer Schriften); rechtsfehlerfreies Absehen von der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei Pädophilie (schwere andere seelische Abartigkeit; Persönlichkeitsstörung; Umgang mit Sachverständigengutachten; eigene Sachkunde).

§ 176 StGB; § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB; § 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

600. BGH 2 ARs 53/10 2 AR 33/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (AG Merzig)

Unzweckmäßige Abgabe der Sache.
§ 42 JGG

601. BGH 2 StR 78/10 – Beschluss vom 10. Juni 2010 (LG Fulda)

BGHR; Sinn des Beschlusserfordernis in § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO (Beruhen; Unmittelbarkeit; Aufklärungspflicht); erweiterter Urkundsbeweis.

§ 251 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO

602. BGH 2 ARs 8/10 2 AR 7/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (AG Rendsburg; AG Recklinghausen)

Zuständigkeitsstreit (gemeinsames oberes Gericht; Abgabe an das Wohnsitzgericht).
§ 42 Abs. 3 Satz 2 JGG

603. BGH 2 ARs 107/10 2 AR 58/10 – Beschluss vom 8. Juni 2010 (BGH)

Anhörungsrüge.
§ 33a StPO

604. BGH 2 StR 146/10 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (LG Bonn)

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

605. BGH 2 StR 146/10 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (LG Bonn)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Angabe des Revisionsziels; Gesetzesverletzung).
§ 400 Abs. 1 StPO; § 80 Abs. 3 JGG

606. BGH 2 ARs 157/10 2 AR 88/10 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (AG Remscheid; AG Betzdorf)

Unzweckmäßige Abgabe der Sache
§ 42 Abs. 3 JGG

607. BGH 2 StR 171/10 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (neue Tatsache).
Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 66b Abs. 2 StGB

608. BGH 2 StR 181/10 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (LG Aachen)

SchuldSpruchänderung (Aufrechterhaltung des Strafausspruchs).

§ 354 StPO; § 337 StPO

609. BGH 2 ARs 196/10 2 AR 112/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (AG Aachen; LG Düsseldorf)

Verbindung durch das gemeinschaftliche obere Gericht; erforderlicher Neubeginn der Hauptverhandlung nach Verfahrensverbindung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot in Haftsachen).

Art. 6 EMRK; Art. 5 Abs. 3 EMRK; § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 3 StPO; § 266 StPO; § 264 StPO

610. BGH 2 StR 201/10 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei krankhafter Alkoholsucht oder krankhafter Alkoholüberempfindlichkeit.

§ 63 StGB

611. BGH 2 StR 207/10 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

612. BGH 2 StR 226/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

613. BGH 2 StR 230/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

614. BGH 5 StR 239/10 – 19. Juli 2010 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

615. BGH 2 StR 245/10 – Beschluss vom 23. Juni 2010 (LG Trier)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

616. BGH 2 StR 246/10 – Beschluss vom 10. Juni 2010 (LG Marburg)

Voraussetzungen des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln (Eigenbesitzer; Fremdbesitzer).

§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG

617. BGH 2 StR 263/10 – Beschluss vom 26. Mai 2010 (LG Aachen)

Einstellung eines Verfahrens über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach Verbüßung der Strafe aus der Anlassverurteilung vor der Stellung des Antrags der Staatsanwaltschaft (Verfahrenshindernis; Rückwirkungsverbot).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 7 EMRK; § 66b StGB; § 275a StPO; § 206a StPO; Art. 1a Satz 3 EGStGB

618. BGH 2 StR 267/10 – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Limburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

619. BGH 2 StR 277/10 – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

620. BGH 2 StR 278/09 – Urteil vom 19. Mai 2010 (LG Köln)

Versuchter Totschlag (Rücktritt; individuelle Unterscheidung des fehlgeschlagenen, des unbeendeten und des beendeten Versuchs: maßgeblicher Rücktrittshorizont); Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz (Eventualvorsatz; dolus eventualis); Nebentäterschaft durch Unterlassen (Mittäterschaft; Beihilfe); wissentliche schwere Körperverletzung.

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Var. 1 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

621. BGH 2 StR 525/09 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

622. BGH 2 StR 548/09 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

623. BGH 2 StR 554/09 – Beschluss vom 9. Juni 2010 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

624. BGH 4 StR 72/10 – Beschluss vom 5. Mai 2010 (LG Halle/Saale)

Zueignungsabsicht; schwerer vollendeter Bandendiebstahl; fehlgeschlagener Versuch.

§ 242 StGB; § 244 StGB; § 22 StGB

625. BGH 4 StR 79/10 – Beschluss vom 1. Juni 2010 (LG Schwerin)

Unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Urteilszustellung an den Pflichtverteidiger: erfolgreiche formlose Übersendung einer Abschrift an den Angeklagten kein Wirksamkeitserfordernis).

§ 44 StPO; § 145a Abs. 1 StPO

626. BGH 4 StR 92/10 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Bielefeld)

Wahlfeststellung zwischen besonders schwerem sexuellem Missbrauch einer Widerstandsunfähigen und besonders schwerer Vergewaltigung sowie wegen unerlaubter Überlassung von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch an eine Minderjährige.

Vor § 1 StGB; § 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1, Abs. 7 StGB; § 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 2a StGB

627. BGH 4 StR 104/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Detmold)

Strafrahmenwahl bei der Vergewaltigung (Gesamtwürdigung bei der Begründung eines besonders schweren Falles über ein Regelbeispiel).

§ 177 Abs. 2, Abs. 5 StGB; § 46 StGB

628. BGH 4 StR 108/10 – Beschluss vom 6. Mai 2010 (LG Detmold)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

629. BGH 4 StR 117/10 – Beschluss vom 11. Mai 2010 (LG Zweibrücken)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Rüge einer unzulässigen Tatprovokation; Quantensprung); Wiedereinsetzung zur Anbringung einer Verfahrensrüge.

Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 44 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

630. BGH 4 StR 126/10 – Urteil vom 17. Juni 2010 (LG Bochum)

BGHSt; Anordnung des Verfalls oder des Verfalls des Wertersatzes gegen Jugendliche oder Heranwachsende (Ausschluss der Geldstrafe; Entreicherung; Bruttoprinzip; Härtefälle); Beschränkung der Revision.

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 2 Abs. 2 JGG; § 6 JGG; § 8 Abs. 3 JGG; § 344 Abs. 1 StPO

631. BGH 4 StR 126/10 – Beschluss vom 17. Juni 2010 (LG Bochum)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Entscheidung über die Frage der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; Drogenkonsum).

§ 64 StGB

632. BGH 4 StR 132/10 – Beschluss vom 5. Mai 2010 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

633. BGH 4 StR 136/10 – Beschluss vom 11. Mai 2010 (LG Dessau-Roßlau)

Aufhebung von Einzelstrafen und Einstellungen des Verfahrens hinsichtlich einzelner Taten (Aufhebung des Gesamtstrafausspruchs).

§ 354 StPO

634. BGH 4 StR 98/10 – Beschluss vom 6. Mai 2010 (LG Magdeburg)

Geldfälschung (Strafzumessung beim Einsatz eines V-Mannes; Strafmilderung; Tatprovokation; Provokation zur Aufrechterhaltung der Tatverabredung).

Art. 6 EMRK; § 146 StGB; § 46 StGB

635. BGH 4 StR 139/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Essen)

BGHR; Tateinheit zwischen dem schweren sexuellen Missbrauch eines Kindes nach Abs. 1 und nach Abs. 2; Voraussetzungen der Rückfallklausel.

§ 176a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB

636. BGH 4 StR 151/10 – Beschluss vom 15. Juni 2010 (LG Rostock)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

637. BGH 4 StR 156/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Paderborn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

638. BGH 4 StR 169/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Saarbrücken)

Darlegung der Voraussetzungen der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 63 StGB

639. BGH 4 StR 170/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Drogenkonsum seit dem neunten Lebensjahr; dargelegte Ermessensausübung).

§ 64 StGB

640. BGH 4 StR 173/10 – Beschluss vom 15. Juni 2010 (LG Rostock)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

641. BGH 4 StR 182/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Essen)

Voraussetzungen der Tatmehrheit bei der Untreue (natürliche Handlungseinheit).

§ 53 StGB; § 266 StGB

642. BGH 4 StR 197/10 – Beschluss vom 1. Juli 2010 (LG Rostock)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

643. BGH 4 StR 208/10 – Beschluss vom 1. Juni 2010 (LG Rostock)

Voraussetzung der Einheitsjugendstrafe (Einbeziehung früherer Verurteilungen).

§ 31 Abs. 2, Abs. 3 JGG

644. BGH 4 StR 219/10 – Beschluss vom 8. Juni 2010 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

645. BGH 4 StR 225/10 – Beschluss vom 8. Juni 2010 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

646. BGH 4 StR 497/09 – Beschluss vom 16. März 2010 (LG Bielefeld)

Bandendiebstahl (Voraussetzungen der Bande; Feststellung; Bandenabrede; Täterschaft und Teilnahme in Abgrenzung zur Bandenmitgliedschaft); erweiterter Verfall

(Feststellungen; entgegenstehende Ansprüche der Verletzten).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 25 StGB; § 73d StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

647. BGH 4 StR 552/09 – Beschluss vom 1. Juni 2010 (LG Halle)

Unzulässige erneute Revision
§ 349 StPO

648. BGH 4 StR 577/09 – Beschluss vom 12. Mai 2010 (LG Saarbrücken)

Zurücktreten der nachträglichen Sicherungsverwahrung hinter das Rückwirkungsverbot gemäß Art. 7 EMRK (konventionskonforme Auslegung; völkerrechtsfreundliche Auslegung).

Art. 7 EMRK; Art. 46 EMRK; § 66b StGB; § 2 Abs. 6 StGB

649. BGH 4 StR 635/09 – Beschluss vom 21. April 2010 (LG Essen)

Konkurrenzen (Voraussetzungen der Tatmehrheit; natürliche Handlungseinheit; Maßgeblichkeit der Handlung des jeweiligen Tatbeteiligten).

§ 53 StGB; § 52 StGB

650. BGH 4 StR 657/09 – Beschluss vom 1. Juni 2010 (LG Bochum)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht
§ 302 Abs. 1 StPO

651. BVerfG 2 BvR 1023/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Juli 2010 (OLG Celle/LG Hildesheim)

Menschenwürde (gerichtliche Überprüfung menschenunwürdiger Hafttraumunterbringung); Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz (Effektivität; Fortsetzungsfeststellungsinteresse); Rechtsbeschwerde (Fortbildung des Rechts; Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 116 Abs. 1 StVollzG

652. BVerfG 2 BvR 1046/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2010 (LG Nürnberg-Fürth/AG Schwabach)

Einfachrechtlicher Richtervorbehalt (Blutentnahme; Gefahr im Verzug; nichtrichterliche Anordnung; Dokumentation der Anordnungsvoraussetzungen); Wohnungsdurchsuchung (Richtervorbehalt; Entbehrlichkeit einer Dokumentation bei offenkundiger Dringlichkeit); nachträgliche gerichtliche Überprüfung (eigenverantwortliche Prüfung); Verwertungsverbot.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 102 StPO; § 81a Abs. 1 StPO, § 81a Abs. 2 StPO, § 81a Abs. 3 StPO

653. BVerfG 2 BvR 3044/09 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2010 (LG Traunstein/AG Traunstein)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchungsanordnung (Tatverdacht; bloße Mutmaßungen; nachträgliche verdachtsbegründende Tatsachen); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

654. BVerfG 2 BvR 571/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2010 (LG Baden-Baden/BGH)

Vorläufige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (keine Entlassung aus der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach dem Urteil EGMR M. v. Deutschland); BGH 1 StR 595/09.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 32 BVerfGG; § 66b Abs. 2 StGB

655. BVerfG 2 BvR 759/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2010 (Brandenburgischen OLG/AG Potsdam)

Informationelle Selbstbestimmung im Ordnungswidrigkeitenverfahren; Geschwindigkeitskontrolle im öffentlichen Straßenverkehr (geeichte Messeinrichtung; verdachtsabhängiges Anfertigen eines Messfotos).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 100h Abs. 1 Satz 1 StPO; § 101 StPO; § 46 Abs. 1 OWiG