

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede
Juniorprofessor für deutsches und
europäisches Strafrecht
und Strafverfahrensrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. 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
Klaczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.
Hans Kudlich (Univ. Erlangen-
Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank
Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo
Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf
Neuhaus (Dortmund); RA Markus
Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke
Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr.
Frank Saliger (Bucerius Law School
Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling,
(Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph
Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-
Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof.
Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

RA *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg – **Festschreibung von Beweisergebnissen der tatgerichtlichen Hauptverhandlung für die strafprozessuale Revision - ein Mythos?** S. 461

RA *Dirk Wüstenberg*, Offenbach a.M. – **Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden?** Konsequenzen der Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG für die Strafverteidigung S. 471

Dr. *Sascha Ziemann*, RiLG Dr. *Jörg Ziethen*, Frankfurt a.M. – **Die Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB) im Spannungsverhältnis von Gefahrenabwehr und Selbstbelastungsfreiheit** Zugl. Besprechung zu BGH HRRS 2010 Nr. 494 S. 477

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

- BVerfG **Achtung der völkerrechtlichen Pflicht zur Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand**
- BVerfG **Verfassungswidrige Durchsuchung einer Anwaltskanzlei**
- EGMR *(Uzun vs. Deutschland)* **GPS-Überwachung im Strafverfahren**
- BGHSt **Beihilfe zur Untreue durch die Führung einer schwarzen Kasse im Ausland bei GmbH und AG**
- BGHR **Starke Erhöhung der Einsatzstrafe bei der Gesamtstrafenbildung**
- BGHR **Diebstahl im besonders schweren Fall durch Verwendung des für ein schützendes Behältnis vorgesehenen Schlüssels**
- BGH **Einsatz von Scheinwaffen bei der räuberischen Erpressung**
- BGH **Kein Vertrauensschutz bei informellen Absprachen im Gegensatz zu formellen Verständigungen**
- BGH **Verwertung eines heimlich aufgenommenen Privatgesprächs**
- BGH **Beweisantrag aufs Geratewohl**
- BGH **Meistbegünstigungsgrundsatz und Zeitgesetze bei der Hinterziehung von Antidumpingzöllen**

Die Ausgabe umfasst 109 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

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede
Juniorprofessor für deutsches und europäisches Strafrecht
und Strafverfahrensrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. Karsten Gaede, Dr. 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 Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt 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, Oktober 2010, Ausgabe

10

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

885. EGMR Nr. 35623/05 – Urteil vom 2. September 2010 (Uzun vs. Germany)

Recht auf Achtung des Privatlebens (Datenschutz; GPS-Überwachung; Observation; Verhältnismäßigkeit; Totalüberwachung; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Fernmeldegeheimnis; Antiimperialistische Zellen [AIZ]); gesetzliche Grundlage (Vorhersehbarkeit; Richtervorbehalt; richterliche Auslegung und Rechtsfortbildung; Gesetzmäßigkeitsprinzip); Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Ausschöpfung von Rechtsmitteln; Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht).

Art. 8 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 35 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG; Art. 10 GG; § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b StPO aF; § 163f Abs. 4 StPO

1. Die planvolle GPS-Überwachung und die diesbezügliche Speicherung und Verwendung von Daten stellt einen

Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäß Art. 8 EMRK dar.

2. Ein solcher Eingriff kann auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen, das den Interessen der nationalen Ordnung und Sicherheit, der Verbrechensverhütung und des Schutz der Opferrechte im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK dient, auch wenn es keinen präventiven Richtervorbehalt aufstellt, sondern lediglich eine nachträgliche Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Legalität des Einsatzes und der erlangten Beweismittel besteht.

3. Die Unterwerfung eines Bürgers unter mehrere heimliche Überwachungsmaßnahmen verschiedener staatlicher Behörden stellt einen tiefer greifenden Eingriff dar, der einer höheren Rechtfertigungslast unterliegt. Die Anwendung des erst nach dem Scheitern anderer Ermittlungsmethoden angeordneten GPS-Einsatzes auf Ange-

hörige der „Antiimperialistischen Zellen“ war jedoch trotz der eingesetzten weiteren heimlichen Überwachungsmethoden zweier staatlicher Sicherheitsbehörden angesichts der hiermit verfolgten Aufklärung schwerster Straftaten noch verhältnismäßig und keine Totalüberwachung.

4. Zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK und Art. 7 EMRK.

779. BVerfG 2 BvR 2485/07, 2 BvR 2513/07, 2 BvR 2548/07 – Beschluss vom 8. Juli 2010 (LG Hamburg, BGH)

Verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein faires Verfahren (Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand; Verwertungsverbot; Abwägungslösung); Berücksichtigung von Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs (erkennbare Auseinandersetzung; Begründung von Abweichungen; Maßstab für eine verfassungsrechtliche Berücksichtigungspflicht); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (verfassungsrechtliche Substantiierungsanforderungen); BGH 5 StR 116/01 und 5 StR 475/02.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 36 Abs. 1 lit. b und c WÜK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 337 StPO; § 92 BVerfGG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG

1. Das Grundgesetz legt die deutsche öffentliche Gewalt programmatisch auf die internationale Zusammenarbeit (Art. 24 GG) und die europäische Integration (Art. 23 GG) fest und bindet sie darüber hinaus an das Völkervertrags- (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG) und Völkergewohnheitsrecht (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 25 GG). Es ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, dass dieses nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht. Hieraus ergibt sich eine verfassungsunmittelbare Pflicht der deutschen Gerichte, einschlägige Judikate der für Deutschland zuständigen internationalen Gerichte zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Dies gilt auch für die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs auf dem Gebiet des Konsularrechts.

2. Inhaltlich bedeutet die Pflicht, die einschlägigen Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs zu berücksichtigen, dass sich die Fachgerichte mit seinen Ausführungen auseinandersetzen und gegebenenfalls abweichende eigene Auffassungen offenlegen müssen. In einem Abweichensfall muss dargelegt werden, warum Grundrechte Dritter oder sonstige Verfassungsbestimmungen ein Abweichen erforderlich machen (vgl. bereits BVerfGK 9, 174, 195 f.; BVerfGE 111, 307, 329).

3. Für die verfassungsrechtliche Berücksichtigungspflicht ist es von zentraler Bedeutung, dass das Fachgericht offenlegt, die einschlägige völkerrechtliche Judikatur zur Kenntnis genommen und sich mit ihr auseinandergesetzt zu haben. Geht es dann um die Frage, ob ein Fachgericht einer Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs auch den richtigen Inhalt beigegeben hat, kann ein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Berücksichti-

gungspflicht nur bei einer erkennbar fehlerhaften Rezeption angenommen werden.

4. Das faire Verfahren wird nicht nur durch die Normen der Strafprozessordnung, sondern auch durch völkervertragsrechtliche Vorschriften ausgestaltet. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen völkerrechtliche Verträge wie das Wiener Konsularrechtsübereinkommen, denen die Bundesrepublik Deutschland durch Zustimmungsgesetz beigetreten ist, nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG im Range eines Bundesgesetzes (vgl. BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 317). Diese Rangzuweisung führt in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG dazu, dass deutsche Gerichte das anwendbare Völkervertragsrecht wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben (vgl. nur BVerfGE 111, 307, 317).

5. Da nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs im Fall *Avena* u.a. (= HRRS 2004 Nr. 342) im Rahmen der Überprüfung und Neubewertung von Schuldspruch und Strafausspruch in jedem Einzelfall untersucht werden muss, ob dem Betroffenen aus dem Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 WÜK im weiteren Verfahrensverlauf ein Nachteil entstanden ist, reicht es nicht aus, die Frage eines Beweisverwertungsverbotes allein unter dem Aspekt der Schutzrichtung der konsularrechtlichen Belehrung zu erörtern. Möglich ist jedoch eine Abwägung zwischen den Interessen des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse entsprechend der verfassungsrechtlich unbedenklichen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu nicht speziell geregelten Beweisverwertungsverböten (vgl. zu Verstößen gegen Belehrungspflichten BGHSt 47, 172 173 ff.; BGH NStZ-RR 2006, 181, 182; NStZ 2006, 236, 237; NStZ 2009, 281 f.).

5. An der festgestellten Grundrechtsverletzung vermag die Kompensationslösung auf der Strafvollstreckungsebene, die der Bundesgerichtshof gewählt hat, um den Völkerrechtsverstoß im innerstaatlichen Recht nicht ohne jede Konsequenz sein zu lassen, nichts zu ändern. Ob eine hinreichende Kompensation des Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b Satz 3 WÜK auf der völkerrechtlichen Ebene im Einzelfall in der Lage sein könnte, den Verstoß gegen das Grundrecht auf ein faires Verfahren durch die fehlende Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs bei der Auslegung und Anwendung des Konsularrechtsübereinkommens auszuräumen, bleibt offen.

6. Die Auffassung, eine Verletzung des Belehrungsrechts aus dem Wiener Konsularrechtsübereinkommen betreffe nicht den Rechtskreis eines Mitbeschuldigten, für den das Belehrungsrecht selbst nicht gilt, ist aus dem Blickwinkel des Willkürverbotes (Art. 3 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

7. Ob die Dauer eines Strafverfahrens noch angemessen ist, muss nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden. Dies erfordert es, dass ein Beschwerdeführer bei einer entsprechenden Rüge nicht nur

Angaben zur Verfahrensdauer, sondern auch substantiierte Ausführungen dazu macht, aus welchen Gründen diese Verfahrensdauer nach den konkreten Umständen des Verfahrens als unverhältnismäßig lang angesehen werden muss.

778. BVerfG 2 BvR 223/10 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. August 2010 (LG Münster)

Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Unverletzlichkeit der Wohnung; Beschlagnahme (Akten; E-Mail-Verkehr); besonders sorgfältige richterliche Prüfung des Tatverdachts); Unterstützung einer missbräuchlichen Asylantragstellung; Verhältnismäßigkeit (Nutzung weiterer Aufklärungsmöglichkeiten vor Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei bei sehr vagem Tatverdacht; richterliche Vernehmung als milderes Mittel; geringe Schwere der Straftat).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 94 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 48 Abs. 1 StPO; § 84 Abs. 1 AsylVfG

1. Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung ist der Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Das Gewicht des Eingriffs verlangt Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen (vgl. BVerfGE 44, 353, 371 f.; 115, 166, 197 f.). Diesen Verdacht hat der für die vorherige Gestattung des Eingriffs oder dessen nachträgliche Kontrolle zuständige Richter eigenverantwortlich zu prüfen und dabei die Interessen des Betroffenen angemessen zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 103, 142, 151). Der besondere Schutz von Berufsgeheimnisträgern (§ 53 StPO) gebietet bei der Anordnung der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei die besonders sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die Strafverfolgungsbehörden haben dabei auch das Ausmaß der – mittelbaren – Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit der Betroffenen zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 113, 29, 48 f.).

2. Dem erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Zwangsmaßnahme muss zur Ermittlung und zur Verfolgung der vorgeworfenen Tat erforderlich sein. Auch muss der jeweilige Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Tat und der Stärke des Tatverdachts stehen (vgl. BVerfGE 59, 95, 97; 115, 166, 197). Im Einzelfall können die Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat, eine geringe Beweisbedeutung der zu beschlagnahmenden Gegenstände sowie die Vagheit des Auffindeverdachts der Durchsuchung entgegenstehen (vgl. BVerfGE 115, 166, 198).

3. Auf Grund der Weite des Tatbestandes von § 84 Abs. 1 AsylVfG kann auch eine Rechtsberatung unkundiger Asylbewerber, die zulässigerweise darauf ausgerichtet ist, diese bei der Antragstellung zu unterstützen, in die Nähe einer strafbaren Handlung nach dieser Vorschrift geraten. Den besonderen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen dem tatbestandlichen Handeln und einer zulässigen Rechtsberatung ist jedenfalls bei dem schwerwie-

genden Eingriff der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei dadurch Rechnung zu tragen, dass diese nur bei konkreten Hinweisen auf eine strafbare Handlung nach § 84 AsylVfG und nach sorgfältiger Prüfung der objektiven Umstände und des Vorsatzes vorgenommen wird.

777. BVerfG 2 BvR 1447/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. August 2010 (OLG Bamberg/AG Erlangen)

Informationelle Selbstbestimmung; anlassbezogene Verkehrsüberwachung (Anfangsverdacht; automatisierte Bildaufzeichnungen; Abstandsmessgeräte; Übersichtsaufzeichnungen ohne Individualisierungsmöglichkeit; Einsatz technischer Überwachungsgeräte); Verhältnismäßigkeit.

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

1. Aus dem Blickwinkel des Willkürverbotes ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn von der fachgerichtlichen Rechtsprechung § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG als Rechtsgrundlage für eine anlassbezogene automatisierte Anfertigung von Bildaufnahmen von Kennzeichen und Fahrer zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr angesehen wird.

2. Anlassbezogene automatisierte Bildaufzeichnungen von Kennzeichen und Fahrern bei Unterschreitung des erforderlichen Sicherheitsabstandes als Maßnahmen der Verkehrsüberwachung stellen keine unverhältnismäßige Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten dar.

3. Ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, das vor unbegrenzter Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe individualisierter oder individualisierbarer Daten schützt (vgl. BVerfGE 103, 21, 33 stRspr), liegt vor, soweit Kennzeichen von Kraftfahrzeugen (vgl. BVerfGE 120, 378, 400 f.) oder Fahrzeuginsassen (vgl. BVerfGE 10, 330, 336) durch die Anfertigung von Bildaufnahmen identifizierbar aufgezeichnet werden. Maßgeblich ist dabei auch, ob sich mit Blick auf den durch den jeweiligen Überwachungs- und Verwendungszweck bestimmten Zusammenhang das Interesse an den Daten bereits so verdichtet hat, dass bei einer Gesamtbetrachtung ein Betroffensein in einer den Grundrechtsschutz auslösenden Qualität zu bejahen ist (BVerfGE 120, 378, 398; m.w.N.). Begründet dagegen eine Datenerfassung keinen Gefährdungstatbestand, fehlt es an der Eingriffsqualität (vgl. BVerfGE 120, 378, 399; – vorliegend verneint für so genannte Übersichtsaufnahmen ohne Identifizierungsmöglichkeit).

781. BVerfG 2 BvR 759/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2010 (OLG Brandenburg/AG Potsdam/Zentrale Bußgeldstelle des Landes Brandenburg)

Informationelle Selbstbestimmung; anlassbezogene Verkehrsüberwachung (Anfangsverdacht; automatisierte Bildaufzeichnungen; Geschwindigkeitsmessgeräte; Einsatz technischer Überwachungsgeräte); Verhältnismäßigkeit.

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

1. Aus dem Blickwinkel des Willkürverbotes ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn von der fachgerichtlichen Rechtsprechung § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG als Rechtsgrundlage für eine anlassbezogene automatisierte Anfertigung von Bildaufnahmen von Kennzeichen und Fahrer zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr angesehen wird.

2. Anlassbezogene automatisierte Bildaufzeichnungen von Kennzeichen und Fahrer bei Geschwindigkeitsüberschreitungen als Maßnahmen der Verkehrsüberwachung stellen keine unverhältnismäßige Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten dar.

780. BVerfG 2 BvR 2561/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. September 2010 (LG Nürnberg-Fürth/AG Nürnberg)

Durchsuchung (vager Tatverdacht; Hehlerei; Verkauf neuwertiger Mobiltelefone über eBay); eigenverantwortliche richterliche Prüfung; Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss (kein Nachschieben von Gründen im Beschwerdeverfahren).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 259 StGB; § 304 StPO

1. Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) ist jedenfalls der Verdacht, dass eine Straftat begangen worden sei. Das Gewicht des Eingriffs verlangt Verdachts-

gründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende 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. Um der Funktion einer vorbeugenden Kontrolle der Durchsuchung durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 57, 346, 355 f.; 103, 142, 155) gerecht zu werden, darf das Beschwerdegericht seine Entscheidung nicht auf Gründe stützen, die dem Ermittlungsrichter nicht bekannt waren. Prüfungsmaßstab bleibt im Beschwerdeverfahren die Sach- und Rechtslage zur Zeit des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses. Das Beschwerdegericht darf zur Begründung seiner Entscheidung daher keine Erkenntnisse heranziehen, die erst durch die Durchsuchung gewonnen wurden.

3. Für die Annahme eines für eine Durchsuchung ausreichenden Tatverdachts der Hehlerei (§ 259 StGB) genügt es nicht, wenn lediglich Erkenntnisse darüber vorliegen, dass jemand als Privatperson in kurzer Zeit eine große Anzahl von Mobiltelefonen (vorliegend 182), von denen einige originalverpackt gewesen sind, über die Internetplattform eBay versteigert und dabei Verkaufserlöse erzielt hat, die in der Regel unter dem Preis der billigsten Anbieter gelegen haben.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

790. BGH 3 StR 133/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Stade)

Mittäterschaft (nachträgliche Billigung eines Mittäterexzesses; sukzessive Mittäterschaft; Vorsatz); Raub mit Todesfolge (Leichtfertigkeit); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (actio libera in causa).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 251 StGB; § 21 StGB

1. Erschießt ein Mittäter, der nach dem gemeinsamen Tatplan eine geladene Selbstladepistole lediglich zur Drohung verwenden sollte, das Opfer planwidrig, bestehen Bedenken, ob die Todesfolge nach den Grundsätzen der sog. sukzessiven Mittäterschaft auch demjenigen Mittäter zugerechnet werden kann, der sich nach der von ihm erkannten Tötung weiter an der Durchführung des Raubüberfalls beteiligt. Hiergegen bestehen entgegen der

bisherigen Rechtsprechung (BGH NStZ 2008, 280) Einwendungen von Gewicht.

2. Eine Zurechnung kann sich aber für folgende Tötungen daraus ableiten, dass der nicht selbst schießende Beteiligte nach dem von ihm erkannten Mittäterexzess seine ursprünglichen Bedenken hinsichtlich des Einsatzes der Schusswaffe beiseite schiebt und weitere von ihm als möglich erachtete Gewalthandlungen mit der geladenen Pistole billigt.

784. BGH 3 StR 21/08 – Beschluss vom 11. Dezember 2008 (LG Düsseldorf)

Beihilfe (neutrale, berufstypische Handlungen; objektive Zurechnung; deliktischer Sinnbezug; Vorsatz); Amtsaufklärungspflicht; Gesetzesbindung des Rich-

ters; Absprache; Deal; Schätzung des Schadensumfangs (Mitteilung hinreichender Grundlagen).

§ 27 StGB; § 15 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; § 261 StPO

Für die Beurteilung berufstypischer neutraler Handlungen im Rahmen der Beihilfe ist nicht infolge eines entfallenden deliktischen Sinnbezuges zwischen Tatwerkzeugen und Bezugsobjekten zu unterscheiden. Die bei berufstypischen neutralen Handlungen gegebenenfalls erforderliche Beschränkung der Strafbarkeit lässt sich bei sachgerechter Auslegung nach den herkömmlichen und allgemein anerkannten Regeln über die objektive Zurechnung oder den Gehilfenvorsatz in ausreichendem Maße erreichen (vgl. BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 26).

800. BGH 3 StR 246/09 – Urteil vom 27. August 2009 (LG Hannover)

Tötungsvorsatz (Hemmschwelle; äußerst gefährliche Gewalthandlung; Gesamtwürdigung; Billigen im Rechtssinne); Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Strafraumverschiebung (selbst verschuldete Trunkenheit).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Die Rechtsprechung zur hohen Hemmschwelle vor der Tötung eines Menschen besagt nicht etwa, dass die Wertung der offensichtlichen Lebensgefährlichkeit von Gewalthandlungen als einem gewichtigen auf einen Tötungsvorsatz hinweisenden Beweisanzeichen in Frage gestellt werden solle oder dieser Beweisgrund gar den Schluss auf einen Tötungsvorsatz in aller Regel nicht tragen könne.

2. Ein als möglich erkannter Erfolg muss den Wünschen des Täters nicht entsprechen, um eine Billigung im Rechtssinne und damit gegebenenfalls vorsätzliches Handeln annehmen zu können.

3. Allenfalls hochgradig interessenwidrige Tatfolgen widerstreiten der Annahme einer Billigung des Erfolges durch einen in der Steuerungsfähigkeit beeinträchtigten, unüberlegt handelnden Täter.

872. BGH 4 StR 192/10 – Beschluss vom 3. August 2010 (LG Saarbrücken)

Beweisantragsrecht (Gebot, Beweisanträge nur noch über seinen Verteidiger zu stellen); Darlegungsvoraussetzungen der Verfahrensrüge; Konkurrenzen beim Betrug (Tatserie; Maßgeblichkeit des eigenen Tatbeitrages).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 299 StPO; § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Bei der Bewertung des Konkurrenzverhältnisses in Fällen der Beteiligung mehrerer Mittäter an einer Deliktserie ist für jeden von ihnen gesondert zu prüfen und zu entscheiden, ob die einzelnen Straftaten der Serie in seiner Person Tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist hierbei der Umfang des Tatbeitrages bzw. der Tatbeiträge jedes Mittäters. Erfüllt er hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Erbringt er dagegen im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeldelikte seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als Tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Zur Kennzeichnung des Schuldumfangs ist dies im Schuldspruch grundsätzlich als gleichartige Tateinheit kenntlich zu machen (BGHSt 49, 177, 182 f., 185).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

868. BGH 2 StR 385/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Gießen)

BGHR; Diebstahl im besonders schweren Fall (durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache: Verwendung des vorgesehenen Schlüssels als Unberechtigter; Gesamtwürdigung bei der Verwirklichung eines Regelbeispiels).

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 242 StGB

1. Der Täter stiehlt auch dann eine durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache, wenn er als Unberechtigter den ordnungsgemäß dafür vorgesehenen Schlüssel verwendet. (BGHR)

2. Dient das Behältnis nach seiner erkennbaren Zweckbestimmung wenigstens unter anderem auch zur Sicherung der darin aufbewahrten Sache gegen Diebstahl, wie es zum Beispiel bei einem Tresor idealtypisch der Fall ist, dann ist das verschlossene Behältnis ein Spezialfall einer Schutzvorrichtung im Sinne der Vorschrift. Das Regelbeispiel setzt voraus, dass das Behältnis verschlossen ist. (Bearbeiter)

3. Weitere Sicherungen, etwa durch Wegschließen des Schlüssels, sind danach zu seiner Erfüllung nicht mehr erforderlich. Der Täter muss – sofern er nicht sogar die Sache mitsamt dem Behältnis stiehlt – die Sicherung

überwinden, wobei es aber nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB betont die besondere Sicherung des Diebstahlsobjekts, während § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB besondere Arten der Tatusführung bei einer allgemeinen Sicherung des Gegenstands hervorhebt. (Bearbeiter)

4. Allenfalls dann, wenn der Benutzer des Schlüssels zu dessen Verwendung befugt ist, könnte für ihn die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlsicherung entfallen. (Bearbeiter)

855. BGH 2 StR 295/10 – Urteil vom 18. August 2010 (LG Kassel)

Schwere räuberische Erpressung (Scheinwaffen; Täuschung; objektive Gefährlichkeit; gefährliches Werkzeug).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

1. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB erfasst keine Fälle, in denen die Drohungswirkung eingesetzter Gegenstände nicht auf deren objektivem Erscheinungsbild, sondern ausschließlich auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Fall, wenn die objektive Ungefährlichkeit eines vorgeblich gefährlichen Gegenstands schon nach dessen äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt; hierbei kommt es nicht darauf an, ob im konkreten Einzelfall das Tatopfer eine solche Beobachtung tatsächlich machen konnte oder ob der Täter dies durch sein täuschendes Vorgehen gerade vereitelt (vgl. BGHSt 38, 116; BGH NStZ 1997, 184; 1998, 38; 2007, 332, 333 f.).

2. Diese Ausnahme von § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB liegt nicht vor, wenn der Täter eine handelsübliche Sporttasche auf die Verkaufstheke einer Tankstelle stellt, demonstrativ ein Mobiltelefon in die Hand nimmt und ankündigt, er werde die in der Tasche befindliche Bombe zünden, wenn ihm nicht das Geld aus der Kasse ausgehändigt werde.

835. BGH 1 StR 393/10 – Beschluss vom 25. August 2010 (LG Regensburg)

Mordmerkmal der Heimtücke (besondere Tücke; Gesinnung; verwerflicher Vertrauensbruch); minder schwerer Fall des Totschlages; Strafzumessung (Täter-Opfer-Ausgleich).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB

1. Regelmäßig erfordert Heimtücke nicht, dass sich im bewussten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit noch eine besondere Tücke und Verschlagenheit, ein verwerflicher Vertrauensbruch, zeigt (vgl. schon BGHSt <GS> 11, 13a, 144 f.; BGHSt <GS> 30, 105, 115 f.). Von besonderen Fallgestaltungen abgesehen, bei denen die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit nicht notwendig zur Annahme von Heimtücke führt (vgl. z.B. BGHSt 30, 105, 119), kann daher schon allein die Ausnutzung eines Überraschungseffekts die Annahme von Heimtücke tragen (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 10).

2. § 213 StGB ist bei Mord nicht anwendbar (BGHSt 30, 105, 118, 120).

3. Grundsätzlich kann auch ein Versuch, mit dem Opfer zu einem Ausgleich zu gelangen, Rückschlüsse auf die innere Haltung des Täters zulassen und sich strafmildernd auswirken, auch wenn er an fehlender Einigung über die Durchführungsmodalitäten gescheitert ist. Die Auffassung, bei der konkreten Gewichtung dieses Versuchs sei es aus Rechtsgründen bedeutungslos, ob der Angeklagte zugleich sein Fehlverhalten uneingeschränkt einräumt oder ob er dem Geschädigten zu Unrecht die Schuld, zumindest ein erhebliches Mitverschulden, an dem Geschehen zuschiebt, trifft nicht zu. Der Angeklagte muss gemäß § 46 StGB wie bei § 46a StGB die Rolle des Geschädigten (insbesondere eines Sexual- oder Gewaltdelikts) als Opfer respektieren.

805. BGH 3 StR 286/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Berlin)

Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen; Einziehung (Erledigung mit Rechtskraft; Übergang des Eigentums); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (keine Aufrechterhaltung einer erledigten Einziehungsanordnung).

§ 86a StGB; § 74 StGB; § 74e Abs. 1 StGB; § 55 Abs. 2 StGB

1. Wegen Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen macht sich nur strafbar, wer diese Kennzeichen öffentlich verwendet. Ein öffentliches Verwenden liegt nur vor, wenn eine nicht überschaubare Anzahl von Personen den Symbolgehalt des Kennzeichens zur Kenntnis nehmen kann.

2. Die Maßregel der Einziehung erledigt sich mit Rechtskraft der Entscheidung, da das Eigentum an den eingezogenen Sachen mit diesem Zeitpunkt auf den Staat übergeht (§ 74e Abs. 1 StGB). Werden die in der Entscheidung ausgesprochenen Rechtsfolgen später im Rahmen der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe ein weitere Entscheidung einbezogen, so ist die Einziehungsanordnung bereits gegenstandslos und daher nicht aufrechtzuerhalten.

814. BGH 3 StR 494/08 – Beschluss vom 4. Dezember 2008 (LG Duisburg)

Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage); Beihilfe; Unterlassen (fakultative Strafmilderung).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 27 StGB; § 13 Abs. 2 StGB

1. Von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB werden nur solche Fälle erfasst, in denen zwar weder Gewalt ausgeübt noch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Opfers gedroht wird, dieses aber aus Furcht vor möglichen Einwirkungen des Täters auf einen ihm grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und ihm Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint. Erforderlich ist dabei stets, dass sich das Opfer aus Angst vor körperlicher Beeinträchtigung, also vor Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen, nicht gegen den Täter zur Wehr setzt.

2. Für § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB genügt es nicht, dass das Opfer eine Gegenwehr allein aus Furcht vor der Zufügung anderer Übel unterlässt.

818. BGH 3 StR 559/08 – Beschluss vom 5. März 2009 (LG Lübeck)

Betrug (Kreditgewährung; Vermögensschaden; Berücksichtigung von Sicherheiten; Bürgschaft).
§ 263 StGB

1. Der Umfang des Vermögensschadens beim Betrug ist durch einen umfassenden Vergleich der Vermögenslage des Geschädigten vor und nach der Verfügung festzustellen. Daher liegt im Falle eines Kreditbetruges auch dann, wenn der Darlehensrückzahlungsanspruch infolge der Leistungsunfähigkeit des Darlehensnehmers wertlos ist, ein Vermögensschaden nicht vor, soweit dem Kreditgeber werthaltige Sicherheiten gegeben worden sind, die sein Ausfallrisiko abdecken und die er ohne finanziellen und zeitlichen Aufwand sofort nach Fälligkeit realisieren kann.

2. Als werthaltige und realisierbare Sicherheit kommt unter anderem eine Bürgschaft in Betracht. Steht dem Getäuschten eine Bürgschaft zur Sicherung eines ausgeleiteten Darlehens zu, so lässt sich daher ohne Darlegung der näheren Umstände dieser Bürgschaft nicht beurteilen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Vermögensschaden eingetreten ist.

858. BGH 2 StR 298/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Köln)

Konkurrenzen zwischen der Misshandlung Schutzbevollziehender und der Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht.
§ 225 StGB; § 171 StGB; § 52 StGB

Die Qualifikation des § 225 Abs. 3 Nr. 2 StGB verdrängt § 171 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz (vgl. BGH, StraFo 2010, 123).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

837. BGH 1 StR 410/10 – Beschluss vom 25. August 2010 (LG Augsburg)

BGHR; Gesamtstrafenbildung (starke Erhöhung der Einsatzstrafe; Begründung; Rechtsfehler bei der Bemessung der Gesamtstrafe).
§ 54 StGB; § 46 StGB

1. Eine starke Erhöhung der Einsatzstrafe legt einen Rechtsfehler bei der Gesamtstrafenbildung gemäß § 54 StGB nicht ohne weiteres nahe. (BGHR)

2. Die Bemessung der Gesamtstrafe ist im Wege einer Gesamtschau des Unrechtsgehalts und des Schuldumfangs vorzunehmen. Erforderlich ist bei der Gesamtstrafenbildung nach § 54 Abs. 1 StGB ein eigenständiger Zumessungsakt. Der Summe der Einzelstrafen kommt nur ein geringes Gewicht zu, maßgeblich ist die angemessene Erhöhung der Einsatzstrafe unter zusammenfassender Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Straftaten (§ 54 Abs. 1 Satz 3 StGB). Die Erhöhung der Einsatzstrafe kann geringer ausfallen, wenn zwischen den einzelnen Taten ein enger zeitlicher, sachlicher und situativer Zusammenhang besteht. Die wiederholte Begehung gleichartiger Taten kann der Ausdruck einer niedriger werdenden Hemmschwelle sein. (Bearbeiter)

3. Andererseits kann hierin je nach den Umständen des Einzelfalles ein Indiz für eine besondere kriminelle Energie (§ 46 Abs. 2 StGB) gesehen werden. Aus hartnäckiger Tatwiederholung in schneller Folge können sich durchaus gesamtstrafenschärfende Umstände ergeben. Gerade bei Sexualdelikten wird die Milderungsmöglichkeit der sinkenden Hemmschwelle durch den ständigen Druck aus-

geglichen, dem das Opfer dadurch ausgesetzt ist, dass es jederzeit mit einer neuen Tat rechnen muss. (Bearbeiter)

4. An die Begründung der Gesamtstrafenhöhe sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr sich die Strafe der oberen oder unteren Grenze des Zulässigen nähert. Eine starke Erhöhung der Einsatzstrafe bedarf dann besonderer Begründung, wenn sich diese nicht aus den fehlerfrei getroffenen Feststellungen von selbst ergibt. Ein Rechtsfehler kann nicht allein darin gesehen werden, dass die Einsatzstrafe mehr als verdreifacht wurde. (Bearbeiter)

5. Rechtsfehler können insbesondere dann vorliegen, wenn die Gesamtstrafe sich nicht innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens befindet oder die gebotene Begründung für die Gesamtstrafe fehlt, oder wenn die Besorgnis besteht, der Tatrichter habe sich von der Summe der Einzelstrafen leiten lassen. Eine ungewöhnlich hohe Divergenz zwischen Einsatzstrafe und Gesamtstrafe kann (jedenfalls beim Fehlen einer tragfähigen Begründung) die Besorgnis begründen, dass das Gericht sich in zu starkem Maße von der Summe der Einzelstrafen hat leiten lassen. (Bearbeiter)

792. BGH 3 StR 156/10 – Urteil vom 22. Juli 2010 (LG Wuppertal)

Tateinheit (Zusammentreffen in einem Handlungsteil; Teilidentität der Ausführungshandlungen; Handlungseinheit); Vergewaltigung; Sicherungsverwahrung (rechtlich selbständige Anlasstaten).
§ 52 StGB; § 177 StGB; § 66 Abs. 2 StGB; § 66 Abs. 3 StGB; § 53 StGB

1. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung setzt sowohl nach § 66 Abs. 2 als auch nach Abs. 3 Satz 2 StGB voraus, dass der Täter drei bzw. zwei rechtlich selbständige Taten begangen haben muss.

2. Demgemäß rechtfertigen mehrere Einzeltaten, die zueinander im Verhältnis der Tateinheit stehen, nicht die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 2 oder Abs. 3 Satz 2 StGB.

861. BGH 2 StR 318/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Strafzumessung bei mehreren Tatbeteiligten (gebotene unterschiedliche Gewichtung verschieden gewichtiger Tatbeiträge; Wertungsfehler; offenkundige Widersprüche).

§ 46 StGB

Zwar kann grundsätzlich die Revision nicht auf einen Vergleich der Strafzumessung verschiedener Tatbeteiligter gestützt werden. Das gilt aber nicht, wenn offenkundige Widersprüche vorliegen oder es an einer Begründung für eine abweichende Zumessung ganz fehlt und eine solche auch nicht aus den sonstigen Urteilsfeststellungen erschlossen werden kann.

802. BGH 3 StR 271/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Lüneburg)

Strafzumessung; Aufklärungshilfe (Verspätung; Katalogtaten; Überzeugung des Tatrichters).

§ 46b StGB; § 100a StPO; § 46 StGB; § 31 Nr. 1 BtMG

1. Der Maßstab der Prüfung, ob von einer erfolgreichen und deshalb strafmildernd wirkenden Aufklärungshilfe auszugehen ist, ist bei § 46b StGB in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 31 Nr. 1 BtMG zu bestimmen.

2. Danach ist von einer erfolgreichen Aufklärungshilfe nicht bereits dann auszugehen, wenn der Angeklagte eine Person benannt hat, die nach seiner nicht bewiesenen Darstellung als Mittäter in Frage kommt. Voraussetzung ist vielmehr die Überzeugung des Tatrichters, dass die Darstellung des Angeklagten über die Beteiligung des anderen an der Tat zutrifft.

3. Kann der Tatrichter diese Überzeugung nicht gewinnen, sondern verbleiben ersichtlich Zweifel am Wahrheitsgehalt der Angaben des Angeklagten, so gilt insoweit der Grundsatz in dubio pro reo nicht. Der Tatrichter ist auch nicht gehalten abzuwarten, bis entsprechende Ermittlungen zur Überprüfung der Angaben des Angeklagten abgeschlossen sind.

860. BGH 2 StR 311/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Aachen)

Mangelhafte Feststellungen der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schizophrenie).

§ 63 StGB; § 21 StGB

Die Anwendung des § 21 StGB scheidet nach ständiger Rechtsprechung aus, wenn der Täter bei möglicherweise nur erheblicher Verminderung der Einsichtsfähigkeit das Unerlaubte erkennt, die Einsicht also tatsächlich hat. An

eine bloße Verminderung der Einsichtsfähigkeit, die nicht zum Fehlen der Einsicht geführt hat, kann eine Maßregel nach § 63 StGB nicht geknüpft werden (BGHSt 34, 22, 26 f.; NStZ 2006, 682, 683; NStZ-RR 2007, 73).

791. BGH 3 StR 147/10 – Urteil vom 22. Juli 2010 (LG Oldenburg)

Verfall (Unterbleiben der Anordnung; Entreicherung; tatrichterliches Ermessen; notwendige Feststellungen). § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; § 261 StPO

1. Die tatrichterliche Feststellung, dass der Wert des aus seinen Straftaten Erlangten im Vermögen eines Angeklagten nicht mehr vorhanden sei, setzt konkrete tatrichterliche Feststellungen dazu voraus, in welchem Umfang und zu welchem Zweck das Erlangte ausgegeben wurde.

2. Erlangt im Sinne der § 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a Satz 1 StGB ist ein Vermögensvorteil nur dann, wenn der Tatbeteiligte die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erworben hat. Mit der Feststellung allein, mit Straftaten sei ein Umsatz in bestimmter Höhe erzielt worden, wird dies nicht belegt.

3. Eine Zurechnung erlangter Vermögenswerte nach den Grundsätzen der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung kommt für jeden Mittäter nur dann in Betracht, wenn sich die Beteiligten darüber einig waren, dass gerade diesem Mittäter zumindest Mitverfügungsgewalt über die jeweiligen Erlöse zustehen sollte und er diese auch tatsächlich innehatte.

876. BGH 4 StR 293/10 – Beschluss vom 12. August 2010 (LG Münster)

Rechtsfehlerhaft angeordneter Verfall von Wertersatz; keine Rückwirkung beim Auffangrechtserwerb; milderes Gesetz.

§ 73a StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 2 Abs. 5, Abs. 3 StGB

Der Anwendung des § 111i Abs. 2 StPO auf bereits zuvor beendete Taten steht § 2 Abs. 5 i. V. m. Abs. 3 StGB entgegen, wonach insoweit das mildere alte Recht gilt (BGH NJW 2008, 1093 f.).

871. BGH 2 StR 407/10 – Beschluss vom 8. September 2010 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe (Unerlässlichkeit; Gebotenheit).

§ 47 StGB

Die Verhängung einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten hat regelmäßig nur dann Bestand, wenn sie sich aufgrund einer Gesamtwürdigung aller die Tat und den Täter kennzeichnenden Umstände als unverzichtbar bzw. „unerlässlich“ (§ 47 Abs. 1 StGB) erweist (BGHR StGB § 47 Abs. 1 Umstände 6). Sie darf nicht verhängt werden, wenn sie einem Gericht lediglich „geboten“ erscheint.

863. BGH 2 StR 340/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Gera)

Bildung und Bemessung der Gesamtstrafe (Beruhen).

§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 337 StPO

Die Bildung der Gesamtstrafe ist ein eigenständiger und zu begründender Strafzumessungsakt, der gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB durch die Erhöhung der höchsten Einzelstrafe (sog. Einsatzstrafe) erfolgt und sich nicht an der Summe der Einzelstrafen oder an rechnerischen Grund-

sätzen zu orientieren hat, sondern an gesamtstrafen-spezifischen Kriterien (vgl. BGH NStZ 2003, 295). Einer eingehenden Begründung bedarf es, wenn die Gesamtstrafe sich auffallend von der Einsatzstrafe entfernt (st. Rspr., vgl. u. a. BGHR, StGB, § 54 Abs. 1 Bemessung 8).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

847. BGH 2 StR 205/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Informelle Absprache und formelle Verständigung (nicht eingehaltene informelle Zusage einer Freiheitsstrafe auf Bewährung seitens der früheren Vorsitzenden); Recht auf ein faires Verfahren (Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutz).

§ 257c StPO; Art. 6 EMRK; § 202a StPO

1. Ein Verstoß gegen § 257c StPO kann schon dann nicht geltend gemacht werden, wenn keine formelle Verständigung nach dieser Vorschrift stattgefunden hat. Eine Umgehung der formellen gesetzlichen Anforderungen des § 257c StPO durch informelle Absprachen, deren Vorliegen hier möglich, aber im Hinblick auf § 202a StPO nicht bewiesen ist, kann nicht zum Eintritt der Bindungswirkung gemäß § 257c Abs. 3 S. 4, Abs. 4 StPO führen.

2. Ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens liegt bei informellen Absprachen nur vor, wenn sich das erkennende Gericht in einer Weise unklar oder irreführend verhält, welche den Angeklagten über Bedeutung und Folgen seines eigenen Prozessverhaltens im unklaren ließ oder zu letztlich nachteiligem Verhalten veranlasste. Das würde jedenfalls voraussetzen, dass der Vorwurf bewiesen wäre, das Gericht habe sich stets so verhalten, als fühle es sich an eine zuvor geschlossene informelle Vereinbarung gebunden und als könne auch der Angeklagte hierauf vertrauen.

3. Es kann dahinstehen, ob ein Verfahrensbeteiligter, der nach eigener Kenntnis an einer gesetzwidrigen informellen Absprache – gegen eine wissentlich unzutreffende ausdrückliche Protokollierung gemäß § 273 Abs. 1a S. 2 und 3 StPO – teilgenommen hat, das Urteil ohne weiteres dennoch mit der Verfahrensrüge dieses Verstoßes anfechten kann.

4. Informelle Absprachen im Zwischenverfahren begründen keine endgültige Bindungswirkung, sondern veranlassen – soll eine formelle Verständigung nicht getroffen werden – nur zu klarstellenden Maßnahmen des erkennenden Gerichts.

851. BGH 2 StR 242/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Aachen)

Beweiswürdigung (Verwertung eines heimlich aufgenommenen privaten Gesprächs; allgemeines Persönlichkeitsrecht; Recht am gesprochenen Wort; Abwägungslehre); sexueller Missbrauch.

Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; § 261 StPO

1. Eine heimliche Aufnahme des gesprochenen Wortes, mit der der Aufzeichnende einen sexuellen Missbrauch zu seinen Lasten belegen will, ist nicht wegen eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG stets unverwertbar.

2. Einzelfall einer unzureichenden Beweiswürdigung bzw. eines unzureichenden Tatnachweises durch die Auswertung einer heimlich aufgezeichneten Gesprächsaufnahme.

797. BGH 3 StR 218/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hildesheim)

Ablehnung eines Beweisantrags (Beweisermittlungsantrag; Antrag aufs Geratewohl; ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung).

§ 244 Abs. 3 StPO

Der Senat lässt offen, ob an der Rechtsprechung festzuhalten ist, dass einem Antrag, mit dem zum Nachweis einer bestimmten Beweistatsache ein konkretes Beweismittel bezeichnet wird, dennoch die Eigenschaft eines Beweisantrags fehlt, wenn es sich bei der Beweistatsache um eine ohne jede tatsächliche und argumentative Grundlage aufs Geratewohl, ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung handelt.

881. BGH 4 StR 378/10 – Beschluss vom 12. August 2010 (LG München I)

Absolutes Revisionsgericht der Teilnahme einer ausgeschlossenen Richterin (vorherige Mitwirkung als Staatsanwalt).

§ 338 Nr. 2 StPO; § 22 Nr. 4 StPO

Der Begriff der Tätigkeit im Sinne des § 22 Nr. 4 StPO ist weit auszulegen, um dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens dadurch zu wahren, dass bereits der Anschein eines Verdachts der Parteilichkeit eines Richters vermieden wird, gerecht zu werden. Eine Tätigkeit ist nach ständiger Rechtsprechung

jedes amtliche Handeln in der Sache, das geeignet ist, den Sachverhalt zu erforschen oder den Gang des Verfahrens zu beeinflussen (vgl. BGH NStZ 1982, 78 und BGH wistra 2006, 310).

810. BGH 3 StR 453/08 – Beschluss vom 16. Dezember 2008 (LG Kiel)

Täteranalyse; Tätertypus; Profiling; operative Fallanalyse; eigenständige Überzeugungsbildung des Gerichts; schwere Körperverletzung.

§ 226 StGB; § 261 StPO; § 244 StPO

1. Soweit die Ermittlung der Tatsachen besonderer Sachkunde bedarf, über die das Gericht nicht verfügt, oder soweit die Erfahrungssätze, aufgrund derer die festgestellten Tatsachen zu bewerten sind, außerhalb der Sachkunde des Gerichts liegen, hat es sich diese durch einen Sachverständigen vermitteln zu lassen.

2. Gemäß § 261 StPO entscheidet über das Ergebnis der Beweisaufnahme das Gericht; es obliegt allein ihm, die für den Urteilspruch relevanten Tatsachen und Erfahrungssätze festzustellen, in ihrer Beweisbedeutung zu bewerten und sich auf dieser Grundlage eine Überzeugung zu bilden. Das Gericht verfehlt daher die ihm nach § 261 StPO obliegende Aufgabe, wenn es Feststellungen und Beurteilungen eines Sachverständigen ungeprüft und ohne eigene Bewertung des Beweisergebnisses übernimmt.

3. Ob der Täter bestimmte persönliche Merkmale im Sinne eines „Tätertypus“ aufweisen müsse, hat ausschließlich das Gericht auf der Grundlage der Bewertung der für die Beurteilung dieser Fragen maßgeblichen Fakten und Erfahrungssätze zu entscheiden. Zu deren Ermittlung hat es sich gegebenenfalls sachverständiger Hilfe zu bedienen; deren Bewertung kann ihm jedoch nicht durch eine „Täteranalyse“ abgenommen werden, die lediglich das Ergebnis der eigenständigen Beurteilung des Ermittlungsergebnisses durch die Polizei vermittelt.

873. BGH 4 StR 228/10 – Beschluss vom 17. August 2010 (LG Münster)

Hinweispflichten bei der Verständigung und Beruhen bei ihrer Nichterfüllung (gescheiterte Absprache).

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 337 StPO

Einer Rüge des Verstoßes gegen § 257c Abs. 5 StPO mangelt es am Beruhen, wenn in dem zu beurteilenden Einzelfall keine Gründe erkennbar sind, die den Angeklagten auch nur im Entferntesten dazu verlasst haben könnten, auf eine Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO die schließlich getroffene und ihm günstige Verständigung abzulehnen.

884. BGH 4 StR 657/09 – Beschluss vom 19. August 2010 (BGH)

Unzulässiges Ablehnungsgesuch gegen Richter des Bundesgerichtshofs.

§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO analog; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

1. Entscheidet das Gericht außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, so kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2

StPO nur so lange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist (BGH NStZ 2007, 416). Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Ablehnung mit einem Antrag nach § 356a StPO verbunden wird, der sich deswegen als unbegründet erweist, weil die gerügte Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG nicht vorliegt, so dass insoweit nicht mehr in eine erneute Sachprüfung einzutreten ist.

2. § 356a StPO verfolgt allein den Zweck, dem Revisionsgericht, das in der Sache entschieden hat, Gelegenheit zu geben, im Falle des Verstoßes gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör diesem Mangel durch erneute Sachprüfung selbst abzuwehren, um hierdurch ein Verfassungsbeschwerdeverfahren zu vermeiden. Dieser Rechtsbehelf dient hingegen nicht dazu, einem unzulässigen Ablehnungsgesuch durch die unzutreffende Behauptung einer Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG doch noch Geltung zu verschaffen (BGH aaO).

795. BGH 3 StR 193/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Osnabrück)

Vereidigung eines Zeugen (mehrfache Vernehmung; mehrfache Entscheidung über die Vereidigung).

§ 60 StPO

1. Wird ein Zeuge in einem späteren Abschnitt der Hauptverhandlung nochmals vernommen, so bedarf es einer neuen Entscheidung über die Vereidigung.

2. Jede Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen bezieht sich grundsätzlich auf alle bis dahin erstatteten Aussagen. Denn der Tatrichter kann frühestens nach dem Abschluss der gesamten Aussagen alle diejenigen Umstände überblicken, die für die Ausübung seines Ermessens von Bedeutung sein können; dabei bindet ihn seine frühere Entscheidung über die Vereidigung nicht.

3. Eine unterschiedliche Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen kommt – auch bei einer wiederholten Vernehmung – nur für Teile seiner Aussagen in Betracht, die verschiedene Taten betreffen. Selbst dabei ist aber zu beachten, dass eine Teilvereidigung dann nicht statthaft ist, wenn die Taten in einem inneren Zusammenhang miteinander stehen, insbesondere ein nicht oder nur schwer trennbares Gesamtgeschehen bilden. Ebenso kann ein Eid weder auf einzelne Bekundungen noch auf zeitlich getrennte Abschnitte eines Sachkomplexes beschränkt werden.

4. Verzichtet der Tatrichter nach der letzten Vernehmung eines Zeugen auf dessen Vereidigung, so sind die Angaben des Zeugen grundsätzlich insgesamt als uneidlich anzusehen, auch wenn er früher vereidigt worden war. Anderes kann nur gelten, soweit hinsichtlich früher gemachter Angaben eine Teilvereidigung aufgrund hinreichender inhaltlicher Trennbarkeit überhaupt in Betracht käme und der Zeuge insoweit auch tatsächlich vereidigt wurde.

821. BGH 3 StR 584/08 – Beschluss vom 3. März 2009 (LG Hannover)

Zeugenvernehmung; Ausschluss der Öffentlichkeit; Öffentlichkeitsgrundsatz; Entlassung eines Zeugen (sofortige Rücknahme); Gesamtstrafenbildung (Verdreifachung)

chung der Einsatzstrafe; Tatserie; enger situativer Zusammenhang).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 54 StGB; § 46 StGB

1. Ein Beschluss, der die Ausschließung der Öffentlichkeit für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen anordnet, gilt grundsätzlich bis zur Beendigung des Verfahrens und deckt auch den Öffentlichkeitsausschluss, wenn eine Vernehmung unterbrochen und an einem anderen Verhandlungstag fortgesetzt wird.

2. Wird ein Zeuge jedoch im Anschluss an seine (erste) Vernehmung im Einvernehmen sämtlicher Verfahrensbeiträger entlassen, so ist seine Vernehmung abgeschlossen; damit endet zugleich die Reichweite des Beschlusses über den Ausschluss der Öffentlichkeit für die Vernehmung des Zeugen. Jede weitere Vernehmung des Zeugen in nichtöffentlicher Sitzung erfordert daher einen neuen Gerichtsbeschluss gemäß § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG.

3. Ein neuerlicher Beschluss kann allein dann entbehrlich sein, wenn dem Protokoll zu entnehmen ist, dass die Entlassung des Zeugen sofort zurückgenommen wurde und die für den Ausschlussbeschluss maßgebliche Interessenlage fortbestand, so dass sich die zusätzliche Anhörung zusammen mit der vorausgegangenen – ungeachtet der zwischenzeitlichen Entlassung des Zeugen – als eine einheitliche Vernehmung darstellt.

832. BGH 1 StR 231/08 – Beschluss vom 15. Juli 2008 (BGH)

Ablehnungsantrag gegen einen Richter am Bundesgerichtshof (Besorgnis der Befangenheit infolge des Vortrags des Berichterstatters).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 351 StPO

1. Der Berichterstatter hat in einem Verfahren vor dem BGH die Aufgabe, zu Beginn der Revisionshauptverhandlung die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens zusammenzufassen (§ 351 Abs. 1 StPO). Insoweit ist es zulässig und für den Gang der Hauptverhandlung förderlich, wenn der Berichterstatter in seinem Vortrag auf die Punkte besonders hinweist, die im Rahmen der Plädoyers von den Verfahrensbeteiligten erörtert werden sollten. Kennen alle Richter das angefochtene Urteil und das Revisionsvorbringen schon aus den Akten, kann sich der Vortrag des Berichterstatters auf eine gezielte Wiedergabe beschränken. Aus der Erfüllung dieser gesetzlich übertragenen Aufgabe kann ein vernünftiger, zumal anwaltlich beratener Angeklagter die Besorgnis der Befangenheit nicht herleiten. Anderes ergibt sich auch nicht aus einer „selektiven Benennung von Indizien“. Anders als für die Beweiswürdigung im tatgerichtlichen Urteil besteht – wie dargelegt – nicht die Erforderlichkeit, dass im Bericht auf alle tragenden Aspekte der angefochtenen Entscheidung eingegangen wird. Sollte ein Verfahrensbeiträger aus seiner Sicht wesentliche Punkte als zu Unrecht nicht angesprochen einstufen, hat er Gelegenheit, hierzu im Rahmen seines Plädoyers Stellung zu nehmen.

2. Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters ist gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, dass der Richter ihm gegenüber eine

parteiliche und voreingenommene innere Haltung einnimmt. Dabei kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den Standpunkt eines „vernünftigen Angeklagten“ an.

817. BGH 3 StR 547/08 – Beschluss vom 6. August 2009 (LG Krefeld)

Gestattung der Entfernung eines Angeklagten von der Teilnahme an der Hauptverhandlung (Anwesenheit; bandenmäßig begangene Straftaten; Beurlaubung eines mutmaßlichen Bandenmitglieds); inhaltliche Begrenzung des Verfahrensgegenstandes; Überschreitung der inhaltlichen Begrenzung.

§ 231c StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Zwar kann das Gericht, wenn die Hauptverhandlung gegen mehrere Angeklagte stattfindet, einem Angeklagten und ggf. auch seinem Verteidiger auf Antrag gestatten, sich während einzelner Verhandlungsteile zu entfernen, wenn er von diesen nicht betroffen ist. Jedoch wird in diesem Falle bereits dann rechtsfehlerhaft in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt und der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO begründet, wenn die in dem Beschluss über die Befreiung festgelegte inhaltliche Begrenzung des Verhandlungsgegenstandes nicht eingehalten wird.

2. Nicht betroffen ist ein Angeklagter von einem Verhandlungsteil nur dann, wenn ausgeschlossen werden kann, dass die während seiner Abwesenheit behandelten Umstände auch nur mittelbar die gegen ihn erhobenen Vorwürfe berühren.

3. Dem Senat erscheint es – nicht tragend – ausgeschlossen, von § 231c StPO im Rahmen eines Strafverfahrens Gebrauch zu machen, das sich gegen mehrere Angeklagte wegen bandenmäßiger Begehung von Straftaten richtet.

879. BGH 4 StR 347/10 – Beschluss vom 17. August 2010 (LG Essen)

Absoluter Revisionsgrund der Unzuständigkeit des Gerichts (Jugendgericht und Erwachsenengericht; Präklusion).

§ 338 Nr. 4 StPO; § 6a StPO; § 107 JGG; § 108 Abs. 1 JGG; § 33 JGG

1. Urteilt anstelle des Jugendgerichts ein Erwachsenengericht, liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 4 StPO vor.

2. Eine dem § 6a StPO entsprechende Vorschrift sieht das Gesetz für das Verhältnis von Erwachsenen- und Jugendgericht nicht vor. Er ist nicht analog anzuwenden.

811. BGH 3 StR 458/08 – Beschluss vom 7. Januar 2009 (LG Kiel)

Entscheidung des Revisionsgerichts (Beschwerde des Angeklagten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; obligatorische Ausübung des tatrichterlichen Ermessens).

§ 331 Abs. 2 StPO; § 64 StGB

Aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit ist das Revisionsgericht nicht gezwungen, auch bei solchen Rechtsfehlern einzugreifen, die den Angeklagten als alleinigen

Revisionsführer nicht beschweren. Die Berechtigung zu einem Eingriff ist dadurch nicht berührt.

801. BGH 3 StR 250/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hannover)

Ablehnung eines Beweisantrages (Begründung des Beschlusses; Widerspruch zu den Urteilsgründen); Indiztatsache (Bedeutungslosigkeit; nur mögliche Schlüsse).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Eine unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache ist für die Entscheidung nur dann ohne Bedeutung, wenn entweder ein Zusammenhang zwischen ihr und dem Gegenstand der Urteilsfindung nicht besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Falle ihres Erwiesenseins nicht geeignet ist, die Entscheidung irgendwie zu beeinflussen.

2. Zwar ist es dem Tatrichter grundsätzlich nicht verwehrt, Indiztatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos zu betrachten, wenn er einen möglichen Schluss, den der Antragsteller erstrebt, nicht ziehen will. Er muss sich dann aber an seiner Annahme tatsächlicher Bedeutungslosigkeit festhalten lassen und darf sich im Urteil nicht in Widerspruch zu der Ablehnungsbegründung setzen.

793. BGH 3 StR 168/09 – Beschluss vom 13. August 2009 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (Glaubwürdigkeit eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen; Zeitpunkt der Zeugenaussage).

§ 52 StPO; § 261 StPO

Die Unglaubwürdigkeit eines zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen darf nicht daraus hergeleitet werden kann, dass dieser im Ermittlungsverfahren geschwiegen und erst in der Hauptverhandlung seine entlastenden Angaben gemacht hat. Denn selbst die Verweigerung des Zeugnisses darf nicht zum Nachteil des Angeklagten gewertet werden. Würde die Tatsache, dass ein Zeugnisverweigerungsberechtigter von sich aus nichts zur Aufklärung beigetragen hat, geprüft und gewertet, so könnte er von seinem Schweigerecht nicht mehr unbefangenen Gebrauch machen, weil er befürchten müsste, dass daraus später nachteilige Schlüsse zu Lasten des Angeklagten gezogen würden.

867. BGH 2 StR 365/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 45 StPO

Entscheidend für den Beginn der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag im Sinne von § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO ist der Zeitpunkt der Kenntnisnahme von der Fristversäumung durch den Angeklagten. Jedenfalls in den Fällen, in denen die Wahrung der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag nicht offensichtlich ist, gehört zur formgerechten Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags auch, dass der Antragsteller mitteilt, wann das Hindernis entfallen ist (vgl. BGH NStZ 2006, 54 f.). Dies gilt selbst dann, wenn der Verteidiger ein eigenes Verschulden geltend macht, das dem Angeklagten nicht zuzurechnen wäre.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

839. BGH 2 StR 111/09 – Urteil vom 27. August 2010 (LG Köln)

BGHSt; Beihilfe zur Untreue durch die Führung einer schwarzen Kasse im Ausland (Legalitätspflicht; Geschäftsführer einer GmbH; Vorstand einer AG; Verletzung von Buchführungsvorschriften; tatbestandsausschließendes Einverständnis der Mehrheit der Gesellschafter einer GmbH; Minderheitsgesellschafter; Schutz der Minderheitenrechte; doppelte Milderung); Vermögensnachteil (endgültiger Vermögensschaden; schadensgleiche Vermögensgefährdung; Gefährdungsschaden); Gesetzlichkeitsprinzip (Verschleifungsverbot); Beweisantragsrecht (Bedeutungslosigkeit; Erwie-senheit).

§ 266 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 43 GmbHG; § 47 GmbHG; § 93 Abs. 1 AktG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 244 Abs. 3 StPO

1. Ein Geschäftsführer einer GmbH und ein Vorstand einer AG können sich wegen Untreue strafbar machen,

wenn sie unter Verstoß gegen § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG und unter Verletzung von Buchführungsvorschriften eine schwarze Kasse im Ausland einrichten (Fortführung von BGHSt 52, 323). (BGHSt)

2. Ein den Untreuetatbestand ausschließendes Einverständnis der Mehrheit der Gesellschafter einer GmbH setzt voraus, dass auch die Minderheitsgesellschafter mit der Frage der Billigung der Pflichtwidrigkeit befasst waren. (BGHSt)

3. Die Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts sind als Anknüpfungspunkt zur Bestimmung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB geeignet, weil durch fallgruppenspezifische Konkretisierung die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall gesichert ist. Die Sorgfaltspflichten der § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG umfassen nach allgemeiner Auffassung zum einen die Pflicht, für die Legalität des Handelns der Gesellschaft, insbesondere auch für die

Erfüllung der ihr aufgetragenen buchführungs- und steuerrechtlichen Pflichten Sorge zu tragen. Verstöße gegen die Legalitätspflicht können auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lägen in deren Interesse. Die – sei es auch profitable – Pflichtverletzung liegt nicht im Handlungsspielraum des geschäftsführenden Organs; die Bindung an gesetzliche Vorschriften hat vielmehr Vorrang. Zum anderen begründet der Pflichtenmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auch die Pflicht zur Loyalität gegenüber den übrigen Gesellschaftsorganen. Dies bedeutet insbesondere, dass das Geschäftsleitungsorgan durch Information und Beratung dafür zu sorgen hat, dass die anderen Organe die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen können. (Bearbeiter)

4. Zweck der gesetzlichen Vorgaben über die Rechnungslegung bei Kapitalgesellschaften ist es zumindest auch, neben den Gläubigern ebenso die Gesellschafter als materielle Inhaber des Gesellschaftsvermögens und die mit der Wahrung ihrer Interessen betrauten Kontrollorgane der Gesellschaft über deren Vermögensstand und finanzielle Lage zu informieren. Dies gilt im Rahmen des § 266 StGB jedenfalls für gravierende Verstöße, wie sie bewusste Nicht- und Falschbuchungen zur Verschleierung der Führung „schwarzer Kassen“ durch Organe einer Kapitalgesellschaft darstellen. (Bearbeiter)

5. Die Rechtsprechung sieht in einer unordentlichen Buchführung dann eine pflichtwidrige Untreuehandlung, wenn der Treugeber keine Übersicht über seine Rechte und Pflichten, mithin über seinen Vermögensstand zu gewinnen vermag, so dass er verhindert ist, Ansprüche geltend zu machen, weil er sie nicht erkennt. (Bearbeiter)

6. Da die Pflichtwidrigkeit des Handelns Merkmal des Untreuetatbestands ist, schließt das Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus (BGHSt 50, 331, 342; 52, 323, 335). Bei juristischen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten. Eine erklärte Einwilligung ist nur dann unwirksam, wenn sie gesetzwidrig oder erschlichen ist, auf sonstigen Willensmängeln beruht oder – wie bei der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz einer juristischen Person – ihrerseits pflichtwidrig ist. Oberstes Willensorgan der GmbH ist die Gesamtheit ihrer Gesellschafter. Ein die Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB ausschließendes Einverständnis der Gesellschafter kommt auch dann in Betracht, wenn die Vermögensverfügung des Geschäftsführers unter Verstoß gegen Buchführungsvorschriften erfolgt (BGHSt 35, 333, 335 ff.). (Bearbeiter)

7. Anders als bei der GmbH ist das Verhältnis der drei Organe der Aktiengesellschaft ein solches der Gewaltenteilung und wechselseitigen Kontrolle, in dem die Führung der laufenden Geschäfte ausschließlich dem Vorstand anvertraut ist. Im Hinblick auf eben diese Kompetenzverteilung kommt eine Befugnis des Vorstands zur Einwilligung in pflichtwidriges Handeln jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn es um ein eigenes pflichtwidriges Verhalten geht, das gerade in der Verschleierung der von ihm selbst vorgenommenen Vermögensverfügungen

gegenüber den zu seiner Kontrolle berufenen beiden anderen Gesellschaftsorganen sowie den für diese tätigen Abschlussprüfern besteht. Von der insbesondere durch §§ 111 Abs. 1-3, 119 Abs. 1 Nr. 4 u. 7, Abs. 2 AktG gewährleisteten Kontrolle und Aufsicht durch die übrigen Gesellschaftsorgane kann sich der Vorstand nicht durch die Erteilung des Einverständnisses in seine eigene Pflichtwidrigkeit dispensieren. (Bearbeiter)

8. Eine Pflicht, bei einer unerheblichen Beweistatsache den Antrag als bedeutungslos abzulehnen und nicht als erwiesen anzusehen, besteht nicht. (Bearbeiter)

830. BGH 1 StR 217/10 – Beschluss vom 27. August 2010 (LG Stuttgart)

Hinterziehung von Dumpingzöllen; Meistbegünstigungsgrundsatz und Zeitgesetz (milderes Gesetz; Verhältnismäßigkeit; lex mitior; Blankettstrafgesetz); Vorabentscheidungsverfahren; GATT-Abkommen; Antidumping-Übereinkommen.

§ 370 AO; § 373 AO; § 2 Abs. 3, Abs. 4 StGB; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Verordnung (EG) Nr. 1470/2001 des Rates vom 16. Juli 2001 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren integrierter elektronischer Kompakt-Leuchtstofflampen (CFL-i) mit Ursprung in der Volksrepublik China (ABl. EG 2001 Nr. L 195)

1. Bei der im Rahmen der Strafnorm des § 373 AO anzuwendenden EG-Verordnung, auf der die Erhebung von Antidumpingzöllen beruht, handelt es sich um ein Zeitgesetz i. S. v. § 2 Abs. 4 StGB, das für den Zeitraum seiner Gültigkeit auch nach seinem Außerkrafttreten weiterhin anwendbar bleibt.

2. Die EG-Verordnung Nr. 1470/2001 des Rates vom 16. Juli 2001 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren integrierter elektronischer Kompakt-Leuchtstofflampen (CFL-i) mit Ursprung in der Volksrepublik China (ABl. EG 2001 Nr. L 195 S. 8) ist schon deshalb ein Zeitgesetz, weil ihre Geltungsdauer gemäß Art. 11 Abs. 2 der zugrunde liegenden Verordnung (EG) Nr. 384/96 des Rates vom 22. Dezember 1995 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern (ABl. EG 1996 Nr. L 56 S. 1, im Folgenden: Grund-Verordnung) eine von vornherein definierte, kalendermäßig eindeutig bestimmbare Befristung erfuh.

3. Die Strafbarkeit wegen Hinterziehung von Antidumpingzöllen verstößt nicht gegen Unionsrecht. Der Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens bedarf es nicht.

4. Ein Verbot der Bestrafung der Hinterziehung von Antidumpingzöllen ergibt sich weder aus dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994) noch aus dem zur Durchführung des Artikels VI des GATT 1994 geschlossenen Antidumping-Übereinkommen vom 22. Dezember 1994 (ABl. EG 1994 Nr. L 336 S. 103).

846. BGH 2 StR 200/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Koblenz)

Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Angestelltenbestechung; Unrechtsvereinbarung; Versprechen bzw. Sich Versprechenlassen eines Vorteils mit Blick auf eine künftige unlautere Bevorzugung im Wettbewerb).

§ 299 Abs. 1, Abs. 2 StGB

1. § 299 StGB setzt eine Unrechtsvereinbarung dergestalt voraus, dass der Vorteil als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung gefordert, angeboten, versprochen oder angenommen wird. Da oftmals noch keine genaue Vorstellung darüber besteht, wann, bei welcher Gelegenheit und in welcher Weise die Unrechtsvereinbarung eingelöst werden soll, lässt der Bundesgerichtshof es in ständiger Rechtsprechung genügen, dass die ins Auge gefasste Bevorzugung nach ihrem sachlichen Gehalt in groben Umrissen erkennbar und festgelegt ist (vgl. BGHSt 32, 290, 291).

2. Kommt es dagegen ausnahmsweise zu einer Strafbarkeit wegen (nachträglicher) Gewährung/Annahme eines Vorteils für in der Vergangenheit liegende Bevorzugungen, stellt sich das Problem der schwierigen Bestimmbarkeit einer (künftigen) Bevorzugungshandlung naturgemäß nicht. Der Tatrichter ist deshalb schon zur Bestimmung des Unrechts- und Schuldgehalts der Tat, die nicht allein durch Art und Umfang des Vorteils, sondern auch durch Art und Ausmaß der unlauteren Bevorzugung geprägt ist, grundsätzlich gehalten, die jeweiligen Bevorzugungshandlungen konkret nach Zeit, Ort und Begehungsweise festzustellen und sich nicht nur auf allgemeine Beschreibungen, etwa orientiert an der getroffenen

Unrechtsvereinbarung, zu beschränken. Feststellungsschwierigkeiten bei Serienstraftaten über einen längeren Zeitraum, die auch in Fällen immer wiederkehrender Bestechungstaten auftreten können, lässt sich entsprechend der hierzu bestehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Rechnung tragen (vgl. nur BGHSt 42, 107 ff.; st. Rspr.; zur Möglichkeit der Schätzung des Schuldumfangs bei Vermögensstraftaten im Falle nicht möglicher Zuordnung von bestimmten strafbaren Einzelakten s. BGH wistra 2007, 143 f.). Sie befreien aber grundsätzlich nicht von der notwendigen Individualisierung der einzelnen Tathandlungen und entbinden zudem nicht davon, die einzelnen Bevorzugungshandlungen möglichst genau aufzuklären.

822. BGH 5 StR 199/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hamburg)

Schädliche Neigungen (Abgrenzung zur Reifeverzögerung; falsch verstandene Kameradschaft; spontane Beteiligung an Straftaten Dritter); Zumessung der Jugendstrafe.

§ 17 Abs. 2 JGG

1. Für die Annahme schädlicher Neigungen sind erhebliche Anlage- und Erziehungsmängel erforderlich, die in aller Regel nur bejaht werden können, wenn erhebliche Persönlichkeitsmängel schon vor der Tat, wenn auch verborgen, angelegt waren.

2. Entschließt sich ein Jugendlicher spontan zur Mitwirkung an Straftaten Dritter, so liegt eine Würdigung als situationsbedingtes Versagen nahe, das der Annahme schädlicher Neigungen tendenziell entgegensteht.

Festschreibung von Beweisergebnissen der tatgerichtlichen Hauptverhandlung für die strafprozessuale Revision – ein Mythos?

Von Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg

I. Einleitung

§ 261 StPO richtet sich seinem Wortlaut nach an den Tatrichter, ist aber gleichwohl für die Verteidigung in der Tatsacheninstanz *die* prozeßrechtliche Zentralnorm.¹ „Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.“ Das Schicksal des Mandanten steht und fällt deshalb mit dem, was der Tatrichter in der Urteilsberatung als „Inbegriff der Verhandlung“ ansieht. Die Hauptverhandlung besteht deshalb vorrangig im Ringen um diejenigen Beweisergebnisse, die der Tatrichter seiner Entscheidung zugrundelegen darf und muß. Die Stellung von Beweisansprüchen, die Befragung von Zeugen und Sachverständigen, die Einlassung des Angeklagten, aber auch das Geltendmachen von Beweisverwertungsverböten – die Entscheidung für diese und andere prozessuale Aktivitäten der Verteidigung muß sich an diesem Ziel ausrichten. *Insoweit* ist das Bemühen um Festschreibung (dem Mandanten günstiger) Beweisergebnisse eine völlig unspektakuläre Aufgabe jeder Strafverteidigung in einer tatgerichtlichen Hauptverhandlung.

Wählt man freilich nicht § 261 StPO als Bezugspunkt der Betrachtungsweise, sondern nimmt das Revisionsverfahren in den Blick, so ändert sich das Bild:

Das Revisionsgericht darf – so eine hier nicht auf ihre Tragfähigkeit zu untersuchende Behauptung der Revisionsrechtsprechung² – die Hauptverhandlung vor dem Tatrichter nicht *inhaltlich* rekonstruieren.³ Darauf zielende

* Das Manuskript lag meinen Vorträgen auf der Fortbildungsveranstaltung zum fünfjährigen Bestehen der Schleswig-Holsteinischen Strafverteidigervereinigung am 17.09.2010 in Kiel sowie der Herbsttagung der ASS am 02.10.2010 in Berlin zugrunde. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Vgl. bereits Ventzke StV 1997, 543, 545.

² Dazu: Hamm, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl., Rn. 255 ff., 277 ff.; Fezer, in: Schriftenreihe der AG Strafrecht des DAV, Band 9 (1992), S. 58 ff.; Wilhelm ZStW 2005, 343.

³ Vgl. zur aktuellen revisionsdogmatischen Diskussion mit unterschiedlicher Nuancierung nur Rieß, in: Festschrift für Fezer (2008), S. 455 ff.; Thomas Fischer, in: Festgabe für

Verfahrensrügen sehen sich dem Verdikt der Unzulässigkeit ausgesetzt. Die Ergebnisse der Beweisaufnahme können die Beteiligten des Revisionsverfahrens regelmäßig nur dem schriftlichen Urteil entnehmen. Derjenige, dessen Entscheidungsfindungsprozeß in der Revisionsinstanz auf Rechtsfehler untersucht werden soll, der Tatrichter, hat es mithin in der Hand, das dem Revisionsgericht für diese Überprüfung zugängliche Material nach seinen (nirgends zu offenbarenden) Kriterien zusammenzustellen.⁴

Der Leser eines Urteils, der Teilnehmer der Hauptverhandlung war, gerät deshalb gelegentlich ins Grübeln, ob dessen Verfasser in ihm wirklich über die gemeinsam erlebte Realität der Beweisaufnahme berichtet, und zwar auch dann, wenn er nicht von der Hybris befallen ist, die „wirkliche Wirklichkeit“ zu kennen.⁵

II. Ein Beispielfall

Hierzu ein Beispiel aus einem Verfahren, das vor über 14 Jahren bei dem Landgericht Itzehoe⁶ anhängig war:

Dem Angeklagten, einem Sportlehrer und Vereinstrainer, wurde zur Last gelegt, mit einer Jugendlichen, die Schülerin und zudem Spielerin in einer von ihm betreuten Mannschaft war, einvernehmliche sexuelle Kontakte unterhalten zu haben. Der Angeklagte bestritt dies. Die Schilderungen der Zeugin waren wenig plastisch. Konstant berichtete sie freilich, niemals die Befürchtung gehabt zu haben, schwanger zu werden, da immer mittels Kondom verhütet worden sei. Während der Befragung in der Hauptverhandlung ergab sich, daß sie diese sexuellen Kontakte erstmals ihrem damaligen Freund offenbart hatte. Dieser war im Ermittlungsverfahren nicht vernommen worden. In der Hauptverhandlung schilderte er anschaulich die Situation, in der ihm die Zeugin von der Beziehung zu ihrem Lehrer und Trainer

Paulus (2009), S. 53 ff.; Rosenau, in: Festschrift für Widmaier (2008), S. 521 ff.

⁴ Vgl. Eschelbach, in: Festschrift für Widmaier a.a.O. S. 127 ff.

⁵ Dazu: Hamm a.a.O. Rn. 1293.

⁶ LG Itzehoe 9 KLs 11/95 jug III (Urteil vom 22.04.1996); rechtskräftig seit dem 06.11.1996 (BGH 3 StR 479/96).

erzählt hatte. Besonders war ihm ein von der Zeugin im gesamten Verfahren nur holzschnittartig beschriebener Vorfall in Erinnerung. Dies deshalb, weil seine Freundin ihm nämlich seinerzeit erklärt habe, sie sei in großer Sorge gewesen, schwanger geworden zu sein, da das Kondom in ihrer Scheide steckengeblieben sei. Der Zeuge schloß auf irritiertes Befragen des Gerichts aus, sich geirrt, etwas falsch verstanden oder verwechselt zu haben.

Einen solchen Tatablauf hatte die Zeugin zuvor nie erwähnt. Sie wurde deshalb von Amts wegen erneut geladen und vernommen. Dabei flüchtete sie sich weitgehend in die Erinnerungslosigkeit. Diese Wendung der Beweisaufnahme wurde in der Hauptverhandlung von allen Verfahrensbeteiligten, auch dem Gericht, intensiv u.a. mit der psychologischen Glaubhaftigkeitsgutachterin erörtert. Man hatte sich angewöhnt, schlagwortartig vom „Kondomunfall“ zu sprechen.

Wie erschien dieser Teil der Beweisaufnahme in den schriftlichen Urteilsgründen? Der „Kondomunfall“ wird in den Feststellungen zum Tatgeschehen und zur Entstehungsgeschichte der Aussage erwähnt. Das Urteil verhält sich aber nicht zu dem, was *alle* Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung beschäftigt hatte, nämlich zur Entwicklung des auf den „Kondomunfall“ bezogenen Aussageverhaltens der Zeugin. Die Kammer berichtet dem Leser ihres Urteils nicht, daß die Zeugin außerhalb des Gesprächs mit ihrem damaligen Freund *niemals* – auch nicht in der Hauptverhandlung – von sich aus den „Kondomunfall“ angesprochen hatte. Damit entzog sich das Tatgericht jedenfalls im Ergebnis elegant der beweisrechtlichen Notwendigkeit, bei der Prüfung der im übrigen von ihm bejahten Konstanz der Aussage diese Auffälligkeit ausdrücklich in den Blick zu nehmen.

Für die Revision bedeutete dies:

- *Sachlichrechtlich* könnte ein Erörterungsdefizit nur geltend gemacht werden, wenn man dem Umstand, daß der „Kondomunfall“ in den weiter im Urteil wiedergegebenen Aussagen der Zeugin nicht auftauchte, entnehmen wollte, er sei bei diesen Gelegenheiten von der Zeugin tatsächlich nicht erwähnt worden. Ob Revisionsgerichte für ein derartiges Verständnis der Urteilsgründe zu erwärmen sind, erscheint eher fraglich, versuchen sie doch gerade, Tatrichter davon abzuhalten, im Urteil den Gang der Beweisaufnahme protokollartig wiederzugeben.⁷ Selbst der 1. Strafsenat des SchlHOLG⁸ hat sich un-

⁷ Z.B. BGH 5 StR 412/08 HRRS 2009 Nr. 107, Rn. 14: „Das Tatgericht ist nämlich zur umfassenden Dokumentation der Beweisaufnahme im Urteil nicht verpflichtet (vgl. BGHSt 15, 347, 348; BGH NStZ 2007, 720), sondern lediglich zur Darstellung seiner – wenn auch rational zu begründenden und tatsächengestützten (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2008 – 5 StR 224/08 Rdn. 16) – Beweisführung (vgl. Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 267 Rdn. 12a).“

⁸ 1 Ss 92/09 vom 23.06.2009, S. 3 ff. Die Revision greife – so die bemerkenswerte Logik des Senats (a.a.O. S. 2) – „einen der wenigen Teile des Urteils (an), die revisionsrechtlich unbedenklich erscheinen.“ Vgl. zu dieser Entscheidung auch Eggers JurisPR-StrafR 12/2010 Anm. 3.

längst hierzu – gegenüber einer Kleinen Strafkammer des Landgerichts Lübeck recht ungnädig eingestellt – zu Wort gemeldet.

- Gab es für die Verteidigung vor dem Landgericht *verfahrensrechtlich* tragende Möglichkeiten, diese Entwicklung des Aussageverhaltens „festzuschreiben“, also *revisionsrechtlich wirksam* zu verhindern, daß sich das Tatgericht seiner Erörterungspflicht im Urteil entzieht?

III. Abhilfemöglichkeiten

Derartige Fragestellungen beschäftigen die Verteidigung in der Tatsacheninstanz seit jeher in unterschiedlichen beweisrechtlichen Zusammenhängen. Bezeichnenderweise war das Thema „Die Verteidigung in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht mit Blick auf die Revision“ schon Gegenstand des im November 1986 stattgefundenen Strafverteidiger-Kolloquiums der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltverein. Zur Veranschaulichung einige der Vortragsthemen⁹:

- „Die Zeugenvernehmung – Möglichkeiten der Festschreibung von Aussageinhalt und konkreter Aussagesituation“ (Römer-Hahn);
- „Vereidigung und Entlassung von Zeugen und Sachverständigen – Gefahren des generellen Verzichts auf die Vereidigung“ (Strate);
- „Möglichkeiten der Festschreibung des Sachverhalts in der Hauptverhandlung – Erklärungsrechte, sonstige Möglichkeiten“ (Kempff).

1.

Geändert hat sich seitdem wenig. Übernimmt man die Revisionsverteidigung, so wird einem nicht selten – teils euphorisch, teils eher resignativ – folgendes aus der Hauptverhandlung berichtet:

- Der Angeklagte habe sich durch eine von ihm selbst bzw. dem Verteidiger verlesene schriftliche Einlassung verteidigt und keinerlei Fragen mündlich beantwortet. Die Erklärung sei auch Protokollanlage geworden. Deshalb habe der Tatrichter keinerlei Manipulationsmöglichkeiten, stehe doch für das Revisionsgericht nunmehr bindend fest, was der Angeklagte zu seiner Verteidigung gesagt habe.
- Durch ausführliche, verlesene Erklärungen gem. § 257 StPO sei sichergestellt, daß das Revisionsgericht von dem wirklichen Gang der Beweisaufnahme informiert werde.
- In Beweisunterlagen sei detailliert auf die Entwicklung der Beweisaufnahme eingegangen

⁹ Die Vorträge wurden 1988 unter dem Tagungstitel in der damaligen Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaften des DAV veröffentlicht.

worden; der Erfolg beweisantragsrechtlicher Rügen sei deshalb geradezu vorprogrammiert.

- Das Gericht habe sich dem Ansinnen widersetzt, nach Vernehmung der Hauptbelastungszeugen zu erklären, ob es deren Aussage so verstanden habe, wie es die Verteidigung in ihren zu diesem Zweck zur Akte gereichten Mitschriften festgehalten habe; das vereinbare sich doch nicht mit Art. 6 Abs. 1 EMRK.
- Es sei immer, wenn auch vergeblich, die Verteidigung von Zeugen beantragt worden.
- Man habe eine Unzahl von Protokollierungsanträgen gestellt, denen das Gericht freilich nicht nachgegangen sei, und zudem habe man freilich vergeblich eine Tonbandaufzeichnung der Verhandlung zu bewirken versucht. Gleichwohl werde sich das Revisionsgericht durch den Inhalt der Anträge beeindrucken lassen
- Der Tatrichter sei leider nicht davon abzubringen gewesen, eine Vielzahl von Urkunden – gar im Selbstleseverfahren – in die Beweisaufnahme einzuführen.
- Es sei eine Vielzahl affirmativer (Hilfs-)Beweisanträge gestellt worden. Dadurch sei der Tatrichter bei der Beweiswürdigung definitiv eingemauert worden.
- Der Tatrichter sei leider allen Anträgen nachgegangen.
- Es seien keine Anträge gestellt worden, da die Beweislage eindeutig gewesen sei – und nun dies.

2.

Ich werde in einem ersten Schritt untersuchen, ob und in welcher Weise die geschilderten Verfahrensabläufe aus *revisionsrechtlicher* Perspektive geeignet sind, das erstrebte Ziel der Festschreibung dem Mandanten günstiger Beweisergebnisse zu erreichen (a)). Ich betone den von mir gewählten Blickwinkel, weil der etwaige Befund, die eingesetzten Mittel seien für das angestrebte Ziel *revisionsrechtlich* untauglich, rein gar nichts darüber besage, ob ihr Einsatz in der Logik der tatgerichtlichen Hauptverhandlung – und sei es auch „nur“ verfahrenspsychologisch – für die Durchsetzung des Mandanteninteresses geboten war. Kempf hatte entsprechend auf dem erwähnten Kolloquium zwischen formellen (revisionsrechtlich ausgerichteten) und informellen Festschreibungsmöglichkeiten unterschieden.¹⁰ In einem zweiten Schritt werde ich das so gefundene Ergebnis auf den eingangs geschilderten Fall anwenden (b)).

¹⁰ A.a.O. S. 63/64 f.

a)

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die Mehrzahl der geschilderten Verteidigungsmittel bzw. Verfahrensabläufe ist *revisionsrechtlich* unergiebig¹¹. Mehr noch: Verteidiger müssen über ihren Schatten springen. Traditionell begreifen sie sich als Verfechter der Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. Das, was ihnen deshalb vielfach ein Graus ist, nämlich die vernehmungsersetzende oder -ergänzende Verlesung von Urkunden, bietet die stärksten Anknüpfungspunkte für einschlägige verfahrensrechtliche Beanstandungen, nämlich für eine besondere Form der Inbegriffsrüge (§ 261 StPO).

Wichtig ist es zudem wegen der Struktur der Hauptverhandlung, den Tatrichter in ihr frühzeitig zum Sprechen zu bringen, ihn aus der Reserve zu locken. Nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das Tatgericht ist bei *normativer* Betrachtungsweise Gegner von Angeklagtem und Verteidigung.¹² Die Beweishypothesen der Staatsanwaltschaft zu widerlegen, hilft ihnen allein nämlich fast nichts, da in den Grenzen der §§ 264, 265 StPO nur das (mit der staatsanwaltschaftlichen Sichtweise nicht notwendigerweise, wenn auch *faktisch* recht oft deckungsgleiche) Bild bedeutsam ist, das sich der Tatrichter von der Beweislage macht (§ 261 StPO) und von dem die Verfahrensbeteiligten – wie eingangs gezeigt – in revisionsrechtlich relevanter Weise erst durch das schriftliche Urteil unterrichtet werden.

Wie sind die von mir schlagwortartig beschriebenen Prozeßverläufe unter diesem Blickwinkel zu betrachten?

aa)

Die (insbesondere vom Verteidiger verlesene) schriftliche Einlassung des Angeklagten gehört in deutschen Gerichtssälen nicht nur bei Urteilsabsprachen zum Alltag. Schneider sieht sie gar als ein Element der „postmoderne(n) Modifikation des Strafverfahrens“.¹³ Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat es freilich binnen kurzem geschafft, diese Verteidigungsmethode gerade in dem uns interessierenden revisionsrechtlichen Zusammenhang zu entschärfen¹⁴:

- Der Beweiswert derartiger Einlassungen wird als grundsätzlich gering veranschlagt.¹⁵ Zu die-

¹¹ Ebenso *Widmaier*, im: MAH-Strafverteidigung (2008), § 9, Rn. 104 ff.

¹² Vgl. eindringlich *Joachim Schulz*, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, 2007, S. 14, 17 f., 19 ff.; 40, 43 ff.; 164, 180 ff.

¹³ In: KK, StPO, 6. Aufl., § 243, Rn. 48.

¹⁴ Vgl. hierzu umfassend *Hartmut Schneider* a.a.O. Rn. 44 – 51.

¹⁵ Leitentscheidung BGH 3 StR 181/02, Rn. 25 (HRRS): „Ihr steht die Einlassung des Angeklagten auch nicht in vollem Umfang entgegen. Er hat immerhin eingeräumt, Kokaingeschäfte mit Holger L. im Kilobereich getätigt zu haben. Es kommt hinzu, daß der Einlassung des Angeklagten K. auch deswegen geringeres Gewicht zukommt, weil es sich nicht um eine eigentliche, mündlich vor Gericht abgegebene Aussage, sondern um eine schriftliche Verteidigererklärung handelte, die erst im Laufe des zweiten Hauptverhandlungsdurchgangs in Kenntnis des wesentlichen Teils des Beweisergebnisses abgegeben worden ist und die sich der

ser Argumentation müssen zudem auch Verteidiger zunehmend greifen, wenn ihr Mandant durch eine solchermaßen in die Hauptverhandlung eingeführte und gegen Nachfragen immunisierte Aussage eines sich zum Kronzeugen aufschwingenden Mitangeklagten belastet wird.¹⁶

- Die Verpflichtung des Tatgerichts, derartige Erklärungen eines (gar schweigenden) Angeklagten im Wege der Verlesung in Erfüllung der Sachaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) oder auf einen Beweisantrag (§§ 244 Abs. 3, 245 StPO) in die Beweisaufnahme einführen zu müssen, ist deutlich eingeschränkt worden.¹⁷
- Vor allem aber: Die Verlesung einer schriftlichen Einlassung zur Sache, sei es durch den Angeklagten, sei es durch den Verteidiger, steht der strengbeweislichen Einführung einer Urkunde durch Verlesung im Sinne des § 249 Abs. 1 StPO, die durch den Vorsitzenden erfolgt, nicht gleich. Strafverfahrensrechtlich sattelfeste Vorsitzende haben deshalb seit jeher derartige Einlassungen zur Akte und nicht als Anlage zum Protokoll genommen. Die revisionsverfahrensrechtliche Folge liegt auf der Hand: Die Absicht, nach einer Verlesung der schriftlichen Einlassung im Revisionsverfahren ggfls. mit der Rüge einer Verletzung des § 261 StPO beanstanden zu können, das Urteil habe sich mit wesentlichem Entlastungsvorbringen nicht ausreichend auseinandergesetzt¹⁸, scheidet am revisionsrechtlichen Rekonstruktionsverbot. Daß diese Form der Verteidigung *revisionsrechtlich* unhelplich ist, hat der 3. Strafsenat des BGH unter Einsatz des gesamten revisionsrechtlichen Argumentationsinstrumentariums auf den Punkt gebracht:

„Die Rüge, die Strafkammer habe unter Verstoß gegen § 261 StPO ihrem Urteil ein Geständnis des Angeklagten auch in Bezug auf die Tat 1 zugrunde gelegt, das dieser nicht abgegeben hat, ist entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts zulässig erhoben. Der Beschwerdeführer musste den Inhalt der Erklärung, die der Verteidiger für den Angeklagten in der Hauptverhandlung abgegeben hat und deren Abschrift sodann als Anlage zum Protokoll genommen worden ist, nicht vortragen. Es handelt sich nicht um eine den behaupteten Mangel begründende Tatsache.

Angeklagte lediglich als Einlassung zu eigen machte (vgl. Eisenberg/Pincus JZ 2003, 397, 399, 403).“ Vgl. dazu *Dahs* NStZ 2004, 451.

¹⁶ BGH 5 StR 578/08 HRRS 2009 Nr. 174, Rn. 10: „Deren Einlassungen beruhen nämlich auf einer in Kenntnis des gesamten Verfahrensstoffes gefertigten schriftlichen Verteidigererklärung von minderer Überzeugungskraft (vgl. BGH NJW 2003, 2692, 2694) und bargen als interessengeleitete Aussagen ein unerörtert gebliebenes Falschbelastungsrisiko (vgl. BGH StV 2004, 578, 579; Brause aaO S. 510). Die Einlassungen bezweckten die jeweils eigene Verurteilung wegen Beihilfe, was indes nahezu zwingend die Verurteilung des Revidenten wegen täterschaftlichen Handeltreibens vorausgesetzt hätte.“

¹⁷ Vgl. BGH 3 StR 6/08 (HRRS 2008 Nr. 645, Rn. 14 ff.).

¹⁸ So bezogen auf die gerichtliche Verlesung die präzise Umschreibung des 3. Strafsenats a.a.O. Rn. 21.

Wenn sich der Angeklagte bei seiner Einlassung in der Hauptverhandlung der Hilfe seines Verteidigers in der Form bedient, dass der Verteidiger mit seinem Einverständnis oder seiner Billigung für ihn eine schriftlich vorbereitete Erklärung abgibt und das Schriftstück sodann – unnötigerweise – vom Gericht entgegengenommen und als Anlage zum Protokoll der Hauptverhandlung genommen wird, so ändert dies nichts daran, dass sich der Angeklagte damit mündlich geäußert und das Gericht den Inhalt dieser Äußerung in den Urteilsgründen festzustellen hat (...). Der Text der Protokollanlage ist deshalb nicht geeignet darzulegen (oder gar zu beweisen), wie sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung eingelassen hat. Aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ergibt sich deshalb nicht die Pflicht, ihn mit der Revision vorzutragen.

Die Rüge ist indes, wie der Generalbundesanwalt in seinen hilfsweise gemachten Erwägungen zutreffend ausgeführt hat, unbegründet. Die Behauptung, der Angeklagte habe sich anders eingelassen, als dies in den Urteilsgründen dokumentiert ist, könnte nur durch eine Rekonstruktion des Inhalts der Hauptverhandlung bewiesen werden. Eine solche ist dem Revisionsverfahren insoweit fremd. Ein Freibeweis darüber, dass die Einlassung des Angeklagten einen anderen Inhalt hatte, als er im Urteil festgestellt wurde, ist nicht zulässig (...).¹⁹

bb)

Es verwundert dann auch nicht, daß es *revisionsrechtlich* erst recht regelmäßig unbeachtlich ist, ob ausführliche schriftliche Erklärungen gem. § 257 StPO verlesen und zu Protokoll genommen werden. Sie eröffnen dem Revidenten nicht die Möglichkeit, dem Revisionsgericht seine Sicht des Ganges der Beweisaufnahme aufzuzwingen.

„Auch im Revisionsverfahren sind Rügen ausgeschlossen, die eine Rekonstruktion der Beweisaufnahme voraussetzen würden (...). Der Grundsatz des § 261 StPO verbietet ausnahmslos, Aufzeichnungen, die ein Prozeßbeteiligter über die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung abweichend von den tatrichterlichen Feststellungen gemacht hat, zu deren Widerlegung im Revisionsverfahren heranzuziehen (...).“²⁰

Gleiches gilt für Schilderungen des Ergebnisses der Beweisaufnahme in der Begründung von Beweisanträgen. Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung will zwar Angeklagte und Verteidiger etwa beweisantragsrechtlich durchaus in eine Art Dialog mit dem Tatgericht verwickeln.²¹ Ausbaufähig im hier gemeinsten Sinn ist sie freilich nicht. Verfassungsgerichtlich abgesichert²² hält gerade der diese Rechtsprechung prägende 5. Strafsenat des BGH an den von ihm entwickelten Grundsätzen von BGHSt 43, 212 unbeirrt fest:

„Das vorgetragene Verfahrensgeschehen begründet auch keine Behinderungsrüge (§ 338 Nr. 8 StPO; ...). Ein kausaler Zusammenhang zwischen dem von der Revision behaupteten Fairnessverstoß und dem Urteil besteht nicht. Einen solchen sieht die Revision in der mangelnden gerichtlichen Reaktion auf einen Vorspann (‘dies vorausgeschickt’) in einem Beweisantrag

¹⁹ 3 StR 516/08 HRRS 2009 Nr. 161.

²⁰ BGH 2 StR 462/03 HRRS 2004 Nr. 259, Rn. 16.

²¹ Vgl. *Ventzke* StV 2009, 655, 657.

²² BVerfG 2 BvR 2025/07 HRRS 2009 Nr. 467, Rn. 17.

des Verteidigers. Darin wurde als Ergebnis einer Zeugenvernehmung der Nebenklägerin behauptet, diese habe drei ihr zugeschriebene Äußerungen im Internet-Chat mit dem Angeklagten bestätigt. Danach hätte das Gericht ohne ausdrücklichen Hinweis nicht von der Wahrscheinlichkeit einer Manipulation der Gesprächsprotokolle durch den Angeklagten ausgehen dürfen.

Dies trifft nicht zu. Das Gericht war unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verpflichtet, seine Würdigung des Ergebnisses einer Beweiserhebung dem Angeklagten vor der Urteilsverkündung mitzuteilen (...). Die Verteidigung wurde auch nicht im Unklaren über das Verständnis des Gerichts betreffend die Grundlagen eines von ihr gestellten Antrags gehalten (...). Die Darlegungen im Vorspann des Antrags waren mit den unter anderem auf die Vernehmung von fünf Zeugen gerichteten Beweisanträgen inhaltlich keineswegs dergestalt verbunden, dass die Begründungen der Beweisanträge auch Beweisbehauptungen aus dem Vorspann umfasst hätten. Zudem gilt für ein nicht direkt antragsbezogenes bestimmtes Verständnis vom Ergebnis einer vorherigen Beweiserhebung Folgendes: Wenn einem Beweisantrag – wie hier – vollständig stattgegeben wird, macht dies schon im Blick auf die notwendigerweise fehlende Begründung einer solchen Entscheidung die Beweiserwägungen des Gerichts in keiner Hinsicht transparent. Hieraus lässt sich für den Antragsteller kein Vertrauenstatbestand herleiten.²³

Eine tatrichterliche Erörterungspflicht besteht allein in beweisantragsrechtlichen Zusammenhängen, konkreter: im Rahmen von Beschlüssen gem. § 244 Abs. 6 StPO. Hier kann der Verteidiger in gewisser Weise unmittelbar oder mittelbar Sachverhalte festschreiben. Das gilt etwa für Beweisanträge auf Vernehmung eines weiteren Sachverständigen (§ 244 Abs. 4 StPO), wenn substantiiert Zweifel an der Sachkunde des ersten Sachverständigen geltend gemacht werden.²⁴

Nicht nur die beweisantragsrechtlichen Ablehnungsgründe des Erwiesenseins und der Wahrunterstellung²⁵, auf die ich noch gesondert eingehen werde, sondern selbst der von Verteidigern gefürchtete, von Tatrichtern *einerseits* geliebte, *andererseits* lieblos gehandhabte Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit kann dem Verteidiger

ger hilfreich sein. Er eröffnet immerhin mittelbar die Möglichkeit, Sachverhalte festzuschreiben. Wenn nämlich das Begründungsniveau des Beschlusses gem. § 244 Abs. 6 StPO inhaltlich der Indizienbeweisführung im Urteil entsprechen muß und der Tatrichter sich hierzu in seinem Urteil nicht in Widerspruch setzen darf²⁶, erlangt der Verteidiger immerhin durch die Begründung des Ablehnungsbeschlusses Aufschluß über die tatrichterliche Sichtweise auf das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme und kann seine Verteidigung hierauf einstellen.

Ein anschauliches Beispiel liefert eine neuere Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH²⁷: Der Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Raubes lag die tatrichterliche Feststellung zugrunde, der Angeklagte habe den in Begleitung des Zeugen H. befindlichen Geschädigten gegen dessen Willen zum späteren (für Dritte nicht einsehbar) Tatort gezogen. Diese Feststellung stützte der Tatrichter auf die Aussagen des Geschädigten, die ihm auch deshalb glaubhaft erschienen, weil der in der Hauptverhandlung nicht vernommene Zeuge H. nach den Angaben des kriminalpolizeilichen Vernehmungsbeamten derartiges auch im Ermittlungsverfahren berichtet hatte. Der Angeklagte hatte auf Vernehmung des Zeugen H. zum Beweis dafür angetragen, das Tatopfer sei dem Angeklagten freiwillig zum späteren Tatort gefolgt, ohne hierzu genötigt worden zu sein. Der Tatrichter hat dieses Vorbringen für bedeutungslos erachtet, weil nur das Geschehen am eigentlichen Tatort von Belang sei. Den nach dem Beweisvorbringen möglichen Schluß auf die Nichtanwendung von Gewalt bei Begehung der Tat wollte die Kammer nicht ziehen. Das war nach Auffassung des BGH fehlerhaft:

„Für die zu treffende Entscheidung ohne Bedeutung ist eine unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache nur dann, wenn ein Zusammenhang zwischen ihr und dem Gegenstand der Urteilsfindung nicht besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Falle ihres Erwiesenseins nicht geeignet ist, die Entscheidung irgendwie zu beeinflussen (...). Zwar ist es dem Tatrichter grundsätzlich nicht verwehrt, Indiztatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos zu betrachten, wenn er einen möglichen Beweisschluss, den der Antragsteller erstrebt, nicht ziehen will. Er muss sich dann aber an seiner Annahme tatsächlicher Bedeutungslosigkeit festhalten lassen und darf sich im Urteil nicht in Widerspruch zu der Ablehnungsbegründung setzen (...). Dies ist hier jedoch geschehen. Im Rahmen der Glaubwürdigkeitsbeurteilung des Tatopfers hat das Landgericht auch aus den übereinstimmenden Angaben des Zeugen H. und des Geschädigten zu dem Vortatgeschehen auf die Glaubhaftigkeit der Angaben des Opfers zur Tat II. 1 geschlossen. Damit hat es zu erkennen gegeben, dass es diesem Geschehen entgegen der im Ablehnungsbeschluss geäußerten Auffassung Bedeutung für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Hauptbelastungszeugen beigemessen hat. Hierin liegt ein Verstoß gegen § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO.“

Daß der Beschluß gem. § 244 Abs. 6 StPO bei Anwendung des Ablehnungsgrundes der Bedeutungslosigkeit den bereits erwähnten strengen Begründungsanforderungen zu genügen hat, entspricht seit Jahrzehnten ein-

²³ BGH 5 StR 412/08 a.a.O. Rn. 21 f.

²⁴ BGH 1 StR 618/98, Rn. 60 (HRRS): „Hält ein Prozeßbeteiligter die wissenschaftlichen Anforderungen dagegen für nicht erfüllt, wird er noch in der Tatsacheninstanz auf die Bestellung eines weiteren Sachverständigen hinzuwirken haben. Will das Gericht einem dahingehenden Beweisantrag nicht entsprechen, bedarf es – wie dargelegt einer ausführlichen Begründung des Ablehnungsbeschlusses regelmäßig nur dann, wenn der Antragsteller einen Mangel des Erstgutachtens konkret vorgetragen hat. Ist dies geschehen, wird es aber vor einer Entscheidung über einen derartigen Antrag naheliegen, den Erstgutachter zu dem behaupteten Mangel zu hören und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.“

²⁵ Die Probleme liegen bei dem zuletzt genannten Ablehnungsgrund vor allem darin, daß mit der Wahrunterstellung nicht die bindende Zusage der Erheblichkeit der Beweisbehauptung einhergeht und es der Tatrichter bei der Absetzung des Urteils zudem in der Hand, darüber zu bestimmen, ob er sich mit dem Vorbringen auseinandersetzen muß (vgl. Fischer, in: KK a.a.O. § 244, Rn. 185 f., 192 f.).

²⁶ Vgl. nur Fischer a.a.O. Rn. 144 – 146.

²⁷ 3 StR 250/10 vom 20.07.2010 Rn. 3 – 10.

deutiger Rechtsprechung *aller* BGH-Strafsenate; in einer seiner letzten die Strafjustiz dieses Bundeslandes betreffenden Entscheidungen hat der 3. Strafsenat des BGH eine Strafkammer des Landgerichts Flensburg nachdrücklich hieran erinnert.²⁸

Es ist deshalb kein Zufall oder Ausdruck bloßen Unvermögens, wenn Tatrichter trotzdem Antragsteller weiterhin mit nichtssagenden Beschlüssen abspesen:

„Die in das Wissen des Zeugen W. gestellten Tatsachen sind für die Entscheidung aus tatsächlichen Gründen ohne Bedeutung. Unterstellt, sie wären erwiesen, ergeben sich daraus nur mögliche, aber keine zwingenden Schlüsse, die das Gericht nicht zu ziehen beabsichtigt.“²⁹

So manifestiert sich der Unwillen von Tatrichtern, sich vor der Urteilsbegründung in die Karten blicken zu lassen.³⁰ Daß mit einem derartigen tatgerichtlichen Verhalten eine der wesentlichen Funktionen des Beweisantragsrechts unterlaufen wird, hat Max Alsberg schon 1926 herausgearbeitet. Er sah bereits damals im Beweisantragsrecht „eine Handhabe, um, wenn auch in begrenztem Maße, die Stellungnahme des Gerichts zur rechtlichen und tatsächlichen Bedeutung des Beweisergebnisses in einem Zeitpunkt erkennen zu können, in dem eine Abänderung dieser Stellungnahme durch weitere Anträge und Ausführungen noch angestrebt werden kann“³¹.

cc)

Die nicht seltenen Protokollierungsanträge oder gar Anträge auf Tonbandaufzeichnung der Beweisaufnahme sind *revisionsrechtlich* wiederum ohne jeden Belang. Anderes gilt nur dann, wenn die Protokollierung gem. § 273 Abs. 3 S. 1 StPO tatsächlich erfolgt ist.³² Das setzt freilich

²⁸ 3 StR 519/09 vom 12.01.2010, Rn. 7 (bei HRRS nicht erfaßt).
²⁹ Vgl. hierzu die Revisionsentscheidung HansOLG Hamburg StV 2010, 122 f., die im Hinblick auf einen ähnlich „begründeten“ Beschluß das Urteil aufhob.
³⁰ Vgl. auch *Rosenthal* AnwBl. 2010, 561, 562.
³¹ Ausgewählte Schriften (1992), S. 277, 280; ausdrücklich a.A. *Niemöller* JR 2010, 332, 336 in Fn. 44.
³² Vgl. nur BGH 5 StR 412/08 a.a.O. Rn. 14: „Soweit mit den Aufklärungsprüfungen Nr. 4 und 5 vorgetragen wird, drei in der Hauptverhandlung vernommene Zeuginnen hätten bei sachgerechter Erhebung ihrer polizeilichen Aussagen für den Angeklagten Günstigeres bekundet, beruft sich die Revision auf eine unterbliebene vollständige Ausschöpfung erhobener Beweise (vgl. BGHSt 4, 125, 126). Solches kann indes nicht Gegenstand einer Aufklärungsrüge sein, weil sich das Revisionsgericht nicht über das Verbot der Rekonstruktion der Beweisaufnahme hinwegsetzen darf (vgl. BGHSt 43, 212, 214; BGH NJW 2003, 150, 152, insoweit in BGHSt 48, 34 nicht abgedruckt). Nur auf der Grundlage der Kenntnis der vollständigen Aussage der Zeuginnen in der Hauptverhandlung ließe sich beurteilen, ob das von der Revision als sachgerecht erachtete Aufklärungsbegehren erfüllt worden ist. Die Erlangung einer solchen Kenntnis ist indes nach den verfahrensrechtlichen Strukturprinzipien – jenseits von Protokollierungen gemäß § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO – ausgeschlossen. Das Tatgericht ist nämlich zur umfassenden Dokumentation der Beweisaufnahme im Urteil nicht verpflichtet (vgl. BGHSt 15, 347, 348; BGH NStZ 2007, 720), sondern lediglich zur Darstellung seiner –

voraus, den Tatrichter vom Vorliegen der gemeinhin restriktiv verstandenen Voraussetzungen dieser Norm³³ zu überzeugen. Allerdings gewinnt man allzu oft den Eindruck, bei manchem Gericht käme es nie auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder den Wortlaut einer Aussage oder Äußerung an.

dd)

Damit ist der Sache nach einer der m.E. erfolgversprechendsten Ansätze zur formellen Sachverhaltsfestschreibung erreicht, nämlich die verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge³⁴.

Ergibt sich aus dem Urteil selbst, daß der Tatrichter einen Umstand nicht nachvollziehbar in die Beweiswürdigung eingestellt hat, so kann dies mit der *Sachrüge* als Erörterungsmangel beanstandet werden.³⁵

Nur ein (etwas skurril anmutendes) Beispiel aus der neueren Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH:

„Nach den die Feststellungen tragenden Bekundungen der Nebenklägerin wurde das ohnehin eher ungewöhnliche Vergewaltigungsgeschehen noch weiter dadurch verkompliziert, dass der Mischlingshund der Ehefrau des Angeklagten, die zugleich Lebensgefährtin der Nebenklägerin war, nach dem Angeklagten schnappte, von diesem jedoch ‚weggetreten‘ wurde. Dies geschah, während der zur Tatzeit knapp 56 Jahre alte, wegen Rückenbeschwerden berentete und erheblich alkoholisierte Angeklagte (...) den vaginalen und analen Geschlechtsverkehr an der Nebenklägerin vollzog, wobei er diese zugleich auf die Tischplatte niederdrückte und sich ihrer Tritte zu erwehren hatte (...). Unter solchen Vorzeichen hätte sich das Urteil nicht auf eine eher bruchstückhafte Darstellung beschränken dürfen. Vielmehr waren eine Mitteilung der näheren Einzelheiten (u.a. Größe und Alter des Hundes; Art, Dauer und Begleitumstände der ‚Bissattacken‘) und deren Würdigung im Zusammenhang mit dem Tatgeschehen unerlässlich.“³⁶

Der Rückgriff auf Urteilsfremdes ist dem Beschwerdeführer hierbei versperrt. Der *verfahrensrechtlichen Rüge*, die Feststellungen vereinbarten sich nicht mit dem Akteninhalt, stehen – so das herkömmliche Verständnis der „Ordnung des Revisionsverfahrens“ – das Rekonstruktionsverbot, das Verbot der Rüge der Aktenwidrigkeit des

wenn auch rational zu begründenden und tatsächengestützten (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2008 – 5 StR 224/08 Rdn. 16) – Beweisführung (vgl. Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 267 Rdn. 12a).“

³³ Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl., § 273, Rn. 18 ff.
³⁴ Vgl. bereits *Ventzke* StV 1992, 338, 341 m.w.N.
³⁵ Vgl. nur *Meyer-Goßner* a.a.O. § 261, Rn. 38; § 337, Rn. 26 ff.
³⁶ BGH 5 StR 194/10 vom 06.07.2010, Rn. 3 (meine Hervorhebung). Für das Thema des Vortrages erhellend (und die wirklichen Entscheidungsgründe beleuchtend) sind freilich die sich anschließenden Ausführungen (a.a.O. Rn. 4): „Der Senat weist in diesem Zusammenhang noch darauf hin, dass die Nebenklägerin – was ihm aus einer zulässigen Verfahrensrüge bekannt ist – das markante Detail der ‚Hundeattacke‘ erst in der Hauptverhandlung, nicht aber in den vorausgegangenen beiden polizeilichen Vernehmungen mitgeteilt hat. Im Rahmen der durch die Strafkammer vorgenommenen Konstanzanalyse hätte sich das Urteil mit diesem das Kerngeschehen betreffenden Umstand auseinandersetzen müssen.“

Urteils sowie die Unzulässigkeit der sog. Alternativrüge (§§ 244 Abs. 2, 261 StPO)³⁷ entgegen.³⁸

Wird indes eine Urkunde in der Hauptverhandlung zu Beweis Zwecken verlesen, läßt sich eine mit deren Inhalt nicht zu vereinbarende tatrichterliche Beweiswürdigung mit der Inbegriffsrüge (§ 261 StPO) *verfahrensrechtlich* durchaus beanstanden.³⁹ Insoweit besteht die Hoffnung, die „nachteiligen Konsequenzen des Mündlichkeitsprinzips“ und die „Abhängigkeit von den Zufälligkeiten des Urteils“, auf die Alsberg bereits 1913⁴⁰ hingewiesen hatte, revisionsrechtlich abzufedern.

Hierzu ein anschauliches Beispiel, dem ein Berufungsurteil des Landgerichts Lübeck zugrunde liegt.⁴¹ Das Tatgericht setzt sich bei der Rekonstruktion der Entstehungsgeschichte der Aussage der Hauptbelastungszeugin N. mit dem Inhalt der verlesenen Aussage der verstorbenen Zeugin E. auseinander:

„Auch die verlesene Zeugenaussage E., die in der Hauptverhandlung erster Instanz bekundete, daß die Zeugin N. zu keinem Zeitpunkt mit ihr über einen Mißbrauch gesprochen habe, insbesondere nicht während der Internatszeit, läßt die Zeugenaussage N. in der Hauptverhandlung nicht unglaubwürdig erscheinen. So schilderte auch die Zeugin E. übereinstimmend mit der Zeugin N., daß zunächst diese es war, die von ihrem sexuellen Mißbrauch erzählt habe. Das Gespräch sei aber nur kurz gewesen. Es ist aber insoweit nicht auszuschließen, daß die Zeugin E., die in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht schilderte, daß sie der eigene Mißbrauch – nicht durch (den Angeklagten – meine Ergänzung) – sehr beschäftigte, gar nicht mitbekommen hat, daß die Zeugin N. ihr von einem ähnlichen Vorkommnis berichtete. Die Zeugin N. hat sich auch in der Hauptverhandlung nicht immer ganz klar ausgedrückt und manchmal waren mehrere Nachfragen notwendig. *Insoweit ist nicht auszuschließen, daß deshalb die Zeugin E. die Bekundungen der Zeugin N. auf dem Schulhof gar nicht richtig wahrgenommen hat.*“

Die auf Urteilsfremdes, nämlich die verlesenen Niederschriften, zurückgreifende Inbegriffsrüge, mit der *verfahrensrechtlich* beanstandet worden war, die verlesenen Niederschriften über die Vernehmung der verstorbenen Zeugin hätten für derartige Würdigungen keinerlei Anhaltspunkte geboten, hatte bei dem Revisionsgericht⁴² Erfolg:

„Die Wahrnehmungen der Zeugin E. werden nämlich nur auf die verlesenen Teile der entsprechenden Ur-

kunden gestützt. Hier findet sich über Missverständnisse oder Unaufmerksamkeiten aber nichts. Vielmehr ist die Zeugin sowohl vor der Polizei als auch vor dem Amtsgericht ausdrücklich die Frage gestellt worden, ob N. ihr während des gemeinsamen Aufenthaltes in einem Internat über den sexuellen Mißbrauch durch den Angeklagten berichtet habe. In beiden Fällen belegen die verlesenen Urkunden, daß die Zeugin dies ausdrücklich in Abrede genommen hat. Sie hat verneint, daß über sexuelle Übergriffe gesprochen worden sei. Auf dieser Tatsachengrundlage ergibt sich für die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, hier möge es sich um ein Missverständnis oder eine Unaufmerksamkeit handeln, keine Stütze.“

Unter Beachtung der Grenzen des § 250 S. 2 StPO kann es deshalb vielfach sinnvoll sein, das Augenmerk darauf zu richten, die Verlesung von Urkunden zu bewirken, deren Inhalt für die Verteidigungsposition des Angeklagten von wesentlicher Bedeutung ist. Freilich ist die Erhebung einer hieran anknüpfenden Verfahrensrüge im Hinblick auf § 344 Abs. 2 S. 2 StPO manchmal nicht unproblematisch:

- Klar und einfach zu beherzigen ist noch die Notwendigkeit, die verlesene Urkunde in der Revisionsrechtfertigung vollständig wiederzugeben.
- Es muß ferner vorgetragen werden, *daß* und in *welchem Umfang* die Urkunde zu *Beweis Zwecken* verlesen worden ist. Hier beginnen die Schwierigkeiten: Legt das Protokoll möglicherweise einen formfreien Vorhalt oder eine Verlesung gemäß § 251 Abs. 3 StPO nahe, muß die Rüge sich hierzu verhalten. Problematisch sind deshalb Protokolle, die Umfang und Zweck der Verlesung nicht präzise bezeichnen.⁴³
- Wenn der Verfasser der Urkunde als Zeuge genommen oder sonst über den Inhalt der Urkunde – über deren urkundenbeweisliche Einführung hinausgehend – Beweis erhoben worden ist, wird sich die (dadurch wegen des Rekonstruktionsverbotes existenzgefährdete) Inbegriffsrüge wohl vorsorglich⁴⁴ zu der Frage verhalten müssen, ob die Relevanz des verlesenen Urkundeninhalts gleichwohl bis zum Ende der Beweisaufnahme für alle Verfahrensbeteiligten unzweifelhaft war. Zum besseren Verständnis dieses Problems ein Blick auf BGH 5 StR

³⁷ Vgl. aber BGH 5 StR 333/09 HRRS 2009 Nr. 2015, Rn. 2 (ohne Begründung als statthaft angesehen); 3 StR 57/09 (HRRS 2009 Nr. 519, Rn. 2: für Ausnahmefälle offen gelassen).

³⁸ Vgl. nur Meyer-Götsner a.a.O. Rn. 38a m.w.N.

³⁹ Z.B. BGH 5 StR 192/10 vom 04.08.2010, Rn. 2; 4 StR 1/07 HRRS 2008 Nr. 42, Rn. 3 ff.; 1 StR 392/06 HRRS 2007 Nr. 33, Rn. 21 ff.; 1 StR 180/06 HRRS 2006 Nr. 944, Rn. 49 ff.; 1 StR 211/01, Rn. 17 (HRRS); 1 StR 283/00 vom 03.08.2000, S. 6 ff.; HansOLG Hamburg StV 1994, 643; instruktiv dazu auch Widmaier, in: Lagodny (Hg.): Der Strafprozeß vor neuen Herausforderungen? (2000), S. 183 ff.

⁴⁰ A.a.O. S. 58, 65 ff., 93.

⁴¹ 3 kl. Ns 32/08; S. 14 (meine Hervorhebung).

⁴² SchIHOLG 1 Ss 18/09 (56/09) vom 06.05.2009, S. 3 f.

⁴³ Das SchlHOLG (a.a.O. S. 3) sieht in der ungenügenden Protokollierung des Verlesungsumfanges („auszugsweise verlesen“) einen eigenständigen Rechtsfehler, um irritiert festzustellen, er sei nicht beanstandet worden. Das ist ersichtlich falsch, da Mängel des Protokolls nie die Revision begründen. Viel problematischer war die Frage, ob und in welchem Umfang der Verfahrensfehler überhaupt beweisbar war, wenn das Protokoll nicht ausdrücklich belegte, daß die rügerelevanten Passagen der Urkunden tatsächlich verlesen worden waren. Hinzu kommt, daß ohnehin die Grenzen des (mit der Rügeverkümmung einhergehenden) Protokollberichtigungsverfahren unklar sind (vgl. anschaulich BGH 2 StR 158/10 vom 14.07.2010, Rn. 9 f.).

⁴⁴ Das Argument entstammt der Diskussion der sog. Alternativrüge (z.B. BGH 1 StR 182/92 NStZ 1992, 506).

20/03⁴⁵. Der Tatrichter hatte die Entstehungsgeschichte der Aussage der Nebenklägerin rekonstruiert. Danach hatte der Freund der Nebenklägerin deren Mutter am 05.07.2001 von dem ihm berichteten Mißbrauch informiert. Auslöser sei ein an die Mutter weitergeleiteter gegnerischer Schriftsatz aus einem familiengerichtlichen Verfahren vom 02.07.2001 gewesen. Dieser Schriftsatz war in der Hauptverhandlung zu Beweis Zwecken verlesen worden und wies den Eingangsstempel des Anwaltes der Mutter vom 06.07.2001 aus. Diesen Widerspruch hat der Tatrichter in den Urteilsgründen nicht aufgelöst. Denkbar wäre aber beispielsweise, daß es zwei Schriftsätze vom 02.07.2001 gab, die an unterschiedlichen Tagen dem Anwalt zugegangen waren, und in der Hauptverhandlung der falsche Schriftsatz verlesen worden war. Diese Schwierigkeiten potenzieren sich bei der Ausführung dieser Verfahrensrüge, wenn die Urkunde in den Urteilsgründen überhaupt keine ausdrückliche Erwähnung findet.⁴⁶

- Völlig ungeklärt ist, wie zu verfahren ist, wenn – wie in unserem Beispielfall – die Förmlichkeiten des § 251 Abs. 4 StPO z.T. nicht eingehalten worden sind. Reicht es aus, diesen Mangel ausdrücklich nicht mit der Revision anzugreifen, um den Erfolg der Inbegriffsrüge nicht zu gefährden, oder ist die Rüge deshalb unschlüssig?

Ein weiteres Beispiel wiederum aus der Rechtsprechung des Landgerichts Lübeck: In einem Milieuverfahren wurde den Angeklagten ein Verbrechen des § 250 Abs. 2 StGB zur Last gelegt. Sie sollen die Bordellwirtin K. zur Herausgabe von Geld genötigt haben, indem sie aus einem Raum des Bordells, in dem sich die Prostituierte O. befand, ein Bügeleisen an sich brachten, um es sodann als Drohmittel gegen K. einzusetzen. In der ausführlichen, von K. unterschriebenen Strafanzeige wurde zwar von der Suche eines Täters nach einem Bügeleisen im zweiten und dritten Obergeschoß berichtet, nichts aber vom Auffinden oder gar einem versuchten Einsatz dieses Werkzeuges gegen sie. Stattdessen war als Aussage K's protokolliert, O. habe einem der Täter gesagt, sie hätten kein Bügeleisen. Später hatte K. ihre Aussage geändert und eindringlich davon berichtet, die Täter hätten sie mit dem solchermaßen erlangten Bügeleisen bedroht. Nach der Vernehmung der Geschädigten und der die Anzeige aufnehmenden Polizistin in der Hauptverhandlung wurde deutlich, daß die Kammer diesen Widerspruch mit der Erwägung wegerklären wollte, die (gerade nicht skizzenhafte) Strafanzeige habe nur in groben Zügen das Tatgeschehen erfaßt. Die Vernehmung der Zeuginnen hatte hierfür freilich nichts ergeben. Deshalb wurde die ergänzende Verlesung der Strafanzeige beantragt. Diesen Beweis Antrag erledigte die Strafkammer, indem sie die Beweisbehauptung als erwiesen ansah, um in den Urteilsgründen wie folgt zu argumentieren:

„Nichts anderes ergibt sich daraus, daß in der Strafanzeige eine solche Bedrohung nicht erwähnt ist, sondern die Zeugin K. danach nur die Suche nach einem Bügeleisen erwähnt hat, mit dem die Täter sie hätten verbrennen wollen. Zunächst steht aufgrund der Aussage der die Strafanzeige aufnehmenden Zeugin J. fest, daß es sich um eine erste knappe Vernehmung zur Feststellung des groben Tatgeschehens handelt und eine detaillierte Vernehmung erst später durch das zuständige Kommissariat erfolgen sollte und auch erfolgt ist. Im übrigen spricht die Erwähnung der Suche nach dem Bügeleisen dafür, daß die Zeugin schon bei der Anzeigenerstattung von dem Auffinden des Bügeleisens und der nachfolgenden Bedrohung berichtet hatte.“⁴⁷

Diese tatrichterliche (und vom Revisionsgericht⁴⁸ im Ergebnis nicht beanstandete) Argumentation macht zugleich die Grenzen einer auf die Einführung von Urkunden setzenden Verteidigungsstrategie deutlich: Wird die Urkunde verlesen oder die Beweisbehauptung als wahr unterstellt bzw. erwiesen angesehen, kommt es letztlich darauf an, wie groß der argumentative Spielraum für den Tatrichter ist, die Bedeutung des Urkundeninhalts zu relativieren, indem auf Beweisergebnisse zurückgegriffen wird, deren revisionsrechtliche Überprüfung das Rekonstruktionsverbot entgegensteht.

ee)

Mit dem zuletzt genannten Beispiel ist zugleich eine weitere Möglichkeit benannt, relevante entlastende Verfahrensergebnisse festzuschreiben, nämlich die Stellung sog. affirmativer (Hilfs-) Beweisanträge⁴⁹. Mit ihnen soll verhindert werden, daß es der Tatrichter in den Urteilsgründen revisionsrechtlich nicht beanstandbar unterlassen kann, für die Verteidigung wesentliche Beweisergebnisse zu erörtern oder auch nur mitzuteilen.

Kommt es etwa auf die fehlende Konstanz des Aussageverhaltens eines Zeugen an, die sich bereits aus der Vernehmung der Vernehmungsbeamten in der Hauptverhandlung ergibt, so kann – gerade wenn nicht der Vernehmungsniederschrift zu entnehmende Umstände (z.B. Vernehmungsatmosphäre) bedeutsam sind – ggfls. der Antrag sinnvoll sein, den weiteren Vernehmungsbeamten hierzu zu hören. Ebenso kann unter Beweis gestellt werden, daß der Zeuge in früheren Vernehmungen erstmals in der Hauptverhandlung getätigte Aussagen nicht gemacht hatte.

Diese Anträge erfüllen ihren Zweck freilich nur dann, wenn das Tatgericht ihnen nicht nachgeht, sei es, daß die in dem Antrag genannte Bedingung nicht eintritt, sei es, daß der Tatrichter das Beweisvorbringen als wahr unterstellt oder erwiesen ansieht.

Ein Tatrichter, der allen (Beweis)Anträgen nachgeht und auf den Urkundenbeweis verzichtet, entzieht sich weitestgehend allen Bemühungen, den seinem Urteil zugrunde zu legenden Sachverhalt in revisionsrechtlich

⁴⁵ Rn. 5 ff. (HRRS); dazu: *Hebenstreit*, in: Festschrift für Widmaier a.a.O. S. 267 ff.

⁴⁶ Vgl. *Hamm* a.a.O. Rn. 929.

⁴⁷ 3 KLS 7/09 vom 16.04.2008, S. 26 (meine Hervorhebung).

⁴⁸ 3 StR 418/08 vom 27.11.2008.

⁴⁹ Vgl. schon *Kempf* a.a.O. S. 68 f.; *Schlothauer* StV 1988, 542; 1992, 134; zur Begrifflichkeit *Hamm/Hassemmer/Pauy*, Beweisanspruchsrecht, 2. Aufl., Rn. 59 ff., 76.

tragfähiger Art vorab festzuschreiben. Einem Tatrichter ausdrücklich mitzuteilen, derartige Anträge seien gerade in der Absicht gestellt worden, daß er sie in dieser Weise ablehnen möge, ist heikel. Mißtrauen gegen tatrichterliche Redlichkeit oder Professionalität anzudeuten, trägt nie zur Verbesserung der Verfahrens Atmosphäre bei. Die Antizipation dieser Gefahr dürfte ursächlich sein, wenn in (vermeintlich) eindeutigen Fällen auf solche in ihrer Stoßrichtung inhaltlich nur schwer vermittelbare Anträge verzichtet wird. Zwangsläufig wird damit aber das Risiko eingegangen, erst durch die Urteilsbegründung von den Überlegungen des Tatrichters überrascht zu werden, die ihn bei seiner Beweisführung leiteten.

Daß auch einen erfahrenen Strafverteidiger das Judiz in Stich lassen kann, läßt sich an einem rechtskräftigen Urteil des Landgerichts Essen⁵⁰ demonstrieren. Nach den Feststellungen hatte der Nebenkläger unmittelbar nach der Tat sowohl seinem Lebensgefährten als auch seiner Mutter sowie Polizeibeamten „in Bruchstücken eine Geschichte (erzählt), nach der er in einem Taxi von mehreren Personen entführt worden sei, einen Sack über den Kopf bekommen habe und schließlich mehrfach vergewaltigt worden sei.“ Die Strafkammer hält dies für eine „erfundene Geschichte“, deren Ursache der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht habe plausibel machen können, geht aber trotzdem davon aus, ein derartiges Aussageverhalten spreche eher für die Zuverlässigkeit der späteren Angaben des Zeugen. Beifällig zitiert sie die folgende Aussage des ermittelnden Polizeibeamten, wonach er in seiner 25jährigen Dienstzeit

„schon oft die Erfahrung gemacht habe, daß Opfer von Sexualstraftaten zunächst eine abstruse Geschichte erzählten und erst nach Abflauen der ersten Gefühlswalung in der Lage seien, Einzelheiten des realen Tatgeschehens mitzuteilen. Seiner Erfahrung nach lägen den abenteuerlichen Geschichten entweder ein Sexualdelikt oder gar kein Delikt zugrunde. Aufgrund der heftigen Reaktion (des Zeugen) sei er aber davon ausgegangen, daß an ihm ein Sexualdelikt verübt worden sei und kein anderes Delikt und auch kein einvernehmlicher Geschlechtsverkehr, dessen er sich nun schämen müsse.“

Muß man als Verteidiger derartiges antizipieren?

ff)

Abschließend ein nur noch nostalgischer Rückblick auf eine einschlägige Verteidigungsmöglichkeit, die der Gesetzgeber beseitigt hat. Zu Zeiten der Regelvereidigung war der Verzicht auf die Vereidigung aus Verteidigersicht als „schädliche Unsitte“ gegeißelt worden.⁵¹ Seinerzeit konnte bereits durch das Unterlassen des Verzichts auf die Vereidigung (§ 61 Nr. 5 StPO a.F.) das Tatgericht veranlaßt werden, Farbe zu bekennen, ob z.B. gegen einen Zeugen ein Beteiligungsverdacht (§ 60 Nr. 2 StPO) bestand oder aber der Aussage keine Bedeutung (§ 61 Nr. 3 StPO a.F.) zukam. Mit der Neufassung des § 59 StPO ist diese auch revisionsrechtlich vielfach erfolgreiche Verteidigungsstrategie weitestgehend Geschichte.

⁵⁰ 52 KLS 47/08 vom 03.03.2010, S. 8 ff. (rechtskräftig durch BGH 4 StR 326/10 vom 19.08.2010).

⁵¹ *Strate StV* 1984, 42 ff.

b)

Die Möglichkeiten, inhaltliche Ergebnisse der tatgerichtlichen Beweisaufnahme revisionsrechtlich verbindlich (formal) festzuschreiben, sind mithin eher bescheiden. Sie hängen darüber hinaus von der Reaktionsweise des Tatgerichts ab, und ihre Nutzung kann sich zudem in der Instanz als gravierende Belastung erweisen.

Hätte man im Ausgangsfall des „Kondomunfalls“ dem Landgericht die Möglichkeit nehmen können, die diesbezügliche Entwicklung des Aussageverhaltens der Hauptbelastungszeugin unerwähnt und ungewürdigt zu lassen?

- Soweit die Zeugin sich gegenüber Dritten, insbesondere in Vernehmungen zu diesem Sachverhalt nicht geäußert hatte, hätte hilfsweise die Vernehmung etwaiger weiterer, noch nicht vernommener Gesprächs-/Vernehmungsteilnehmer beantragt werden können.
- Mit § 250 S. 2 StPO vereinbar wäre der Antrag gewesen, alle schriftlichen Dokumentationen der Äußerungen der Zeugin zum Nachweis der Tatsache zu verlesen, daß der „Kondomunfall“ in ihnen nicht erwähnt wird.
- Es bleibt das erwähnte Problem der Vermittelbarkeit: Einem Tatrichter, der irritiert fragt, warum diese bereits im Sinne des Antrages durch Vernehmungen abgearbeiteten und zudem ausführlich erörterten Beweisthemen wieder aufgegriffen würden, zu erklären, dies geschehe nur, um sicherzustellen, daß er diesen Umstand im Urteil erwähne, er möge deshalb das Vorbringen doch einfach als erwiesen behandeln, kann taktisch aus der Instanzperspektive unvertretbar sein. Kann man – unabhängig von dem Sonderproblem der beweisantragsrechtlichen Fristsetzung, das auch hier zum Tragen kommen könnte⁵² – dem Tatrichter den mit dem Antrag verfolgten Zweck nicht offen benennen, so kann dies bei Zeugenbeweisanträgen zudem die Neigung des Gerichts verstärken, sicherheitshalber den Anträgen nachzugehen und damit den gewünschten Effekt zu vereiteln.
- All dies ändert ohnehin nichts daran, daß die tatrichterliche Beweiswürdigung nicht vorhersehbar oder gar in revisionsrechtlich relevanter Weise steuerbar ist: Die vermeintlich festgeschriebenen Beweisergebnisse kann der Tatrichter zumeist unter Nutzung dem Rekonstruktionsverbot unterliegender Beweisgewinnungsakte in Bewegung bringen.

IV. Ergebnis

Die eingangs gestellte Frage „Festschreibung von Beweisergebnissen der tatgerichtlichen Hauptverhandlung für die strafprozessuale Revision – ein Mythos?“ ist deshalb weitgehend zu bejahen. Verteidigung mit Blick auf

⁵² Vgl. *Ventzke StV* 2009, 655, 659 ff.

die Revisionsinstanz meint gegenwärtig eher banal und defensiv Anmutendes⁵³:

- Vorrangig die Vermeidung einer Prozeßsituation, in der das Schicksal des Mandanten vom Ausgang eines Revisionsverfahrens abhängt.⁵⁴
- Festschreibung von Verfahrenssituationen, indem insbesondere auf eine eindeutige Protokollierung von Verfahrensvorgängen (etwa Verlesungen; z.B. bei § 255 StPO) oder Begründung von Beschlüssen (z.B. § 154 StPO⁵⁵) hingewirkt wird.⁵⁶
- Sicherstellung der Anschlußfähigkeit von Verteidigungsvorbringen der Tatsacheninstanz für die Revisionsinstanz. Das wiederum bedeutet gerade für die Verteidigung im Zuständigkeitsbereich des 5. Strafsenats des BGH mehrerlei: *Einerseits* die penible Beachtung von Rüge- und

Beanstandungsobliegenheiten⁵⁷ einschließlich der Vermeidung des Eindrucks selbstwidersprüchlichen Verteidigungsverhaltens⁵⁸, *andererseits* eine zu unserem Thema seltsam gegenläufige Notwendigkeit: Um einen § 344 Abs. 2 S. 2 StPO genügenden Rügevortrag sicherzustellen, sind wesentliche Geschehensabläufe der Hauptverhandlung zuverlässig zu dokumentieren. Ich erinnere nur an die eigenwillige Rechtsprechung dieses Senats zum gesteigerten Sachvortrag zur Konnexität bei sog. fortgeschrittener Beweislage⁵⁹. Danach muß der Antragsteller/Beschwerdeführer „das Gebot einer Konkretisierung der Wahrnehmungssituation (des benannten Zeugen – meine Ergänzung) unter Einbeziehung des Ergebnisses der bisher durchgeführten Beweisaufnahme“ beachten. Schließen will ich mit derjenigen Entscheidung dieses Senats, in der sich für mich immer noch am schönsten die Beliebigkeit revisionsgerichtlichen Argumentierens widerspiegelt. Sie betrifft die aus § 344 Abs. 2 S. 2 StPO folgende Pflicht des Beschwerdeführers, dem Revisionsgericht – man zuckt nach dem bisher Gesagten unwillkürlich zurück⁶⁰ – den Gang der tatgerichtlichen Hauptverhandlung zu rekonstruieren⁶¹:

„Jedenfalls genügt das Revisionsvorbringen nicht dem Erfordernis vollständigen Tatsachenvortrags nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Wegen der besonderen Fallkonstellation des Teilfreispruchs hätte es weiteren Vortrags bedurft, um den Senat in die Lage zu versetzen, zu prüfen, ob § 338 Nr. 6 StPO deshalb unanwendbar ist, weil das Beruhen des Urteils auf dem Fehler denkgesetzlich ausgeschlossen ist (...). Die Revision hätte hierzu ausnahmsweise jedenfalls pauschal den Gegenstand der Aussage des Zeugen Ar. mitteilen müssen (...). Nur in dessen Kenntnis könnte in der Sache entschieden werden, ob die unter Verstoß gegen die Vorschriften über die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung erfolgte Zeugenvernehmung überhaupt zur Verurteilung des Angeklagten herangezogen worden ist und nicht etwa allein den der Freisprechung des Angeklagten anheim fallenden Tatkomplex betroffen hat (...). *Das Verbot einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung, das primär Verfahrensrügen grundlegend einschränkt, die auf eine Verletzung des § 261 StPO gestützt sind, wird durch die hier verlangte Vortragspflicht nicht berührt, zumal keine Wiedergabe des Inhalts der Zeugenaussage im Einzelnen verlangt wird, sondern eine eher pauschale Bezeichnung des Vernehmungsgegenstands ausreichen wird.*“

⁵³ Ob und ggfls. welche Verteidigungsoptionen insoweit durch die gesetzliche Regelung der Urteilsabsprache – etwa durch eine Verständigung über die Ersetzung einer Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung durch die Verlesung einer Vernehmungsniederschrift aus dem Ermittlungsverfahren (§ 257 c Abs. 2 S. 1 StPO) – eröffnet worden sind, muß hier ebenso offen bleiben wie die Gefahr, daß präklusionsfreundliche Revisionsgerichte – wie der 5. Strafsenat des BGH – hier Beanstandungsmöglichkeiten zu beseitigen versuchen; vgl. aber BGH 5 StR 23/10 HRRS 2009 Nr. 299, Rn. 3: „Die Verfahrensrüge, die auf dem – nicht verbeschiedenen – vor Eröffnung des Hauptverfahrens gestellten Antrag des Angeklagten auf Auswechslung des Pflichtverteidigers aufbaut, ist nach den Maßstäben von BGHR StPO § 218 Ladung 6 und § 24 Revision 1 unzulässig. Der hier vorliegende Fall, in dem der Angeklagte nach beantragtem Pflichtverteidigerwechsel in dem Hauptverhandlungstermin vom 14. September 2009 unter ausschließlicher Mitwirkung des bisherigen Pflichtverteidigers eine Verständigung im Sinne des § 257c Abs. 2 StPO getroffen hat, und die Nichtverbescheidung seines Antrags aus dem Zwischenverfahren gleichwohl mit der Revision rügt, ist nicht anders zu behandeln als das Beharren auf einer Verletzung von § 218 Satz 1 StPO oder § 24 Abs. 1 StPO nach einer wirksamen Verständigung. Ob Rechtsprechung des 3. Strafsenats (StV 2009, 628, 629) dem entgegen stünde, bedarf keiner Vertiefung. Die Rüge ist nämlich auch unbegründet. Im Abschluss einer Verständigung unter Mitwirkung des allein tätig gewordenen Pflichtverteidigers liegt eine wirksame konkludente Rücknahme des Antrags auf Auswechslung des Pflichtverteidigers (vgl. BGHR StPO § 218 Ladung 6).“ *Goecke* hat auf der Kieler Tagung in diesem Zusammenhang auf BGH 5 StR 159/10 (vom 31.08.2010, Rn 4) hingewiesen.

⁵⁴ Vgl. *Schlothauer/Weider*, Verteidigung im Revisionsverfahren (2008), Rn. 1.

⁵⁵ Vgl. *Schaper*, in: NJW-Festheft für Tepperwien (2010), S. 61 ff.

⁵⁶ (Fehlgeschlagene) Absprachen scheinen insoweit erheblich risikobehaftet (vgl. zuletzt BGH 2 StR 205/10 vom 04.08.2010, Rn. 16 ff). *Cirener* hat auf der Berliner Veranstaltung mit Recht die Bedeutsamkeit von BGH 4 StR 620/09 (HRRS 2010 Nr. 394, Rn. 2) hervorgehoben.

⁵⁷ Vgl. zuletzt BGH 4 StR 606/09 HRRS 2010 Nr. 457, Rn. 8 ff.

⁵⁸ Vgl. zu diesem Problemkreis zuletzt umfassend *Gaede wistra* 2010, 210.

⁵⁹ BGH 5 StR 38/08 HRRS 2008 Nr. 611, Rn. 15 ff. Verfehlt der Beweisantrag diese Anforderungen, muß eine Aufklärungsrüge dies nachholen (a.a.O. Rn. 24).

⁶⁰ Vgl. auch *Pauly*, in: Festschrift für Hamm, 2008, S. 557, 571 ff.

⁶¹ BGH 5 StR 404/07 HRRS 2008 Nr. 130, Rn. 11 (meine Hervorhebung) mit Anm. *Ventzke* StV 2008, 123.

Stört die Äußerung den öffentlichen Frieden?

Konsequenzen der Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG für die Strafverteidigung

Von Rechtsanwalt Dirk Wüstenberg, Offenbach am Main

Wer als Rechtsanwalt eine Verteidigung wegen einer tatsächlichen oder vermeintlichen Straftat nach § 130 Abs. 4 BGB (Billigen, Verherrlichen, Rechtfertigen der Gewalt- und Willkürherrschaft des Nationalsozialismus) übernimmt, sollte die Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG kennen. Zwar hat das BVerfG die in Rede stehende Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB für verfassungsgemäß erklärt, doch bedeutet dieses Ergebnis nicht, dass die Entscheidungsgründe unbeachtlich sind. Das BVerfG hat strafbare und straffreie Tathandlungen voneinander abgegrenzt.

Die Entscheidung hat zudem Auswirkung auf die Auslegung von Straftatbeständen, in welchen die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens Tatbestandsmerkmal ist (z.B. § 126 Abs. 1 StGB, § 130 Abs. 1, Abs. 3 StGB, § 140 Nr. 2 StGB, § 166 StGB und § 27 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 JuSchG i.V.m. § 130 Abs. 1, Abs. 3 StGB).

I. Einleitung

Ausgangspunkt des Wunsiedel-Verwaltungsrechtsverfahrens¹ war ein Versammlungsverbot nach § 15 Abs. 1 VersG. Nach dieser Vorschrift kann eine Versammlung verboten werden, „wenn nach den (...) erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (...) unmittelbar gefährdet ist.“ Die unmittelbare Gefährdung der öffentlichen *Sicherheit* ist zu bejahen, sobald eine *konkrete* Gefahr der Rechtsverletzung (hier einer Straftat) besteht. Dagegen ist die öffentliche *Ordnung* unmittelbar gefährdet, sobald die *abstrakte* Gefahr der Rechtsverletzung besteht.² Im Streitfall waren seitens der zuständigen Behörde Äußerungen in der anstehenden Versammlung prognostiziert worden, welche den Straftatbestand des § 130 Abs. 4 StGB erfüllen. Hätten die Behörden und Gerichte lediglich eine abstrakte Gefahr bejaht, d.h. auf das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Ordnung abge-

stellt, wäre die Entscheidung des BVerfG³ mit der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 15 Abs. 1 VersG und des § 130 Abs. 4 BGB ausgeblieben.⁴ Gemäß dem klassischen Prüfungsschema gilt seit der Wunsiedel-Entscheidung:

II. Das Urteil zum Verfassungsrecht

1. Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 GG

In den Jahren 1991 und 1994 hatte das BVerfG entschieden, dass eine Lüge, insbesondere die sog. Holocaustlüge, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fällt. Das Lügen (von Tatsachen) ist das *wissentliche* Falschaussagen trotz Erwiesenheit. Zunächst hatte das BVerfG auch das Leugnen (von Tatsachen), also das *unwissentliche* Falschaussagen trotz Erwiesenheit, ausgeschlossen: „Das Bundesverfassungsgericht geht deswegen davon aus, daß die erwiesen⁵ oder bewußt unwahre Tatsachenbehauptung nicht vom Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG umfaßt wird.“⁶ Dieser Ausschluss ist später zurückgenommen worden.⁷ Über den noch immer geltenden Ausschluss der Äußerungen namens Lügen aus dem Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 GG lässt sich weiterhin streiten.⁸ In der Wunsiedel-Entscheidung hingegen geht es um Wahres bzw. Geschehenes als Äußerungsgegenstand, welches verbal und/oder nonverbal gutgeheißen wird. Ein solches Gutheißen von Vergangenen (einschließlich des Holocaust) zählt unstrittig zum Anwendungsbereich. „Geschützt sind damit von Art. 5 Abs. 1 GG auch Meinungen, die auf eine grundlegende

¹ Zuletzt BVerwG, Urt. v. 25.6.2008 – 6 C 21.07, BVerwGE 131, 216 ff. = NJW 2009, 98 ff. = JZ 2008, 1102 = DVBl 2008, 1248 ff.

² Holzner DVBl 2010, 48, 51 Fn. 41.

³ BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, NJW 2010, 47 ff. = JZ 2010, 298 ff. = DVBl 2010, 41 ff. = MMR 2010, 199 ff.

⁴ Näher Holzner DVBl 2010, 48, 48 mit Fn. 7-10, 51 mit Fn. 42-44.

⁵ Erwiesen = unbewusst unwahr.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85, 1, 15; BVerfG, Beschl. v. 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247. Der Ausdruck „Behauptung einer nicht nachweisbaren Tatsache“ ist treffender als „unwahre Tatsachenbehauptung“.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185, 197 – Scientology.

⁸ Z.B. Hörnle JZ 2010, 310, 311.

Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und wie weit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind. (...) Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus.⁹

2. Eingriffsqualität

Strafrechtliche Verbotsvorschriften greifen stets in (irgend-)ein Grundrecht ein. Das Verbot des § 130 Abs. 4 GG greift in das Recht aus Art. 5 Abs. 1 GG ein. „Indem § 130 Abs. 4 StGB an die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft anknüpft und diese unter weiteren Voraussetzungen unter Strafe stellt, greift die Vorschrift in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit ein.“¹⁰ Bis hierhin enthält die Wunsiedel-Entscheidung dogmatisch nichts Neues.

3. Formal gerechtfertigter Eingriff

Nach Art. 5 Abs. 2 Fall 1 GG ist der Eingriff durch ein „allgemeines Gesetz“ erlaubt, durch ein „besonderes Gesetz“ (Sondergesetz/Sonderrecht) nicht. Das BVerfG hat den § 130 Abs. 4 StGB als Sonderrecht eingestuft („§ 130 Abs. 4 StGB ist kein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG.“¹¹). Dem ist zuzustimmen.¹² Es hat das Eingriffsgesetz sodann aber gleichwohl erlaubt, und zwar im Wege der Konstruktion eines verfassungsunmittelbaren Tatbestandsmerkmals des Art. 5 Abs. 2 GG. Ausschließlich Eingriffsgesetze, welche den Zweck verfolgen, die antinationalsozialistische Werteordnung des Grundgesetzes zu wahren und demzufolge bestimmte Äußerungen in Bezug auf bestimmte unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (NS) begangene Handlungen verbieten, seien (weiteres) zulässiges Sonderrecht.¹³ Über diese Konstruktion eines quasi Art. 5 Abs. 2 Fall 4¹⁴ GG lässt sich streiten¹⁵; denn das Argument, die angeblich antinationalsozialistische Ausrichtung des Grundgesetzes sei eine ausschließlich dem Art. 5 GG verfassungsimmanente Schranke, ist gewagt; die sachliche Distanz des Staates gegenüber allen Äußerungsinhalten gleichermaßen geht ein Stück weit verloren.¹⁶

⁹ Im Ergebnis BVerfG, JZ 2010, 298, 299 Ziffer 50.

¹⁰ BVerfG, JZ 2010, 298, 299 Ziffer 51.

¹¹ BVerfG, JZ 2010, 298, 299 Ziffer 53.

¹² Ebenso z.B. Enders JZ 2008, 1092, 1096; Holzner DVBl 2010, 48, 49; Degenhart JZ 2010, 306, 309.

¹³ Näher BVerfG, JZ 2010, 298, 300 ff. Ziffern 64-68.

¹⁴ Jugendschutz und Ehrenschutz sind die Fälle 2 und 3. Diesbezüglich zutreffend Enders JZ 2008, 1092, 1094.

¹⁵ Näher z.B. Degenhart JZ 2010, 306, 308 pro verfassungsimmanente Bindung der Grundrechte; z.B. Holzner, DVBl 2010, 48, 52; Schäfer J.P. DÖV 2010, 379, 383 f., 387; Enders JZ 2008, 1092, 1097, 1098 f. pro Verfassungswidrigkeit des § 130 Abs. 4 StGB; evtl. ebenso Hörnle JZ 2010, 310, 311; Volkmann NJW 2010, 417, 420, 418 f.

¹⁶ Näher Schäfer J.P. DÖV 2010, 379, 384.

4. Materiell gerechtfertigter Eingriff

Die Verhältnismäßigkeit sei gegeben. Der § 130 Abs. 4 StGB verfolge *allein*¹⁷ den Zweck der „Friedlichkeit“ im Sinne einer körperlichen Gewaltlosigkeit. Zweck ist demnach die Verhinderung körperlicher Gewaltanwendung durch den Mob auf der Straße. Dieser Zweck sei legitim¹⁸ und könne durch die Vorschrift erreicht werden (Geeignetheit), denn Äußerungen i.S.d. § 130 Abs. 4 StGB gehörten zu solchen darauf hinauslaufenden Verlautbarungen. Solche Äußerungen würden regelmäßig¹⁹ eine Rechtsgutverletzung wie Körperverletzung bewirken.²⁰ Die Erforderlichkeit des Äußerungsverbots ist trotz plausibler Gegenargumente (zu) knapp bejaht, die Zweck-Mittel-Relation als verhältnismäßig im engeren Sinne eingestuft worden.²¹

5. Ergebnis

Ein Eingriffsgesetz ist als ein Sondergesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Fall 1 GG erkannt worden. Gut. Sein alleiniger Zweck sei die Wahrung der „Friedlichkeit“. Auch gut. Das Eingriffsgesetz sei mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 GG zulässig, weil dieser den Erlass solcher Gesetze erlaube, welche den Zweck verfolgen, die antinationalsozialistische Werteordnung des Grundgesetzes zu wahren. Der § 130 Abs. 4 StGB habe den Zweck, Gewaltanwendung zu verhindern, in diesem Sinne die Friedlichkeit zu wahren. Kein Widerspruch? Frage 1: Sind die beiden Zwecke „Friedlichkeitswahrung“ und „Wahrung der antinationalsozialistische Werteordnung“ identisch? Ist die Wahrung der „Friedlichkeit“ Teil der Wahrung der antinationalsozialistischen Werteordnung?²² Das BVerfG sagt hierzu nichts. Frage 2: Weshalb ist die antinationalsozialistische Werteordnung, sofern überhaupt verankert, nur im Art. 5 GG immanent enthalten? Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist unplausibel knapp bejaht worden. Frage: Erfasst der § 130 Abs. 4 StGB Äußerungen, die die befürchtete

¹⁷ BVerfG, JZ 2010, 298, 303 Ziffer 79.

¹⁸ BVerfG, JZ 2010, 298, 302 Ziffern 73-75. Das BVerfG schließt mit der Entscheidung Zustandsbeschreibungen wie die „Vergiftung des geistigen Klimas“ als zulässigen Zweck aus und lehnt damit bestimmte Ausführungen des Gesetzgebers (in BT-Drs. 12/8858, 8), der Rspr. und der Lit. ab; näher Hörnle JZ 2010, 310, 312.

¹⁹ BVerfG, JZ 2010, 298, 303 Ziffer 81.

²⁰ BVerfG, JZ 2010, 298, 302 f. Ziffern 76-82.

²¹ BVerfG, JZ 2010, 298, 303 Ziffern 80-85. Kritik: Hörnle JZ 2010, 310, 312 f. Begründet das Gutheißen wirklich typischerweise eine Störung des öffentlichen Friedens i.S.d. Friedlichkeit? Ist die Strafnorm wirklich geeignet, die gedachten Gefahren abzuwehren? Zur Dogmatik: Das BVerfG wendet die sog. Rechtsgutslehre seit spätestens der Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 242 – Geschwisterinzenz, nicht mehr an: Die Befugnis des Gesetzgebers, Strafrecht zu setzen, „findet ihre Grenze vielmehr – auf dem Gebiet des Strafrechts wie anderswo – nur in der Verfassung selbst, wenn und soweit diese die Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vornherein ausschließt. (...) das Konzept des Rechtsgüterschutzes (...) stellt (...) keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären (...).“

²² Holzner DVBl 2010, 48, 49 – zu BVerfG, Ziffern 64-68 einerseits und Ziffer 79 andererseits.

Gefahr des Gewaltausbruchs typischerweise (mit-)verwirklichen – auch noch Jahrzehnte nach dem Ende der NS-Zeit?²³

6. Schlussfolgerung

Der Strafverteidiger wird sein Augenmerk allein auf die Normanwendung richten. Eine Verfassungsbeschwerde mit dem Ziel der Überprüfung der neuen Gesetzesdogmatik verspricht kurz- und mittelfristig ebenso wenig Aussicht auf Erfolg wie diejenige mit dem Ziel der Überprüfung der Stichhaltigkeit der Feststellungen zur Verhältnismäßigkeit. Zu denken ist allenfalls an die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Strafnorm mit Blick auf den Art. 10 EMRK.

III. Das Urteil zur Gesetzesanwendung

Die Tatbestandsmerkmale des § 130 Abs. 4 StGB sind so auszulegen, dass der Angeklagte, sofern verurteilt, allein wegen einer Beeinträchtigung des öffentlichen Friedens im Verständnis von *Friedlichkeit* verurteilt wird.²⁴ Auf den Zweck der Wahrung der antinationalsozialistischen Wertordnung kommt es nicht an; dessen Feststellung diene der formalen Rechtfertigung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG. Im Einzelnen für die Praxis:

1. Die Äußerung und ihre Bewertung

Zu ermitteln sind die Äußerung des Beschuldigten und der Kontext der Äußerung. Die Anzeigenerstatter benennen nicht selten ein bis drei markante Sätze und stellen diese als „die“ Aussage des Beschuldigten hin. Weil eine Äußerung jedoch in ihrem Zusammenhang interpretiert werden muss, sind auch die Sätze um die markanten Aussagen herum sowie die wahrnehmbare Gesamtsituation festzuhalten. Erst dann kann der „richtige“ Aussagegehalt durch Auslegung ermittelt werden (vgl. §§ 133, 157 BGB). Das BVerfG notiert dies regelmäßig: „(...) ist Voraussetzung jeder rechtlichen Würdigung von Meinungsäußerungen, dass ihr Sinn zutreffend erfasst worden ist. Maßgeblich ist hierfür der Sinn, den die Äußerung nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat. Dabei ist stets vom Wortlaut der Äußerung auszugehen. Dieser legt ihren Sinn aber nicht abschließend fest. Er wird vielmehr auch von dem sprachlichen Kontext, in dem die umstrittene Äußerung steht, und den Begleitumständen, unter denen sie fällt, bestimmt, soweit diese für die Rezipienten erkennbar waren.“²⁵ Stammen die benannten Sätze aus einem Zeitungsartikel, sind also der gesamte Artikel, Leserbrief etc. sowie möglichst auch diejenigen zuvor veröffentlichten Texte derselben Zeitung auszuwerten, auf welche sich der zu bewertende Text bezieht. Sind die benannten Sätze in einem Internetforum oder auf einem unverlinkten Speicherplatz²⁶ öffentlich zugänglich gemacht worden, sind die voranstehenden Wortbeiträge

des Textes/Gesprächs einzubeziehen. Wer lediglich isolierte Wortbrocken (etwa Fundergebnisse wie Überschriften und sog. Snippets in Suchmaschinenergebnislisten²⁷) auslegt, läuft Gefahr, Inhalte einzulegen. Schlussendlich sind die möglichen Interpretationen des Textes aufzuzeigen und nach alledem „die anderen möglichen Deutungen mit schlüssigen Gründen“ auszuschließen.²⁸ Ein Staatsanwalt muss also nach mindestens zwei möglichen Textinterpretationen suchen und diese offenlegen. Ist auch nur eine dieser nicht subsumierbar, muss das Verfahren eingestellt werden.

Ein Beispiel aus einem Internetforum i.V.m. dem ähnlichen § 130 Abs. 3 StGB, Tathandlung Leugnen²⁹: „Die gute Frau Lehrerin erzählt da Märchen von 6 Mio. ermordeten Juden, wobei das bzw. diese Zahl nicht stimmt [...] die D³⁰ sind nicht eines Tages aufgestanden und haben Juden gehasst oder gar getötet! Man muss sich mal überlegen [...] warum sie das meist gehasste Volk sind in der Welt!“ Die Auslegung i.S.d. „anderen möglichen Deutungen mit schlüssigen Gründen“ ergibt hier, dass die Betonung auf „nicht eines Tages“ liegen könnte, sprich der Satz inhaltsidentisch auch hätte lauten können: „Die Deutschen haben die Juden aufgrund einer längeren Vorgeschichte gehasst und getötet.“ Bei einer solchen Auslegung wäre das Ermorden der Juden nicht bestritten/geleugnet worden – sondern lediglich die Zahl der gemeldeten Toten. Der Äußernde könnte z.B. der Auffassung gewesen sein, dass es fünf Millionen gewesen sind. Das Bestreiten einer bestimmten Zahl von Toten bedeutet aber nicht das Leugnen der systematischen Vernichtung der Juden (Ob von NS-Handlungen), sondern das des hier zahlenmäßigen Umfangs (Folge von NS-Handlungen).³¹ Nur die Beachtung aller Worte etc. verhindert, entlastende Anhaltspunkte außer acht zu lassen.

Zu § 130 Abs. 4 StGB: Die Tathandlung muss ein Gutheißen (Billigen, Verherrlichen und Rechtfertigen) sein. Das BVerfG hat die einzelnen Begriffe nicht definiert, sondern kurz mitgeteilt, dass sich die Entscheidung des BVerfG in dem „fachgerichtlichen Wertungsrahmen“³² befunden habe. Dieser verweist auf die Kommentarliteratur, jene auf den BGH. Der BGH hatte entschieden, dass das Billigen die ausdrücklich oder konkludent erklärte Kundgabe der eigenen Zustimmung dahingehend ist, dass eine bestimmte Tat eines anderen³³ begangen oder versucht worden ist.³⁴ Der Beschuldigte müsse sein Ein-

²⁷ Hierzu OLG Hamburg, Urt. v. 2.3.2010 – 7 U 70/09, MMR 2010, 490, 492 – zu Art. 5 Abs. 1 GG i.V.m. § 186 StGB.

²⁸ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 104.

²⁹ StA Darmstadt, Az. 1040 Js 19119/09; AG Darmstadt, Beschl. v. 14.5.2009 – 25 Gs 1040 Js 19119/09.

³⁰ Deutschen.

³¹ Im Ergebnis auch AG Langen, Az. 34 Ds 1040 Js 19119/09. In der akzeptierten Anklageschrift verblieb das Tatbestandsmerkmal Verharmlosen in der Fallgruppe quantitatives Verharmlosen. Hierzu Rackow ZIS 2010, 366 ff.

³² BVerfG, JZ 2010, 298, 306 Ziffer 108 zu BVerfG, JZ 2008, 1102, 1104.

³³ Hier die rechtswidrige Tat i.S.d. § 140 StGB oder die NS-Handlung XY i.S.d. § 130 StGB.

³⁴ BGH, Urt. v. 17.12.1968 – 1 StR 161/68, BGHSt 22, 282 (286); erg. Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 130 Rn. 22b mN.

²³ Hörmle JZ 2010, 310, 312; vgl. Enders JZ 2008, 1092, 1098 f.

²⁴ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 98.

²⁵ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 104.

²⁶ OLG Hamburg, Beschl. v. 8.2.2010 – 5 W 5/10, MMR 2010, 418 f. – zu § 19a UrhG.

verständnis mit den Taten eines anderen in seinem eigenen Text erklärt haben. Ein Rückschluss auf außerhalb der Erklärung liegende Umstände sei unzulässig.³⁵ Äußerungen eines Vertreters dürfen also nicht ohne weiteres als Erklärung des Vertretenen gewertet werden.³⁶ Folglich muss in der Anklageschrift die Textstelle zitiert werden, welche als eine Billigung verstanden wird.³⁷ Erst dann kann seitens des Verteidigers zielgerichtet „gegenargumentiert“ werden. Der Strafverteidiger wird im Äußerungstext deshalb nach Wörtern suchen, welche die Interpretation des Billigens ermöglichen sowie verunmöglichen. Gibt es einen entlastenden Anhaltspunkt, z.B. ein Anzeichen für eine kritische Distanz oder einen sachlichen, redaktionellen Bezug? Insbesondere mit dem Hinweis auf einen sachlichen Bezug kann der Strafverteidiger das subjektive Element der Tathandlung (Auffordern, Anstacheln, Angreifen, Billigen usw.) entkräften.³⁸ Die Wunsiedel-Entscheidung hat an alledem nichts geändert.

2. Äußerungsgegenstand nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft

Der Begriff der Gewalt- und Willkürherrschaft ist ein zusammengehöriger Begriff. Er umschreibt „geschichtlich reale Willkürakte von verbrecherischer Qualität“.³⁹ Mit den Akten sind „Rechtsverletzungen“ (des NS-Regimes) gemeint. Die Rechtsverletzungen müssen von verbrecherischer Qualität sein, nicht Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB. Gemeint sind international anerkannte „Menschenrechtsverletzungen“.⁴⁰ Die Formulierung zielt auf eine weltweit einheitliche Einschätzung der zu beurteilenden Handlungen. Im Vorfeld zu vergleichen und zu bewerten sind folglich (theoretisch) alle Handlungen aller Regime. Das Tatbestandsmerkmal dient der Eingrenzung strafbarer Äußerungen. Welche Handlungen geschichtlich real sind, ist eine Frage der Geschichtswissenschaft. NS-Verbrechen sollten dem Gericht „gerichtsbekannt“ sein. Staatsanwalt und Verteidiger liefern ggf. Auszüge aus Standardwerken/Lexika/Monografien.

Im Entscheidungsfall des BVerfG sei die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft dadurch gebilligt worden, dass einem Repräsentanten des NS-Regimes

³⁵ BGHSt 22, 282 (287 f.).

³⁶ Wegen der Erforderlichkeit der Wahrnehmung der Zustimmungserklärung des Beschuldigten bedarf es letztlich einer höchstpersönlichen Kundgabe. Im Bereich der Website-Gestaltung beispielsweise entfällt oftmals die Zurechnung von per Framing öffentlich zugänglich gemachter Äußerungen Dritter; vgl. § 7 Abs. 1 TMG. Insoweit kommt stattdessen die Strafbarkeit des Website-Betreibers wegen Gehilfenstellung gemäß § 27 StGB in Betracht Vgl. OLG München, Urt. v. 17.5.2002 – 21 U 5569/01 – zu § 5 TDG a.F. (Zivilhaftung); LG München I, Urt. v. 10.1.2007 – 21 O 20028/05 – zu § 19a UrhG (Zivilhaftung); BG Zürich, Urt. v. 10.9.2002 – GG 010848 – Hyperlink und Zueigenmachen (Zivilhaftung).

³⁷ BGHSt 22, 282 (288).

³⁸ I.E. LG Darmstadt, Az. 1071 Js 60413/06 – eingestellt nach § 170 Abs. 2 StPO.

³⁹ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 100.

⁴⁰ I.E. BVerfG, JZ 2010, 298, 306 Ziffer 108.

uneingeschränkt gedacht, dieser „rückhaltlos glorifiziert“ worden ist. Ein solches Gedenken bedeute „eine uneingeschränkte Billigung der nationalsozialistischen Herrschaft im Ganzen – und damit insbesondere auch der unter ihr verübten Menschenrechtsverletzungen“.⁴¹ Der Strafverteidiger wird deshalb den ausdrücklichen und/oder konkludenten Äußerungsinhalt auf diejenigen Äußerungsgegenstände hin überprüfen, welche Handlungen Dritter und als eine begangene Menschenrechtsverletzung des NS-Regimes zu bewerten sind. Nicht-handlungen wie Ideen, z.B. notiert in Partei- oder Wahlprogrammen, sind auszusondern. Ebenso auszusondern sind Taten, welche nicht als Menschenrechtsverletzungen einzustufen sind und/oder nicht dem NS-Regime zuzuordnen sind. Nicht jede Handlung eines NSDAP-Mitglieds beruht auf der „Herrschaft“ der Regierung. Wer zum Beispiel „bloß“ die freiheitliche demokratische Grundordnung ablehnt oder immerhin einzelne politische Entscheidungen aus der NS-Zeit gutheißt, etwa aus den Bereichen der Familienpolitik (Stichwort Frauenpolitik) oder Verkehrspolitik (Stichwort Autobahnbau), macht sich, weil kein Verbrechen der NS-Zeit zum Gegenstand, nicht strafbar.

3. Störung des öffentlichen Friedens

Die Äußerung muss den öffentlichen Frieden stören. Nach dem Wortlaut muss die Störung eingetreten sein (Erfolgsdelikt⁴²), d.h. empirisch festgestellt werden⁴³, dass die Tathandlung „mehr bewirkt als eine bloße Konfrontation mit einer (...) Ideologie“, sprich „regelmäßig einerseits Widerstand dagegen auslöst oder zumindest Einschüchterung erzeugt“ und „andererseits enthemmende Wirkung bei der angesprochenen Anhängerschaft solcher Auffassungen hat“.⁴⁴ Die Äußerung muss den Adressaten konkrete Konsequenzen aus der Äußerung aufzeigen⁴⁵, „mittelbar auf Realwirkungen angelegt“⁴⁶ sein. „Je mehr sie hingegen durch die Art der Äußerung konkret und unmittelbar greifbar werden, je mehr sie auf konkrete Personen, Personengruppen oder reale Situationen aktuell bedrohlich bezogen werden, desto eher lassen sie sich der Realsphäre zuordnen.“⁴⁷ Beispiele sind neben der Hassrede (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und des Beschimpfens von Bevölkerungsteilen (§ 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB) der Appell zum Rechtsbruch⁴⁸, das Präsentieren eines einschlägigen historischen Ereignisses als wünschenswert.⁴⁹ Die Worte, welche vom Grundrechtsträger geäußert werden, müssen sowohl bei den Zustimmungenden als auch bei den Ablehnenden eine Verhaltensänderung auslösen [nicht nur auslösen können]. Die Zustimmungenden müssen Einschüchterungs- oder gar Gewalthandlungen

⁴¹ So BVerfG, JZ 2010, 298, 306 Ziffer 108; zu BVerwG, JZ 2008, 1102, 1104; zustimmend und kritisch Enders JZ 2008, 1092, 1097 f.

⁴² Enders JZ 2008, 1092, 1095; Liesching MMR 2010, 202, 202; BT-Drs. 15/5051, 5.

⁴³ Fischer, StGB, 57. Aufl. (2009), § 130 Rn. 40; Liesching MMR 2010, 202, 202.

⁴⁴ I.E. BVerfG, JZ 2010, 298, 303 Ziffern 80, 81.

⁴⁵ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 99.

⁴⁶ BVerfG, JZ 2010, 298, 302 Ziffer 73.

⁴⁷ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 99.

⁴⁸ BVerfG, JZ 2010, 298, 302 Ziffer 73.

⁴⁹ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 99.

gen als Reaktion auf die Worte zeigen, die Ablehnenden mit Eingeschüchtertheit oder mit Gegen-Gewalthandlungen reagieren. Die Äußerung muss in ihrer Wirkung „die Schwelle zur individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsgutsverletzung überschreiten“⁵⁰ haben. Das BVerfG bezeichnet solche Äußerungen als Äußerungen mit „rechtsverletzenden Wirkungen“⁵¹ „Der Staat ist damit rechtsstaatlich begrenzt auf Eingriffe zum Schutz von Rechtsgütern in der Sphäre der Äußerlichkeit.“⁵² Die Rechtsgutsverletzung, welche Folge der Äußerung ist, muss „konkret fassbar“ sein, darf nicht „zu abstrakt“ drohen. „Es geht um einen vorverlagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft, die sich in der Wirklichkeit konkretisieren. In diesem Sinne ist der öffentliche Friede ein Schutzgut, das verschiedenen Normen des Strafrechts seit jeher zugrunde liegt wie etwa den Verboten (...).“⁵³ Im Kern geht beim vorverlagerten Rechtsgüterschutz um eine *Zurechnung* des reagierenden Verhaltens anderer.⁵⁴ Wo liegt die Grenze?

Nicht zurechenbar, d.h. straffrei (!), sind die Äußerungen mit „rein geistigen Wirkungen“⁵⁵: Die Äußerung stört den öffentlichen Frieden nicht, wenn die „unmittelbaren“ (unmittelbar zurechenbaren) Rechtsverletzungen ausbleiben. Eine allgemeine Beunruhigung reicht nicht aus. „Eine Beunruhigung, die die geistige Auseinandersetzung im Meinungskampf mit sich bringt und allein aus dem Inhalt der Ideen und deren gedanklichen Konsequenzen folgt, ist notwendige Kehrseite der Meinungsfreiheit (...). Die mögliche Konfrontation mit beunruhigenden Meinungen, auch wenn sie in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlich und selbst wenn sie auf eine prinzipielle Umwälzung der geltenden Ordnung gerichtet sind, gehört zum freiheitlichen Staat. Der Schutz vor einer Beeinträchtigung des „allgemeinen Friedensgefühls“ oder der „Vergiftung des geistigen Klimas“ sind ebenso wenig ein Eingriffsgrund wie der Schutz der Bevölkerung vor einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins durch totalitäre Ideologien oder eine offenkundig falsche Interpretation der Geschichte.“⁵⁶ „Je mehr die mit der Propagierung einer Ideologie intendierten Wirkungen nur als abstrakte Konsequenz eines Gedankengebäudes erscheinen, desto deutlicher verbleiben sie in der geistigen Sphäre, die grundsätzlich geschützt ist.“⁵⁷ Die Strafbarkeit darf in einem solchen Fall nicht bejaht werden.

Diese Unterscheidung gilt jetzt immerhin für die Beschuldigten nach §§ 126, 130 Abs. 1, Abs. 3, 140 Nr. 2, 166 StGB usw. mit dem Tatbestandsmerkmal Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens. Immerhin.

In den Fällen des vom BVerfG geprüften § 130 Abs. 4 StGB ist das aber alles nur Theorie. Denn das BVerfG schränkt die Erforderlichkeit des Nachweises der Kausalität – entgegen dem klaren Wortlaut (Erfolgsdelikt) –

⁵⁰ BVerfG, JZ 2010, 298, 302 Ziffer 73, ähnlich 305 Ziffer 99.

⁵¹ BVerfG, JZ 2010, 298, 302 Ziffer 75.

⁵² BVerfG, JZ 2010, 298, 302 Ziffer 74.

⁵³ BVerfG, JZ 2010, 298, 303 Ziffer 78.

⁵⁴ Enders JZ 2008, 1092, 1095.

⁵⁵ BVerfG, JZ 2010, 298, 302 Ziffer 75.

⁵⁶ BVerfG, JZ 2010, 298, 302 Ziffer 77.

⁵⁷ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 99.

doch nicht gefordert. Ausnahmsweise greife – so die zweite Erfindung des BVerfG nach derjenigen betreffend Art. 5 Abs. 2 gleichsam Fall 4 GG – eine *Vermutung* der Kausalität zwischen Äußerung und Friedensstörung: „(...) kann bei tatbestandlicher Guttheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft grundsätzlich das Vorliegen einer Störung des öffentlichen Friedens vermutet werden. Das Tatbestandsmerkmal der Störung des öffentlichen Friedens dient primär der Erfassung untypischer Situationen, in denen die Vermutung der Friedensstörung aufgrund besonderer Umstände nicht trägt und sich deshalb die Meinungsfreiheit durchsetzen muss (...). In Betracht zu ziehen ist dies, wenn im konkreten Fall gewaltanreizende und einschüchternde oder bedrohende Wirkungen ausgeschlossen werden können, etwa weil Äußerungen im Rahmen kleiner geschlossener Versammlungen keine Tiefen- oder Breitenwirkung erreichen, sie beiläufig bleiben oder unter den konkreten Umständen nicht ernst genommen werden können.“⁵⁸ Eine Begründung für diese Vermutungsregel wird nicht geliefert. Dabei lautet eine der Fragen aus der Praxis: „Wenn jedoch, wie alljährlich in Wunsiedel, ein Trupp von Neonazis zum Gedenken an Rudolf Heß aufmarschiert: Was ist dann eigentlich jenseits der Beunruhigung des Gemüts der Bürger die darüber hinausreichende Störung des öffentlichen Friedens, die das Verbot rechtfertigen könnte?“⁵⁹ Mit der Erfindung der Vermutungsregel nivelliert das BVerfG die Unterscheidung der Tatbestände des § 130 StGB in solche, welche Erfolgsdelikte sind, und solche, welche Gefährdungsdelikte sind. Nach welchen Kriterien werden drohende Reaktionen der Zuhörer, Leser usw. zugerechnet? Eigentlich stellt die Begründung einer Störung des öffentlichen Friedens höhere Anforderungen als die Begründung der Eignung derselben. Zu welchen niedrig(er)en Anforderungen führt nun die Vermutungsregel des BVerfG? Die Antwort bleibt vorerst offen. Jedenfalls ist festzuhalten: Eine Äußerung, die zur Störung des öffentlichen Friedens geeignet sein soll, ist eine Äußerung, welche *noch nicht* zu einer Gewaltanwendung geführt hat. Dass eine Äußerung eine solche Eignungskausalität begründen könne, hat die Rechtsprechung bisher einvernehmlich behauptet – ohne plausible Kriterien der Zurechnung bzw. Aussonderung zu liefern.

4. In einer die Würde der Opfer verletzenden Weise

Das BVerfG ging auf dieses Tatbestandsmerkmal nicht näher ein.⁶⁰ Es sagt lediglich: „Liegt nach den vorstehenden Maßgaben eine Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft vor, ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn hieraus die Vermutung abgeleitet wird, dass durch solche Äußerungen auch die Würde der Opfer verletzt wird. (...) Auf ein Vorliegen der besonders strengen Voraussetzungen für die Annahme einer Menschenwürdeverletzung kommt es bei der Auslegung des

⁵⁸ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 103.

⁵⁹ Volkmann NJW 2010, 417, 420; erg. Hörnle JZ 2010, 310, 312 f.

⁶⁰ BVerfG, JZ 2010, 298, 300 Ziffer 62, 303 Ziffer 79, 304 Ziffer 91.

§ 130 Abs. 4 StGB folglich nicht an.⁶¹ Dies ist „konsequent“: Der ersten Vermutungsregel folgt die zweite... Der Strafverteidiger wird hier vielleicht dennoch ansetzen können. Das Tatbestandsmerkmal soll ja die Strafbarkeit eingrenzen.⁶² Und Tatbestandsmerkmal ist ausschließlich die Würdeverletzung der *Opfer* aus der Zeit bis 1945, nicht auch die der *Überlebenden*.⁶³

5. Öffentlich oder in einer Versammlung

Zum Ort der Äußerung: Das Internet ist nicht immer öffentlich. Beispiel ist der passwortgeschützte Zugriff auf die Website, sofern der Kreis der Besucher/Nutzer laut Webseitenbetreiberentscheidung bestimmungsgemäß klein. Eine pauschale Formulierung wie „Ausnahmen sind schon wegen der Zugänglichmachung im Internet nicht ersichtlich.“⁶⁴ wäre voreilig.

Zum Tatbestandsmerkmal Versammlung sagt das BVerfG: „(...) nicht nur auf Äußerungen in der Öffentlichkeit, sondern auch auf solche in geschlossenen Versammlungen erstreckt wird. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass das Gutheißen dieser Gewalt- und Willkürherrschaft in aller Regel auch aus geschlossenen Versammlungen heraus nach außen Reaktionen hervorruft. Soweit dieses im Einzelfall nicht zutrifft, kann dies über das weitere Tatbestandsmerkmal der Störung des öffentlichen Friedens korrigierend aufgefangen werden.“⁶⁵ Eine Versammlung setzt voraus, dass die Teilnehmer miteinander innerlich verbunden sind und sich als überpersonales

⁶¹ BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 102.

⁶² BVerfG, JZ 2010, 298, 305 Ziffer 102.

⁶³ BT-Drs. 15/5051, 6; Fischer (o. Fn. 43), § 130 Rn. 37 ff.; vgl. auch Enders JZ 2008, 1092, 1096, 1098.

⁶⁴ So die Befürchtung von Liesching MMR 2010, 202, 203.

⁶⁵ BVerfG, JZ 2010, 298, 303 Ziffer 83; vgl. Lenckner/Sternberg-Lieben (o. Fn. 34), § 130 Rn. 22c, § 186 Rn. 19 mN.

Ganzes verstehen.⁶⁶ Im Internet gibt es keine Versammlungen. Den „Netzgruppen“ fehlt die körperliche Anwesenheit (das Beisammensein⁶⁷) aller Teilnehmer/Nutzer am selben Ort.

6. Ergebnis

Die Auslegung der Äußerung(en) des Beschuldigten ist das A und O für alle Beteiligten. Sodann sind die Handlungen, welche Gegenstand der Äußerung(en) sind, zu benennen und – drittens – der „Gewalt- und Willkürherrschaft“ zuzurechnen bzw. nicht zuzurechnen. Viertens ist die Wirkung der Äußerung dahingehend zu begründen (oder zu verneinen), dass diese Gewaltanwendungen des Mob kausal hervorruft. In der Abgrenzung zwischen den Äußerungen mit „rechtsverletzenden Wirkungen“ und den Äußerungen mit „rein geistigen Wirkungen“ liegt der Schwerpunkt der künftigen Subsumtion.⁶⁸ Hierin liegen das Neue der Wunsiedel-Entscheidung und die Herausforderung für die Praxis. Schließlich kommt ggf. die Eingrenzung wegen fehlender Verletzung der Opferwürde oder fehlender Öffentlichkeit zum Zuge.

7. Schlussfolgerung

Der Strafverteidiger wird darauf dringen, dass Staatsanwalt bzw. Richter (auch) entlastende Textinterpretationen liefern und ihre Auffassung betreffend Handlungszurechnung, Gewaltanwendungskausalität und Opferwürdeverletzung detailliert aufzeigen. Im Idealfall tauschen Staatsanwalt und Verteidiger ihre Ansichten frühzeitig aus.

⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 7.6.1978 – 7 C 5.78, BVerwGE 56, 63 (69) – Informationsstand im politischen Wahlkampf keine Versammlung.

⁶⁷ Vgl. Lenckner/Sternberg-Lieben (o. Fn. 34), § 130 Rn. 22c, § 90 Rn. 5.

⁶⁸ So auch Holzner DVBl 2010, 48, 49 f.; Degenhart JZ 2010, 306, 310, wohl auch Volkmann NJW 2010, 417, 419.

Die Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB) im Spannungsverhältnis von Gefahrenabwehr und Selbstbelastungsfreiheit

Zugleich eine Besprechung des Urteils des 5. Strafsenats des BGH vom 19. Mai 2010 = HRRS 2010 Nr. 494

Von Dr. Sascha Ziemann / Richter am Landgericht Dr. Jörg Ziethen*

I. Einführung

Die Strafnorm des § 138 StGB konnte bislang als im doppelten Sinne des Wortes ausgezeichnete Platz für akademische Diskussionen gelten. Während die praktische Bedeutung gegen Null tendiert¹, ist die Norm in der wissenschaftlichen Diskussion Gegenstand intensiver Auseinandersetzung und in ihrer Begründung bis heute umstritten.² Die geringe Praxisrelevanz mag darauf zurückzuführen sein, dass die st. Rspr. den potenziellen Täterkreis strikt begrenzt hat, indem sie eine Verpflichtung zur Anzeige nur dann bejahte, wenn für den Betroffenen die nichtangezeigte Tat eine „völlig fremde“³ war; tatrichterliche Zweifel an der Fremdheit (d.h. der fortbestehende Verdacht der Beteiligung) führten – entgegen der herrschenden Meinung im Schrifttum – zum Freispruch.⁴ Nachdem der BGH bereits mit Entscheidung des 4. Strafsenats vom März 2004⁵ per *obiter dictum* eine Rechtsprechungsänderung in Betracht gezogen hatte, hat der 5. Senat durch Grundsatzentscheidung vom 19. Mai 2010⁶ nunmehr entschieden, dass eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten gemäß § 138 StGB auch dann möglich ist, wenn der Verdacht der Beteili-

gung an der (geplanten) Haupttat nicht widerlegt werden kann.

Diese Abkehr von der bisher st. Rspr. erscheint vor allem unter zwei Gesichtspunkten diskussionswürdig: In materiell-rechtlicher Hinsicht zeigt die vom Senat gewählte Begründung, die an die im Schrifttum vertretene Lehre vom Stufenverhältnis konkurrierender Zurechnungsformen anschließt, bedenkliche Tendenzen zur Ausweitung des Tatbestands und birgt zudem die Gefahr von Wertungswidersprüchen in der Lehre der Tatbeteiligung. In verfahrens- bzw. grundrechtlicher Hinsicht tritt in der Begründung des Senats das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit völlig in den Hintergrund. Da der Senat nunmehr selbst den fortbestehenden Verdacht nicht mehr genügen lässt, um den Betroffenen von der Anzeigepflicht zu befreien, ist zu befürchten, dass das Grundrecht leerläuft. Der nachfolgende Beitrag möchte diese Fragen diskutieren und eine alternative Lösung vorschlagen.

II. Grundsatzentscheidung des BGH vom 19. Mai 2010

1. Sachverhalt

Der Entscheidung des 5. Senats lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zu Grunde⁷: Der Bruder des Angekl. und ein Komplize – beide anderweitig verfolgt – planten einen Raubüberfall auf ein Bekleidungsgeschäft. Der Bruder forderte den Angekl. dazu auf, „zusammen den Überfall durchzuführen“. „[O]bgleich am Tatort DNA-Spuren des Angekl. sichergestellt wurden und die anderweitig Verfolgten dessen aktive Beteiligung [...] bekundeten“, gewann das Tatgericht keine Überzeugung davon, dass der Angekl. der Aufforderung tatsächlich nachkam. Auch sonst konnte es keine Beteiligung des Angekl. (etwa an der Tatplanung) feststellen. Gewiss ist allerdings, dass der Angekl. nichts unternahm, um seinen

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter und Lehrbeauftragte am Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Sie danken dem ebenfalls dort tätigen Fachanwalt für Strafrecht Dr. Jens Dallmeyer für wertvolle Hinweise und Kritik.

¹ Die jährlichen Verurteilungszahlen liegen (bezogen auf die Anzahl erwachsener Straftäter) selten über zehn Personen; Nachweise bei NK-Ostendorf StGB, 3. Aufl. (2010), §§ 138/139 Rn. 4.

² Siehe nur NK-Ostendorf a.a.O. (Fn. 1), §§ 138/139 Rn. 5.

³ Zur Begriffsformel der „völlig fremden Tat“ siehe die nachfolgenden Ausführungen.

⁴ Siehe die Nachweise unten bei II.2.d.

⁵ BGH 4 StR 533/03 vom 18.03.2004 = NStZ 2004, 499.

⁶ BGH 5 StR 464/09 vom 19.05.2010 = HRRS 2010 Nr. 494 = NJW 2010, 2291 m. abl. Anm. Schiemann.

⁷ BGH (Fn. 6), UA Abs.-Nr. 2 ff. = NJW 2010, 2291.

Bruder von der Tatbegehung abzuhalten oder die Polizei zu informieren, obgleich ihm dies möglich war. Der Raub gelangte schließlich unter Einsatz einer Schreckschusspistole zur Ausführung.

Das Tatgericht hat den Angekl. nach § 138 Abs. 1 StGB verurteilt. Die Revision des Angekl. brachte die Sache zum 5. Senat, der die Rechtsansicht des Tatgerichts zwar für unvereinbar mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung hielt, aber in dieser Rechtsfrage eine Rechtsprechungsänderung beabsichtigte.⁸ Nachdem die übrigen Senate im Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 2 u. 3 GVG – als Vorschaltverfahren zur Vorlage an den Großen Senat – keine Hindernisse für die angestrebte Rechtsprechungsänderung gesehen hatten⁹, bestätigte der Senat mit Urteil vom 19. Mai 2010 die Verurteilung.

2. Stand der Dogmatik

Die bisher herrschende Dogmatik zu § 138 StGB beruht auf folgenden Erwägungen: Als Täter der Nichtanzeige benennt das Gesetz jeden („wer“), der „von dem Vorhaben oder der Ausführung“ einer dort genannten Katalogtat „glaubhaft erfährt“. Dies ist potenziell jedermann und entspricht dem Typus des Delikts als „echtes Unterlassungsdelikt“.¹⁰ Allerdings haben Rspr. und Lehre seit jeher gewisse Personen von der Anzeigepflicht ausgenommen. Neben dem von der Katalogtat (nachfolgend auch „Haupttat“) allein Bedrohten¹¹ betrifft dies vor allem den Kreis der an der Haupttat Beteiligten bzw. derjenigen, gegen die sich der Verdacht der Beteiligung an der Haupttat richtet. Die Diskussion um die Ausnahme dieser „haupttatnahen“ Personen hat zur Ausbildung von Fallgruppen geführt:

a) Haupttatbeteiligung

Für den an der Katalogtat in strafbarer Weise als Täter (§ 25 StGB) oder Teilnehmer (§§ 26, 27, 30 StGB) Beteiligten (nachfolgend zusammenfassend: Haupttatbeteiligten) war die Ausnahme von der Anzeigepflicht im Ergebnis wenig umstritten.¹² Begrifflich wurde dieses Ergebnis auf

⁸ BGH 5 StR 464/09 vom 13.01.2010 = BGH HRRS 2010 Nr. 211 (Anfragebeschluss).

⁹ Antwortbeschlüsse: BGH 1 ARs 1/10 vom 11.03.2010; BGH 2 ARs 45/10 vom 17.03.2010; BGH 3 ARs 3/10 vom 09.03.2010 = NStZ-RR 2010, 204; BGH 4 ARs 3/10 vom 23.03.2010.

¹⁰ Siehe nur Fischer StGB, 57. Aufl. (2010), § 138 Rn. 2.

¹¹ Dies wird darauf zurückgeführt, dass der allein Bedrohte bereits über die Information verfügt, deren Verschaffung die Norm des § 138 StGB bezweckt. Ein strafbewehrtes Gebot zur „Anzeige an sich selbst“ erscheint sinnlos. Anders, aber hier nicht erörterungsbedürftig, stellt sich die Situation dar, wenn der Personenkreis der Bedrohten größer oder gar persönlich nicht begrenzt ist. Vgl. LK-Hanack StGB, 12. Aufl. (2009), § 138 Rn. 40, Stand: Okt. 2008; S/S-Sternberg-Lieben StGB, 28. Aufl. (2010), § 138 Rn. 19; Fischer a.a.O. (Fn. 10), § 138 Rn. 17.

¹² St. Rspr. BGH NJW 1956, 30, 31; BGH NJW 1964, 731, 732; BGH NStZ 1982, 244, 244; BGHSt 36, 167, 169; BGHSt 39, 164, 167; aus dem Schrifttum: LK-Hanack a.a.O. (Fn. 11), § 138 Rn. 42 ff.; S/S-Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 11), § 138 Rn. 20/21; Fischer a.a.O. (Fn. 10), § 138 Rn. 18; MK-Hohmann (2005), Bd. 2/2, § 138 Rn. 22; NK-Ostendorf

die Formel gebracht, dass die anzeigepflichtige Tat eine „fremde“ sein müsse.¹³ Im Wesentlichen standen zwei Begründungen im Raum:

Bei materiell-rechtlicher Betrachtung erscheint das Gebot des § 138 StGB, die Verhinderung der Haupttat durch Anzeige zu ermöglichen, systemwidrig, weil dem Haupttatbeteiligten die Verhinderung der Haupttat bereits durch das Verbot ihrer Begehung aufgegeben ist. Eine „normative Doppelung“ der Haupttatverhinderung wäre nicht nur kriminalpolitisch sinnlos, weil das Verbot der Begehung ausnahmslos mit der schärferen Sanktionsdrohung unterlegt ist. Es wäre auch ungerecht – weil übermäßig –, dem Haupttatbeteiligten das Unrecht der Haupttat zweimal zuzurechnen (einmal über die Begehung der Haupttat, einmal über die Unterlassung ihrer Verhinderung).

Bei prozessualer Betrachtung erscheint dem gegenüber maßgeblich, dass der Haupttatbeteiligte ein potenziell Verdächtiger ist. Durch die Anzeige – erst recht: „bei der Behörde“ – wird der potenzielle Verdacht manifest. Die materiell-rechtliche Anzeigepflicht des § 138 StGB würde demnach beim Haupttatbeteiligten eine Verhaltenspflicht begründen, die es nach allgemeiner prozessualer Überzeugung nicht geben darf, denn das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*) schließt jedenfalls eine Verpflichtung zur aktiven Mitwirkung an der eigenen Strafverfolgung aus.¹⁴

Weil beide Begründungen auf dasselbe Ergebnis verweisen, ohne sich zu widersprechen, standen sie in der Diskussion gewöhnlich nebeneinander.¹⁵

b) „Straflose Teilnahme“

Schwieriger ist der Fall der sog. „straflosen Teilnahme“ (z.B. durch den erfolglosen „Versuch der Beihilfe“).¹⁶ Die überwiegende Ansicht nahm auch den straflosen Teilnehmer von der Anzeigepflicht aus.¹⁷ Begrifflich schloss

a.a.O. (Fn. 2), §§ 138/139 Rn. 6; zweifelnd Kühl 26. Aufl. (2007), § 138 Rn. 6. – A.A. SK-StGB-Rudolphi/Stein (2006), § 138 Rn. 5 f., 66. Lfg., Juni 2006; Rudolphi, Roxin-FS (2001), S. 827, 835; Schmidhäuser, Bockelmann-FS (1979), S. 683, insb. 695 f., 697 f. (Straflosigkeit allein als Ausdruck der „Subsidiarität der Strafrechts“, a.a.O., 696; ähnlich Rudolphi a.a.O., 836: „Konsumtion“).

¹³ Z.B. BGHSt 36, 167, 169.

¹⁴ Vgl. statt vieler Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts (2006), S. 128 ff.

¹⁵ Siehe aus dem Schrifttum z.B. S/S-Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 11), § 138 Rn. 20/21; LK-Hanack a.a.O. (Fn. 11), § 138 Rn. 43; unter Betonung der Selbstbelastungsfreiheit SSW-StGB-Jeßberger (2009), § 138 Rn. 22; für die Rspr. s. einerseits BGH NStZ 1993, 50, 51 (prozessuale Begründung), andererseits BGHSt 36, 167, 169 (materiell-rechtliche Begründung).

¹⁶ Ein Beispiel findet sich bei Schmidhäuser a.a.O. (Fn. 12), 684: Der Gehilfe reicht dem zur Tötung entschlossenen Täter auf dessen Bitte hin eine Pistole zur Ausführung der geplanten Tat, die im Anschluss nicht einmal versucht wird.

¹⁷ Aus der Rspr.: BGH NStZ 1982, 244, 244; Aus dem Schrifttum: NK-Ostendorf a.a.O. (Fn. 2), §§ 138/139 Rn. 7; Fischer a.a.O. (Fn. 10), § 138 Rn. 19. A.A. SK-StGB-Rudolphi/Stein a.a.O. (Fn. 12), § 138 Rn. 5 f.

dieses Ergebnis an die oben genannte Formel durch die Formulierung an, dass die anzeigepflichtige Tat eine „völlig fremde“ sein müsse.¹⁸

Die vorgenannten materiell-rechtlichen Erwägungen stützen dieses Ergebnis allerdings nicht. Weil der straflose Teilnehmer hinsichtlich der Haupttat straflos bleibt, fehlt es bei ihm am Moment der „Doppelzurechnung“. Die h.M. griff deshalb zu einer anderen kriminalpolitischen Begründung, wonach dem straflosen Teilnehmer der „Ausstieg“ aus der Tat durch die Anzeigepflicht nicht erschwert werden solle.¹⁹ Das Schrifttum verwies auch darauf, dass eine Anzeigepflicht nach § 138 StGB den *numerus clausus* der Beteiligungsformen unterlaufe.²⁰

Auch die prozessuale Betrachtung führt wohl zu einer Verneinung der Anzeigepflicht. Dies beruht darauf, dass auch der straflose Teilnehmer ein potenziell Haupttatverdächtiger ist, der im Lichte des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit zur aktiven Mitwirkung an der Strafverfolgung gegen die eigene Person nicht verpflichtet sein kann. Bemerkenswert ist allerdings, dass in der Diskussion der Fallgruppe der straflosen Teilnahme die prozessuale Betrachtung gewöhnlich keine Rolle spielte.

c) Verdacht der Haupttatbeteiligung

Als eigene Fallgruppe diskutierte man außerdem den Fall des „Verdachts der Haupttatbeteiligung“, d.h. die Konstellation, dass der Betroffene zwar dem Verdacht ausgesetzt ist, an der Haupttat beteiligt zu sein, während er tatsächlich unbeteiligt ist.

Die h.M. nahm den „unbeteiligt Verdächtigen“ – im Gegensatz zum straflosen Teilnehmer – von der Anzeigepflicht *nicht* aus; der unbeteiligt Verdächtige sei anzeigepflichtig.²¹ Im Sinne der Begriffsformel von der „völlig fremden“ Haupttat erscheint dies konsequent: Anders als der straflose Teilnehmer hat der unbeteiligt Verdächtige mit der Haupttat wirklich „nichts“ zu tun. Auch lassen sich die zu den vorgenannten Personengruppen angestellten materiell-rechtlichen Erwägungen nicht auf den unbeteiligt Verdächtigen übertragen: weder droht diesem (wie dem Haupttatbeteiligten) eine „doppelte Zurechnung“, noch muss er (wie der straflose Teilnehmer) zum „Ausstieg“ motiviert werden.

Bei prozessualer Betrachtung ist das Ergebnis (Bejahung der Anzeigepflicht) hingegen zweifelhaft. Prozessual stehen sich der straflose Teilnehmer und der unbeteiligte Verdächtige sehr nahe, weil gegenüber beiden kein begründeter materiell-rechtlicher Verdacht besteht; beider Verhalten ist „bei Licht“ besehen straflos. Dennoch bringen sich beide durch eine Anzeige in den Verdacht der Haupttatbeteiligung. Äußerstenfalls führt dieser Verdacht

¹⁸ Z.B. BGH NStZ 1982, 244, 244.

¹⁹ Rspr.: BGH NJW 1956, 30, 31; BGH NStZ 1982, 244, 244; Schrifttum: Fischer a.a.O. (Fn. 10), § 138 Rn. 19. – A.A. Schmidhäuser a.a.O. (Fn. 12), 685 („grob ungerecht“).

²⁰ So z.B. NK-Ostendorf a.a.O. (Fn. 2), §§ 138/139 Rn. 7.

²¹ Aus der Rspr.: BGHSt 36, 167, 170; ebenso BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 7 = NJW 2010, 2292; Aus dem Schrifttum: Fischer a.a.O. (Fn. 10), § 138 Rn. 20.

zu einer – die Möglichkeit²² einer (Fehl-) Verurteilung begründenden – Strafverfolgung. Prozessual ist nicht einsichtig, weshalb dem straflosen Teilnehmer diese Gefahr erspart blieb, während der unbeteiligt Verdächtige sie nicht nur tragen, sondern durch seine Anzeigepflicht sogar erzeugen musste.

Die h.M. relativierte diesen Einwand. Die für den Anzeigepflichtigen ggf. ungünstige Beweislage begründe keine „Gefahr“. Vielmehr stelle das drohende Ermittlungsverfahren eine bloße „Interesseneinbuße“²³ dar. Der unbeteiligt Verdächtige könne darauf vertrauen, wegen des bloßen Verdachts der Tatbeteiligung nicht verurteilt zu werden, da ihn der Grundsatz „in dubio pro reo“ schütze.²⁴

d) Non liquet der Haupttatbeteiligung

Der in Bezug auf den Kreis der haupttatnahen Personen problematischste Fall ist schließlich derjenige, dass sich der Verdacht der Haupttatbeteiligung weder ausräumen noch urteilsmäßig bestätigen lässt („unwiderlegbarer“²⁵ oder „fortbestehender“²⁶ Verdacht). Die Konstellation lässt sich von den vorgenannten Fallgruppen analytisch unterscheiden, weil der „unwiderlegbar Verdächtige“ weder mit beweisrechtlicher Gewissheit „Haupttatbeteiligter“ noch „unbeteiligt Verdächtiger“ ist. Geht man allerdings davon aus, dass das beweisrechtliche *non liquet* letztlich nicht mehr ist als ein qualifizierter, zum Nachweis der Haupttat aber nicht genügender Grad des Verdachts, so nähern sich die bestimmenden Merkmale (Haupttatbeteiligung, Verdacht) in Richtung „unbeteiligt Verdächtiger“.

Bemerkenswert ist daher, dass die bisher st. Rspr.²⁷ und gewichtige Stimmen in der Literatur²⁸ im Falle des *non liquet* zu einem Freispruch gelangten. Bei Zweifeln über die Haupttatbeteiligung sei der Angeklagte nicht nur *in dubio pro reo* von diesem Vorwurf freizusprechen, sondern auch – abermals *in dubio pro reo* (durch Unterstellung einer tatbestandsausschließenden Beteiligung an der Haupttat) – von dem Vorwurf der Nichtanzeige. Das bedeutete im Ergebnis: Anders als dem unbeteiligt Verdächtigen war dem unwiderlegbar Verdächtigen die Unterlassung der Anzeige nicht anzulasten.

Der überwiegende Teil des Schrifttums²⁹ favorisierte dem gegenüber eine Verurteilung wegen Nichtanzeige. Die Lösung stützt sich auf die Erwägung, dass mit Haupttat-

²² Aufgrund dieser „Gefahr“ billigt z.B. Joerden, Jura 1990, 633, 639 dem unbeteiligt Verdächtigen eine notstandsähnliche Lage zu. Die Anzeige sei „unzumutbar“.

²³ NK-Ostendorf a.a.O. (Fn. 2), §§ 138/139 Rn. 8.

²⁴ Siehe etwa BGHSt 36, 167, 170.

²⁵ Vgl. aus der Rspr. etwa RGSt 73, 52, 58.

²⁶ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 6 = NJW 2010, 2291.

²⁷ BGH NJW 1964, 731, 732; BGH NStZ 1982, 244, 244; BGHSt 36, 167, 169; BGHSt 39, 164, 167; zuletzt BGH NStZ 2004, 499, 500 (mit obiter dictum hinsichtl. Rechtsprechungsänderung).

²⁸ NK-Ostendorf a.a.O. (Fn. 2), §§ 138/139 Rn. 25; MK-Hohmann a.a.O. (Fn. 12), § 138 Rn. 25.

²⁹ LK-Hanack a.a.O. (Fn. 11) § 138 Rn. 48; SK-StGB-Rudolphi/Stein a.a.O. (Fn. 12), § 138 Rn. 35; Fischer a.a.O. (Fn. 10), § 138 Rn. 20; Kühl a.a.O. (Fn. 12), § 138 Rn. 6; S/S-Sternberg-Lieben (Fn. 11), § 138 Rn. 29.

beteiligung und Nichtanzeige letzthin zwei Formen der Zurechnung desselben Rechtsgutangriffs, nämlich (Haupt-) Täterschaft/Teilnahme einerseits und Unterlassungstäterschaft (durch Nichtanzeige) andererseits, im Raume stehen. Zwischen diesen beiden Zurechnungsformen bestehe ein normativ-ethisches Stufenverhältnis in dem Sinne, dass die Unterlassungszurechnung die mildere sei. Im Falle der unklaren Beweislage gelangte der entsprechende Teil des Schrifttums daher über die einmalige Anwendung der Entscheidungsregel *in dubio pro reo* zu einer Verurteilung auf eindeutiger Grundlage.

3. Einordnung der Grundsatzentscheidung vom 19. Mai 2010

Die Grundsatzentscheidung des *Senats* vom 19. Mai 2010 fällt in die oben genannte Fallgruppe des *non liquet* der Haupttatbeteiligung: Gewichtige Indizien (DNA-Spuren, teilbelastende Einlassungen der anderweitig Verfolgten) sprechen dafür, dass der Angeklagte als aktiv Beteiligter in die Haupttat verstrickt ist, dennoch gelingt der Tatnachweis nicht. Fest steht aber: Der Angeklagte wusste von der Tat und unternahm nichts gegen ihre Durchführung.

Dass man den Angeklagten in einer solchen Situation bislang freisprechen musste, lag darin begründet, dass nach der zugrunde liegenden Dogmatik Haupttatbeteiligung einerseits und Nichtanzeige andererseits zwei „Unrechtskreise“ bildeten, zwischen denen es, wie die Begriffsformel der „völlig fremden Tat“ verdeutlicht, keine Gemeinsamkeit gab. Der Fall des *non liquet* lag damit außerhalb des tatbestandlichen Bereichs beider Delikte und – durchaus bildlich – in einer „Strafbarkeitslücke“.³⁰ Zu deren Schließung liegt es methodisch nahe, beide Delikte auf einen gemeinsamen „Unrechtskern“ zurückzuführen. Der *Senat* erblickt diesen in der „Gefährdung gerade des Rechtsguts, das durch die anzuzeigende Katalogtat verletzt wird“.³¹ Haupttat und Nichtanzeige unterscheiden sich demnach lediglich „quantitativ“³², nämlich hinsichtlich der Intensität der verwirklichten Gefahr: die Haupttat markiert den Bereich der intensivsten Gefahr; die Nichtanzeige markiert den Bereich der geringsten noch zurechenbaren Gefahr (im Vorfeld der Haupttat). Die Gemeinsamkeit beider Delikte besteht also darin, dass auch dem Nichtanzeigenden die „(Mit-)verursachung“ einer Rechtsgutgefahr vorzuwerfen sei. Mit dieser Interpretation findet der *Senat* zugleich den Anschluss an die Rechtsprechung des BGH zu „vergleichbaren Konstellationen“ – vergleichbar hinsichtlich der normativen Stufung („Graden“) der Zurechnung, namentlich im Verhältnis von „Täterschaft und Teilnahme“, „Vorsatz und Fahrlässigkeit“, „Beteiligung an der Begehungstat und unterlassene Hilfeleistung“.³³ Wie in diesen Konstellationen möchte der *Senat* auch im Falle von Nichtanzeige und Haupttat „Zweifel über den vom Täter verwirklichten Zurechnungsgrad“ durch (nur einmalige) An-

wendung des Grundsatzes *in dubio pro reo* zugunsten der „minderen Zurechnungsform“ auflösen.³⁴

In diesem Sinne begründet der *Senat* seine Entscheidung im Kern wie folgt: Entgegen der früheren st. Rspr. sei bei fortbestehenden Zweifeln über die Beteiligung an der Katalogtat eine doppelte Anwendung des Zweifelsatzes (auch hinsichtlich der Nichtanzeige) „rechtlich nicht geboten“.³⁵ Zwischen der Katalogtat des § 138 StGB und ihrer Nichtanzeige bestehe ein normativ-ethisches Stufenverhältnis, das es ermögliche, den Angeklagten bei fortbestehenden Zweifeln im Wege der Anwendung des Zweifelsatzes auf eindeutiger Grundlage „aus § 138 StGB als dem milderen Gesetz“³⁶ zu verurteilen. Der *Senat* hält hierdurch zugleich bestehende „Unsicherheiten für das Verteidigungsverhalten“³⁷ für ausgeräumt.

III. Kritik der Grundsatzentscheidung des BGH vom 19. Mai 2010

Der Entscheidung des *Senats* ist zu widersprechen.

1. Rechtssicherheit zum Nachteil der Verteidigung?

Wenig überzeugend ist zunächst die Absicht des *Senats*, Rechtssicherheit für das Verteidigungsverhalten zu schaffen.³⁸ Zwar ist dem *Senat* zuzugestehen, dass seine Entscheidung die (auch für die Wahl der Verteidigungsstrategie bedeutsame) beweisrechtliche Problematik vereinfacht – dies aber zum Nachteil der Verteidigung.

Die beweisrechtliche Problematik bestand in Folgendem: Der bisherigen Differenzierung in Fallgruppen (Haupttatbeteiligung, straflose Teilnahme, Verdacht der Haupttatbeteiligung, *non liquet* der Haupttatbeteiligung) lag ein für die Verteidigung kaum beherrschbares Kriterium zugrunde, nämlich der richterliche Zweifel im Zeitpunkt der Urteilsfindung (und damit: nach Abschluss der Beweisaufnahme). Der Mangel an Beherrschbarkeit konnte sich auf die Verteidigung durchaus nachteilig auswirken. Prozessual geht nämlich der Konstellation des *non liquet* gewöhnlich – und so auch hier – die Anklage wegen Beteiligung an der Haupttat voraus. Die nahe liegende Verteidigung gegen diese Anklage musste darauf gerichtet sein, den Vorwurf der Haupttatbeteiligung zu erschüttern. Geling dies der Verteidigung umfassend (in dem Sinne, dass das Gericht von der mangelnden Beteiligung des Beschuldigten überzeugt ist), so kehrte sich dieser Erfolg nach bisheriger st. Rspr. paradoxerweise in einen Nachteil, weil das Gericht aufgrund der Gewissheit der „völligen Fremdheit“ der Tat nunmehr wegen Nichtanzeige verurteilen musste. Geling es der Verteidigung dagegen lediglich, „fortbestehende“ Zweifel an der Haupttatbeteiligung zu erwecken, so konnte der Beschuldigte mit einem umfassenden Freispruch (sowohl vom Vorwurf der Haupttatbeteiligung als auch vom Vor-

³⁰ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 16 = NJW 2010, 2292.

³¹ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 14 = NJW 2010, 2292.

³² BGH a.a.O.

³³ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 16 = NJW 2010, 2292.

³⁴ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 15 = NJW 2010, 2292.

³⁵ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 10 = NJW 2010, 2292.

³⁶ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 15 = NJW 2010, 2292.

³⁷ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 16 = NJW 2010, 2292.

³⁸ BGH a.a.O.

wurf der Nichtanzeige) rechnen. Die optimale Verteidigung musste demnach darauf gerichtet sein, die Haupttatbeteiligung in Zweifel zu ziehen, ohne hierbei den Verdacht gänzlich auszuräumen – ein Spiel auf Messers Schneide.

Mit der Änderung der Rspr. durch den *Senat* ist diese Unsicherheit beseitigt, da ein verbleibender Verdacht der Haupttatbeteiligung der Verurteilung wegen Nichtanzeige nicht mehr entgegensteht. Dass dieser Gewinn an Rechtssicherheit auch ein Vorteil für die Verteidigung ist, muss jedoch bestritten werden. Zwar wird der Verteidigung das Risiko eines suboptimalen (weil „zu starken“) Angriffs gegen den Vorwurf der Haupttatbeteiligung abgenommen. Dafür geht aber die Chance auf das bestmögliche Resultat (Freispruch) verloren. Im Ergebnis erweist sich damit der Zuwachs an Rechtssicherheit nicht als Vorteil, sondern als Nachteil der Verteidigung.

2. „Vorstufe zur Teilnahme“ als neue Zurechnungsform?

Bedenken ergeben sich auch hinsichtlich der vom *Senat* geäußerten Absicht, eine „sachwidrige Strafbarkeitslücke“³⁹ zu „vermeiden“, die daraus resultiert, dass nach bisheriger Rspr. im Falle des *non liquet* ein Freispruch erfolgen musste.

Dass der *Senat* den Begriff „Strafbarkeitslücke“ dabei nicht in einem kriminalpolitisch-empirischen Sinne versteht, dürfte evident sein, da die entscheidungserhebliche Konstellation ein außerordentlich geringes tatsächliches Gewicht hat. Die Strafverfolgungsstatistik des Bundes zählt für das Jahr 2008 sieben Verurteilungen nach allgemeinem Strafrecht und zwei Einstellungen.⁴⁰ Das bedeutet, dass es zu keinem Freispruch gekommen ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Statistik diejenigen Fälle „abhandeln“ kommen, in welchen das Verfahren wegen absehbarer Beweisschwierigkeiten nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wird, so muss man davon ausgehen, dass die Konstellation des *non liquet* der Haupttatbeteiligung, die bislang zum Freispruch auch vom Vorwurf der Nichtanzeige nach § 138 StGB führte, so selten ist, dass von einer nennenswerten tatsächlichen „Strafbarkeitslücke“ nicht gesprochen werden kann.

Der *Senat* hat vielmehr eine normative, aus dem Gedanken der Zurechnung entwickelte Betrachtung zugrunde gelegt. Die „Strafbarkeitslücke“ besteht nach dieser Lesart darin, dass nach bisheriger Rspr. Zweifel über den vom Täter verwirklichten Zurechnungsrad nicht zur Verurteilung aus der „minderen Zurechnungsform“, sondern zum Freispruch führten.

Inwieweit dies überzeugt, hängt entscheidend davon ab, ob man in § 138 StGB tatsächlich eine solche „mindere Zurechnungsform“ erblicken kann. Der *Senat* begründet seine diesbezügliche dogmatische Konstruktion wie folgt: Zugerechnet wird die „Gefährdung gerade des Rechts-

guts, das durch die anzuzeigende Katalogtat verletzt wird“⁴¹ (wobei die Formulierung „verletzt wird“ – ohne dass der Einwand hier vertieft werden soll – missglückt sein dürfte, weil der Tatbestand des § 138 StGB auch dann erfüllt ist, wenn die Haupttat nicht einmal versucht wird). Die Zurechnung dieser Gefährdung soll in der Zurechnungsform einer „Vorstufe zur Teilnahme“⁴² erfolgen. Was hierunter genau zu verstehen ist, ist durchaus unklar, weil die allgemeine Zurechnungslehre nur zwei Formen der Beteiligung (Täterschaft und Teilnahme) und drei Grade ihrer Verwirklichung (Vollendung, Versuch, Vorbereitung) kennt. Analytisch folgen hieraus sechs Kategorien⁴³, deren mildeste die Vorbereitung der Teilnahme ist (tatbestandlich erfasst im „Versuch der Beteiligung“, § 30 StGB). Soll ausgehend hiervon, wie es dem *Senat* vorschwebt, mithilfe des Zweifelsgrundsatzes eine noch mindere Zurechnungsform erreicht werden, so müsste diese – gleichsam als „siebte“ Kategorie – unterhalb der Schwelle des § 30 StGB ansiedeln. Es erscheint bereits merkwürdig, dass diese Zurechnungsform in § 138 StGB und damit außerhalb des Allgemeinen Teils des StGB gefunden wird. Dieses formale Argument wäre aber noch kein Grund, die Entscheidung des *Senats* zurückzuweisen, zumal ursprünglich die Nichtanzeige ihren Platz durchaus im Allgemeinen Teil hatte: der heutige § 138 StGB geht auf § 139 des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 (RStGB) und dieser wiederum auf § 39 des Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851 (PrStGB) zurück – dort als Regelung zur „Theilnahme“⁴⁴. Dass die Nichtanzeige von dort in den Besonderen Teil ausgegliedert wurde, lässt sich darauf zurückführen, dass sie aufgrund des *numerus clausus* der Katalogtaten „vor der Klammer“ keinen Platz hat. Bemerkenswert ist allerdings, dass die Vorstellung, die Nichtanzeige sei eine Form der „Theilnahme“, aus einer Zeit stammt, als es die Kategorie des „Versuchs der Beteiligung“ im Sinne des heutigen § 30 StGB noch gar nicht gab⁴⁵. Das durch die Vorgängernormen begründete Zurechnungsniveau liegt also erheblich *höher* als das vom *Senat* angesteuerte. Diese Erhebung stellt die Konstruktion des *Senats* grundsätzlich in Frage, da der Gesetzgeber durch § 30 StGB das Zurechnungsniveau so weit herabgesenkt hat, dass die Grenze zur Straflosigkeit erreicht ist. § 30 StGB erfasst nämlich nicht alle Formen des „Versuchs der Beteiligung“, sondern nur die Beteiligung als Täter oder Anstifter (nicht aber die „versuchte Beihilfe“). Jedenfalls in diesem Bereich ist kein Raum für eine noch mildere Zurechnungsform.⁴⁶ Aus diesem Grunde überzeugt die dogmatische Begründung des *Senats* nicht. Hinzu tritt,

⁴¹ BGH (Fn. 6), UA, Abs.-Nr. 14 = NJW 2010, 2292.

⁴² BGH a.a.O.

⁴³ 1. „vollendete Täterschaft“ (§ 25 StGB), 2. „versuchte Täterschaft“ (§§ 22, 23 StGB), 3. „Vorbereitung von Täterschaft“ (z.B. Verabredung zur Täterschaft, § 30 Abs. 2 StGB), 4. „vollendete Teilnahme“ (§§ 26, 27 StGB), 5. „versuchte Teilnahme“ (z.B. versuchte Anstiftung, § 30 Abs. 1 StGB), 6. „Vorbereitung der Teilnahme“ (z.B. Verabredung zur Anstiftung, § 30 Abs. 2 StGB).

⁴⁴ Zur Entstehungsgeschichte der Norm vgl. Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten (1851), hrsg. v. *Goldammer*, Teil I.

⁴⁵ Eingeführt 1876 als § 49a RStGB, Nachweise siehe *Fischer* a.a.O. (Fn. 10), § 30 Rn. 1.

⁴⁶ Im Ergebnis ähnlich *NK-Ostendorf* a.a.O. (Fn. 2), §§ 138/139 Rn. 7.

³⁹ BGH a.a.O.

⁴⁰ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3: Rechtspflege / Strafverfolgung 2008, Abschnitt 2.2., abrufbar über www.destatis.de

dass diese Folgeprobleme aufwirft: Die bisherige Rspr. hat durch die Formel der „völlig fremden Tat“ dem Täterkreis klare Grenzen gesetzt. Im Gedanken der Zurechnung sind diese Grenzen hingegen nicht angelegt: So kann mit „Zurechnung“ allein nicht erklärt werden, weshalb Personen, welche für die Haupttat „mitursächlich“ geworden sind, vom Tatbestand des § 138 StGB zweifellos nicht erfasst werden, wie etwa der Anstifter (der vom „Vorhaben“ der Straftat, die er selbst ersonnen hat, bereits begrifflich nicht „glaubhaft erfahren“ kann; gleiches dürfte für den Initiator einer Verbrechensverabredung gelten).

Es ist zu wünschen, dass der BGH in Folgenentscheidungen, insbesondere zur Konstellation der straflosen Teilnahme, das Verhältnis von Zurechnung und Fremdheit der Haupttat klarstellt. Aufgrund der aufgezeigten Schwäche des Zurechnungsarguments liegt es näher, dass der BGH am Erfordernis einer „völlig fremden“ Haupttat festhält. Durch die hiesige Entscheidung wäre ein Festhalten jedenfalls nicht ausgeschlossen, da der Fall des *non liquet* nur an der Grenze zur „Fremdheit“ liegt.

3. Marginalisierung der Selbstbelastungsfreiheit?

Das größte Problem besteht schließlich darin, dass die Entscheidung des *Senats* die gebotene Auseinandersetzung mit dem Konflikt von Anzeigepflicht und Selbstbelastungsfreiheit vermissen lässt.⁴⁷

Anlass zur Auseinandersetzung hätte schon deshalb bestanden, weil der BGH in der vom *Senat* zwar zitierten, aber insoweit nicht ausgewerteten Rspr. den Erlass der Anzeigepflicht für den „Beteiligten oder den der Beteiligung Verdächtigen“ auf den „Rechtsgrundsatz“ zurückgeführt hat, „daß niemand sich selbst belasten muß“.⁴⁸ Dass dieser Rechtsgrundsatz (!) vom *Senat* nicht einmal für erwähnenswert gehalten wird, mag darin begründet sein, dass er sich in die Tradition einer andersgerichteten höchstrichterlichen Rspr. stellt, wonach „die Möglichkeit, sich durch die [Anzeige] selbst verdächtig machen zu können, [...] für den Ausschluss des Tatbestands nicht aus[reicht]“.⁴⁹ Diese Rspr. beruht auf der schon vom RG vertretenen Ansicht, dass hinsichtlich der Anzeigepflicht strikt zwischen einer verfahrensrechtlichen und einer sachlichrechtlichen Betrachtung zu unterscheiden und die sachlichrechtliche Betrachtung vorzuziehen sei.⁵⁰ Historisch ist diese Rspr. verständlich, wenn man im Konflikt zwischen Anzeigepflicht und Selbstbelastungsfreiheit bloß einen Konflikt des einfachen Rechts erkennt und zugleich davon ausgeht, dass dem materiellen Recht wegen der „dienenden Funktion“ des Verfahrensrechts der grundsätzliche Vorrang gebührt. Allerdings wird dieses Verständnis der Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit als Grundrecht – und damit als höchstrangiges Recht –, wie es in der st. Rspr. des BVerfG in Erscheinung tritt, nicht gerecht. Zu bemängeln ist daher, dass der *Senat* die verfassungsrechtliche Dimension des Konflikts

nicht ausreichend berücksichtigt hat. Diese hätte den *Senat*, wie im Folgenden zu diskutieren sein wird, zu einem anderen Ergebnis geführt.

IV. Grundzüge einer grundrechtsorientierten Lösung

1. Grundrechtsrelevanz der Anzeigepflicht

Der Konflikt zwischen Anzeigepflicht und Selbstbelastungsfreiheit hat seinen Ursprung in der doppelten Relevanz der Anzeige. Materiell-rechtlich gesehen erfüllt der Betroffene eine Handlungspflicht; prozessrechtlich gesehen schafft er durch die Anzeige ein Beweismittel.⁵¹ Dies wird dann zum Problem, wenn der Betroffene sich berechtigterweise weigern kann, zur Aufklärung der (geplanten) Haupttat beizutragen. In Betracht kommt insoweit das Recht auf Zeugnisverweigerung sowie das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit.

Die Diskussion dieses Spannungsverhältnisses hat bereits die Vorläuferbestimmung des § 39 PrStGB begleitet, wengleich sie sich nur auf das Zeugnisverweigerungsrecht bezog, da man für selbstverständlich hielt, „daß das Strafgesetzbuch eine Pflicht zur Selbstanzeige, zur Anzeige der eigenen strafbaren Handlungen, seien sie vollendet oder erst versucht oder vorbereitet, nicht kennt“.⁵² Für das Zeugnisverweigerungsrecht lag die Sache anders, da es insoweit in den Partikularstrafgesetzen keine einheitliche Linie gab.⁵³ Der preußische Gesetzgeber entschied sich für einen Vorrang der Anzeigepflicht, machte aber im Gegenzug Zugeständnisse bei der Mindeststrafandrohung, um eine Kompensation im Rahmen der Straf bemessung zu ermöglichen.⁵⁴ Grundlage dieser Lösung war die Annahme, dass sich der Betroffene in einem Interessenkonflikt befinde, dessen Ursache im „besonderen persönlichen Verhältnis“⁵⁵ der Beteiligten liege und in der Konsequenz auf der *individuellen* Ebene der Strafzumessung aufzulösen sei.

Von diesem Konzept ist der Gesetzgeber der heute gültigen Norm abgerückt. Äußeres Anzeichen hierfür ist, dass § 139 StGB zur Befreiung von der Anzeigepflicht ein System *abstrakt-genereller* Regelungen entfaltet, das im Wesentlichen auf zwei Differenzierungen beruht. Zum einen unterscheidet das Gesetz danach, ob bereits die Anzeigepflicht entfällt („ist nicht verpflichtet“) oder ob lediglich die Verletzung der Pflicht „straffrei“ bleibt. Zum anderen differenziert das Gesetz nach der Schwere der geplanten Tat.⁵⁶ Im Ergebnis erzeugt diese Differenzie-

⁵¹ Ein Problem, das auch bei anderen Vorschriften bekannt ist (etwa bei § 142 StGB). Zu dieser Thematik grundsätzlich *Kölbel*, Selbstbelastungsfreiheiten: der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht (2006).

⁵² So noch RGSt 3, 1, 3.

⁵³ So befreiten den Angehörigen etwa die Strafgesetzbücher von Württemberg, Thüringen, Bayern; vgl. die Nachw. bei RGSt 2, 57, 59.

⁵⁴ Vgl. *Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten (1851), § 39, S. 172 f.

⁵⁵ Vgl. RGSt 2, 57, 59.

⁵⁶ Siehe den Katalog der besonders schweren Taten in § 139 Abs. 3 StGB, die grundsätzlich immer anzeigepflichtig sind.

⁴⁷ Mit dieser Kritik bereits *Schiemann* NJW 2010, 2293, 2293.

⁴⁸ BGH NStZ 1993, 50, 51.

⁴⁹ BGHSt 36, 167, 170.

⁵⁰ BGHSt 36, 167, 170; RGSt 73, 52, 58.

rung ein mehrstufiges System von Ausnahmen von der Anzeigepflicht. Dieses System ist mit der Rücksichtnahme auf ein „besonderes *persönliches* Verhältnis“ allein nicht zu erklären. Vielmehr lässt sich die Differenzierung – Einzelfragen ihrer Konsistenz beiseite gestellt⁵⁷ – mit der unterschiedlichen *objektiven* Wertigkeit der betroffenen Interessen erklären, die auf unterschiedlich starke Grundrechtspositionen zurückgeführt werden können. So gewährt § 139 StGB auch solchen Personen (z.B. Pflegekindern) materielle Straffreiheit, die prozessrechtlich zur Zeugnisverweigerung nicht berechtigt wären, wohl aber am Grundrechtsschutz des Art. 6 GG teilhaben. Auch steht etwa hinter dem Beichtgeheimnis, das zur relativ stärksten – nämlich umfassenden und voraussetzungslosen⁵⁸ – Befreiung von der Anzeigepflicht führt (§ 139 Abs. 1 StGB), das relativ stärkste Grundrecht, nämlich das schrankenlos gewährleistete Grundrecht der Glaubensfreiheit (Art. 4 GG).

Ausgehend hiervon lässt sich der eingangs benannte Konflikt präziser erfassen. Das materiell-rechtliche Anzeigengebot steht nicht bloß mit einem einfachgesetzlichen prozessualen Recht in Konflikt, sondern mit einem höherrangigen, einem Grundrecht. Das strafrechtliche Gebot der Anzeige muss sich daher vor diesen Hintergrund ggf. auch an verfassungsrechtlichen Maßstäben messen lassen.

2. Vorrang und Grenzen der Selbstbelastungsfreiheit

Mit Blick auf das hier einschlägige Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ergibt sich daraus Folgendes: Die Selbstbelastungsfreiheit ist nach h.M. ein Grundrecht, das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet wird⁵⁹. Als ein solches gewährt es ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Wie das BVerfG im Gemeinschuldnerbeschluss⁶⁰ ausdrücklich festgestellt hat, kann ein solcher Eingriff auch in der – zumal: sanktionsbewehrten – Verpflichtung zur Erteilung von „Auskünfte[n] zur Erfüllung eines berechtigten Informationsbedürfnisses“⁶¹ bestehen. In diesem Sinne versteht sich das strafrechtliche Gebot zur Anzeige einer (eigenen) Straftat als ein besonders intensiver Grundrechtseingriff.

Allerdings ist das Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet. Es bietet, so das BVerfG, „keinen lückenlosen Schutz gegen Selbstbeziehung ohne Rücksicht darauf, ob dadurch schutzwürdige Belange Dritter beeinträchtigt werden“.⁶² Vielmehr „ist der Gesetzgeber befugt, die Belange der verschiedenen Beteiligten“ gegeneinander „abzuwägen“.⁶³ Maßgebliche

⁵⁷ Zur Kritik vgl. statt vieler *Fischer* a.a.O. (Fn. 10), § 139 Rn. 2.

⁵⁸ Der Geistliche muss auf den Betroffenen nicht im Sinne einer Abwendung der Straftat einwirken; auch gilt seine Befreiung von der Anzeigepflicht für schwerste Straftaten (vgl. § 139 Abs. 1 im Gegensatz zu Abs. 2).

⁵⁹ Vgl. nur *Roxin/Schünemann*, 26. Aufl. (2009), Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 1.

⁶⁰ BVerfGE 56, 37.

⁶¹ BVerfGE 56, 37, 49.

⁶² A.a.O.

⁶³ A.a.O.

Belange in hiesigem Zusammenhang sind einerseits das Interesse der Allgemeinheit und der von der Haupttat Bedrohten an Abwehr der „Haupttatgefahr“, andererseits das Interesse des Anzeigepflichtigen an der Abwehr der Strafverfolgung gegen die eigene Person. Hierbei ist es nicht per se ausgeschlossen, dem Belang der Gefahrenabwehr das größere Gewicht beizumessen. Der Vorrang der Gefahrenabwehr und der damit verbundenen Anzeigepflicht darf jedoch nicht so weit gehen, dass das Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit völlig zurückgedrängt wird. Vielmehr muss von diesem ein substanzieller, gleichsam „abwägungsfester“ Kernbereich erhalten bleiben. Was zu diesem Kernbereich gehört, hat das BVerfG ebenfalls ausdrücklich festgestellt: „Mit der Würde des Menschen unvereinbar“ ist „ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung [...] liefern zu müssen“.⁶⁴

Es kommt demnach entscheidend darauf an, dass eine etwaige Verpflichtung zur Anzeige einer (eigenen) Straftat endet, sobald die „Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung“ erfüllt sein würden. Die bisher von der h.M. herangezogene Differenzierung nach dem Kriterium der Haupttatbeteiligung („völlig fremde Tat“) trägt diesem Gedanken nur unvollkommen Rechnung. Zwar begrenzt das Kriterium den Täterkreis in einer auch für das Moment des Verdachts günstigen Weise, da die Haupttatbeteiligung regelmäßig verdächtig macht, die Fremdheit der Tat hingegen nicht. Jedoch ist dieser Zusammenhang kein notwendiger, wie insbesondere die Fallgruppen des „Verdachts der Haupttatbeteiligung“ sowie des „*non liquet* der Haupttatbeteiligung“ zeigen. Jedenfalls im letztgenannten Falle lässt sich die Frage der Fremdheit der Haupttat nicht eindeutig entscheiden. Eindeutig ist jedoch, dass gegen den Betroffenen ein sehr hoher, ein „unwiderlegbarer“ Verdacht besteht, der es nahe legt, dass eine Anzeige in höchstem Maße belastend gewirkt hätte. Zur sachgerechten Lösung dieses Problems ist es daher erforderlich, neben die materiell-rechtlich gebotene und im Wortlaut des Tatbestands angelegte Begrenzung des Täterkreises durch das Kriterium der Fremdheit eine hiervon unabhängige, eine dem Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit verpflichtete Prüfung treten zu lassen.

3. Nähere dogmatische Ausgestaltung

Zur näheren Ausgestaltung der verfassungsrechtlich gebotenen Prüfung muss man bestimmen, wann genau der Betroffene durch die Anzeige die „Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung“ schafft. Da für die durch § 138 StGB gebotene Anzeige – anders als beispielsweise bei Auskunftspflichten nach § 97 Abs. 1 InsO – kein Beweisverwertungsverbot greift, ist die Anzeige grundsätzlich geeignet, die oben genannten Voraussetzungen einer strafgerichtlichen Verurteilung zu schaffen. Möchte man eine Anzeigepflicht für den Verdächtigen dennoch nicht *generell* verneinen, so muss die Grenze nach dem *konkreten* Maß der Eignung, eine Verurteilung herbeizuführen, bestimmt werden. Da eine strafgerichtliche Verurteilung allgemein eine Anklage voraussetzt, liegt es nahe, jedenfalls dann von einem „unzumutbaren

⁶⁴ A.a.O.

Zwang“ im Sinne der Rspr. des BVerfG zu sprechen, wenn der Anzeigende damit rechnen muss, aufgrund der Anzeige und der durch sie absehbar zu erlangenden Beweismittel angeklagt und verurteilt (bestraft) zu werden. Dies muss er, wenn die Bestrafung wahrscheinlicher ist als die Nichtbestrafung.

Diese Prognose kann zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedlich ausfallen. So entfaltet die zu einem frühen Zeitpunkt erstattete Anzeige regelmäßig selbst für einen an der geplanten Haupttat Beteiligten keine Selbstbelastungswirkung im vorgenannten Sinne, weil sie rücktrittsrechtlich zur Abwendung der Tat geeignet ist und hierdurch eine Bestrafung ausschließt (§§ 24 Abs. 2, 31 StGB). So hätte auch in dem vom *Senat* entschiedenen Fall der Angekl. jedenfalls in dem Zeitpunkt, als ihn sein Bruder erstmalig dazu aufgefordert hat, „zusammen den Überfall durchzuführen“, die Anzeige gefahrlos erstatten können. Eine späte Anzeige hingegen birgt regelmäßig die Gefahr, dass infolge eines zwischenzeitlich verwirklichten Vorbereitungsdelikts oder eines bereits eingetretenen Durchgangserfolgs eine Bestrafung nicht mehr vermieden werden kann. Im vorliegenden Fall kommt als verwirklichte Vorbereitungsstraftat insbesondere die Beteiligung am Waffendelikt hinsichtlich der zur Tatbegehung mitgeführten Schreckschusspistole in Betracht.⁶⁵

Hieraus ergibt sich, dass eine Anzeige nicht in jedem Zeitpunkt Selbstbelastungswirkung hat und damit das Schutzniveau der Verfassung erreicht. Auf die Strafbarkeit nach § 138 StGB wirkt sich dies folgendermaßen aus: Bis zum Eintritt der Selbstbelastungswirkung ist eine Anzeigepflicht unbedenklich. Mit Eintritt der Selbstbelastungswirkung ist hingegen eine Anzeigepflicht von Verfassung wegen zu verneinen. Dogmatisch ließe sich von einem „Erlöschen“ der Anzeigepflicht sprechen. Dieser Zeitpunkt kann vor Erreichen der Schwelle zur Tatbestandlichkeit des Unterlassens liegen, weil die Nichtanzeige erst mit Verstreichen der letzten Möglichkeit für eine „rechtzeitige“ Anzeige strafbar ist (auch weil die Norm eine Strafbarkeit wegen Versuchs nicht kennt). Kommt es zu einem solchen Erlöschen der Anzeigepflicht vor Erreichen der Schwelle zur Tatbestandlichkeit des Unterlassens, kann sich der Untätige nicht wegen Nichtanzeige strafbar gemacht haben.

⁶⁵ Zur Frage der Beteiligung bei Waffendelikten vgl. MK-Heinrich (2007), Bd. 5, § 52 WaffenG Rn. 170.

Aufgrund dessen ist bei Beurteilung des Einzelfalls nach Folgendem zu fragen: 1. Welches ist der späteste Zeitpunkt für eine „rechtzeitige“ Anzeige? 2. Bestand zu diesem Zeitpunkt eine Pflicht zur Anzeige noch oder ist sie erloschen, weil die Anzeige eine Bestrafung des Anzeigenden überwiegend wahrscheinlich gemacht hätte?

Diese Fragen lassen sich in dem vom *Senat* entschiedenen Fall folgendermaßen beantworten: Zu Frage 1: Der „späteste Zeitpunkt“ für die Anzeige lag *vor der Ausführung* des Raubs, weil der Angekl. in der *Beteiligungphase* (§ 30 StGB) vom Vorhaben der Haupttat (zweifelsfrei) Kenntnis erlangt hatte.⁶⁶ Dieser „späteste Zeitpunkt“ war im konkreten Fall jedenfalls dann erreicht, als sich die anderweitig Verfolgten in Absicht der Tatbegehung auf den Weg zum Bekleidungsgeschäft gemacht haben, wohin sie der Angekl. (zweifelsfrei) bis in die „Nähe des Tatorts“ begleitet hat. Zu Frage 2: Zu diesem Zeitpunkt führten die Haupttäter eine geladene Schreckschusspistole mit sich, wovon der Angekl. (zweifelsfrei) wusste. Zudem war er – wie das Urteil zeigt – „unwiderlegbar“ verdächtig, sich an der „Tatplanung“ beteiligt zu haben. Weil diese Tatplanung den „Einsatz der Schreckschusspistole“ eingeschlossen hat, bestand damit im maßgeblichen Zeitpunkt gegen den Angekl. der „unwiderlegbare“ Verdacht der Beteiligung⁶⁷ (zumindest in Form der Beihilfe durch Bestärken des Tatentschlusses) an einer *vollendeten* Straftat nach § 52 WaffG (Führen der Waffe), weshalb der Angekl. durch eine noch „rechtzeitige“ Anzeige seine Bestrafung überwiegend wahrscheinlich gemacht hätte. Aus diesem Grunde war die Anzeigepflicht in seiner Person vor Erreichen der Schwelle zur Verwirklichung des § 138 StGB erloschen. Der Angekl. wäre somit aus Gründen der Selbstbelastungsfreiheit vom Vorwurf der Nichtanzeige freizusprechen gewesen.

⁶⁶ Vgl. BGHSt 42, 86, 89 zu den Anforderungen einer rechtzeitigen Anzeige durch Verhinderung der Ausführung bei Kenntniserlangung im Stadium des Vorhabens. Unklar insoweit die Kommentare, die äußerstenfalls ein Zuwarten von Durchgangserfolgen für möglich halten. Vgl. z.B. S/S-Sternberg-Lieben a.a.O. (Fn. 11), § 138 Rn. 12.

⁶⁷ Da eine Beteiligung am Dauerdelikt bis zur Beendigung des rechtswidrigen Dauerzustands möglich ist, vgl. BGH NStZ 2004, 44, 45; ebenso MK-Heinrich a.a.O. (Fn. 65), § 52 WaffenG Rn. 170.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Jens Dallmeyer. Beweisführung im Strengbeweissverfahren, 2. Aufl., 192 Seiten, 9,90 €, Books on Demand 2008.

I. Dieses Buch ist in mehrfacher Hinsicht besonders. Erstens phänomenologisch, denn dass eine Dissertation in zweiter Auflage erscheint, ist wahrlich selten. Zweitens inhaltlich, denn analytisch kraftvoller kann man schwerlich darlegen, wie sehr die herkömmliche Beweisverbotsdogmatik unter Gesetzlosigkeit leidet und welche Schäden die gängige Abwägungspraxis und der mit ihr verbundene Einzelfalldeizisionismus auf dem Gebiet der Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege anrichten. Drittens sprachlich, denn die Arbeit besticht auch durch klare geschliffene Sprache und wissenschaftliche Leidenschaftlichkeit.

II. 1.) Die erste Auflage wurde mehrfach besprochen, durchweg zustimmend, gleichviel, ob es sich bei den Rezensenten um Hochschullehrer, Richter oder Anwälte handelt (*Sabine Gleß* GA 2004, 252; *Rainer Hamm* NJW 2003, 194; *Bernd von Heintschel-Heinegg* JA 2003, 243; *Hans-Heiner Kühne* StV 2003, 422). Da die zweite Auflage gegenüber der ersten keine Veränderungen aufweist (Vorwort), fällt es notgedrungen schwer, in einer weiteren Besprechung neue Aspekte zu präsentieren und kritisch zu würdigen. Im Folgenden sollen daher in Art einer stichwortartigen Inhaltsangabe *Dallmeyers* tragende Gedanken aufgelistet werden.

2.) Zum Thema „Strengbeweis und Gesetzlichkeit der Beweisführung“ lauten sie:

a.) Vor Inkrafttreten des Grundgesetzes galt im Grundsatz: Was dem Staat nicht ausdrücklich verboten ist, ist erlaubt. Daraus erklärt sich eine Ungenauigkeit, die man der herkömmlichen Terminologie im Hinblick auf die heutige Rechtslage vorwerfen muss. Der Begriff „Beweiserhebungsverbot“ legt nämlich nahe, die Erhebung der Beweisobjekte sei grds. zulässig, nur nicht im Bereich ausdrücklicher Verbote. Es ist jedoch unter der Geltung des Grundgesetzes das Gegenteil der Fall: Was dem Staat nicht ausdrücklich erlaubt ist, ist ihm verboten. Beweiserhebung darf also nur aufgrund und im Rahmen der bestehenden Gesetze stattfinden. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit bindet insofern alle öffentliche Gewalt. „Beweiserhebungsverbot“ ist heute mithin nichts anderes als ein Oberbegriff für sämtliche Wege der Beweisgewinnung, für die keine Ermächtigung besteht. Anders ausgedrückt: Die Beweiserhebungsbefugnis, nicht das Beweiserhebungsverbot, ist das entscheidende.

Die Beweiserhebungsbefugnisse sind in der Strafprozessordnung abschließend geregelt; eine Beweiserhebung jenseits des Gesetzes ist wegen des Vorbehalts und des Vorranges des Gesetzes unzulässig. Insofern bestehen Beweiserhebungsverbote (S. 38 f., 43 f.).

b.) Die Beweisverwertungsbefugnisse sind in der Strafprozessordnung ebenfalls abschließend geregelt; eine Beweisverwertung jenseits des Gesetzes ist wegen des Vorbehalts und des Vorranges des Gesetzes unzulässig. Insofern bestehen Beweisverwertungsverbote (S. 56).

c.) Die Bedeutung der „schützenden Formen“ des Strafverfahrensrechts liegt im Schutz materieller Rechte durch Verfahrensrecht. Die Etablierung strengbeweislicher Verfahrensregeln durch den Gesetzgeber bezweckt den Schutz der Verfahrensbeteiligten und die Gewährleistung materiell richtiger Urteile. In beiden Schutzzwecken konfliktieren häufig öffentliche und private Interessen. Die Herstellung praktischer Konkordanz obliegt in diesem, insbesondere für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Bereich allein den Gesetzgeber (S. 69).

d.) Die gesamte die Schuld- und Straffrage betreffende strafprozessuale Beweisführung darf nur auf gesetzlichem Wege erfolgen – gleichgültig, welches Strafverfolgungsorgan in welchem Verfahrensstadium tätig wird. Die Feststellung, dass der Strengbeweis auch im Ermittlungsverfahren gilt, bedeutet, dass die Beweisführung auch im Ermittlungsverfahren gesetzlich geregelt sein muss (und geregelt ist) und dass die vorhandenen Vorschriften grds. zwingendes Recht darstellen (S. 80).

e.) Wer einen beweiskräftigen Gegenstand im Strafverfahren verwenden will, muss sich hierfür der gesetzlichen Mittel bedienen. Nur dann erlangt und behält der Gegenstand den rechtlichen Status „Beweismittel“. Werden die gesetzlichen Wege nicht eingehalten, so liegt zwar ein Objekt vor, das möglicherweise in tatsächlicher Hinsicht Beweiskraft hat. Ein Beweismittel im Rechtssinne ist es nicht. Daraus folgt, dass es „rechtswidrig erlangte Beweismittel“ nicht gibt. Nur die rechtmäßig erlangten Beweisgegenstände sind Beweismittel (S. 183).

f.) Der Strengbeweis ermächtigt, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, zur Erhebung und Verwertung von Informationen. Bei Nicht-Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen sind – wegen des Vorbehalts des Gesetzes – die Erhebung und Verwertung der Informationen hingegen untersagt (S. 94).

3.) Der Abwägungspraxis hält *Dallmeyer* vor:

Schrifttum

a.) Ein Strengbeweismittelsystem duldet keine nebengesetzlichen Abwägungen. Das Beweismittelsystem der Strafprozessordnung gibt Aufschluss darüber, wann die Abwägung zugunsten der Verfahrensbeteiligten und wann sie zugunsten der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege ausgegangen ist. Für eine weitergehende Abwägung ist – jedenfalls in einem Strengbeweismittelsystem – kein Raum (S. 115).

b.) Effektiv und gerecht ist Strafrechtspflege, wenn sie möglichst erfolgreich nach der materiellen Wahrheit forscht und zugleich möglichst wirksam die Interessen der Verfahrensbeteiligten schützt, indem sie die Verfahrensgesetze beachtet, in denen der Gesetzgeber die konfligierenden Interessen verbindlich zum Ausgleich gebracht hat. Kurz: Strafrechtspflege ist die justizförmige Ermittlung der materiellen Wahrheit (S. 115).

c.) Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und der Grundsatz des fairen Verfahrens haben als Argumentationsfiguren ihren legitimen Platz in der Kriminalpolitik und der Gesetzgebung (lehrreich dazu auch: *Putzke*, in: FS Schwind, 2006, S. 111: „Was ist gute Kriminalpolitik – Eine begriffliche Klärung“). Bei der Rechtsanwendung können sie dort, wo es gesetzliche Entscheidungen gibt (wie hier) jedoch keine Berücksichtigung mehr finden (S. 115 f.).

d.) Subjektive Momente (= gutgläubig-rechtswidriges Handeln der Strafverfolgungsbehörden) sind in einem vom Gesetzgeber objektiv ausgestaltetem Beweisrecht ohne Bedeutung (S. 130).

e.) Es ist unzulässig, eine Hypothese rechtmäßiger Beweiserhebung zur Relativierung von unselbstständigen Beweisverwertungsverböten aufzustellen (S. 148 ff.; ebenso jüngst *Wohlers*, in: FS Fezer, 2008, S. 311 ff.).

f.) Die Abwägungslehre führt zu einer 2-Klassen-Justiz contra legem: Solange die Schwere des Tatvorwurfs zentrales Abwägungskriterium ist, kann in Fällen schwerster Kriminalität (prozessual) nahezu folgenlos rechtswidrig ermittelt werden. Mit einem justizförmigen Beweisrecht verträgt es sich jedoch keinesfalls, nach dem Motto zu verfahren: „Je ernster die Norm zu nehmen ist, um deren Schutzwillen die Justiz handelt, um so weniger ernst braucht sie ihre eigene Normtreue zu nehmen“ (S. 162; so schon zutr. *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, 1977, S. 97; vgl. dazu auch *Gaede* Fairness als Teilhabe, 2007, S. 709; *Neuhaus* HRRS 2007, 373, 375).

4.) Das „wesentliche Ergebnis der Ermittlungen“ – so bezeichnet *Dallmeyer* in einem hübschen Wortspiel einen Teil seiner Schlussbetrachtung (S. 173) – des Rezensenten nach Lektüre dieses Buches lautet: Eine herausragende Dissertation, deren Lektüre auch denen eine wissenschaftliche Freude sein wird, die der Abwägungslehre nahestehen. Das „Urteil“: Wer diese grundlegende Arbeit nicht zur Kenntnis nimmt, bestraft sich selbst.

Rechtsanwalt & Fachanwalt für Strafrecht Dr. **Ralf Neuhaus**, Dortmund

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.

777. BVerfG 2 BvR 1447/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. August 2010 (OLG Bamberg/AG Erlangen)

Informationelle Selbstbestimmung; anlassbezogene Verkehrsüberwachung (Anfangsverdacht; automatisierte Bildaufzeichnungen; Abstandsmessgeräte; Übersichtsaufzeichnungen ohne Individualisierungsmöglichkeit; Einsatz technischer Überwachungsgeräte); Verhältnismäßigkeit.

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

778. BVerfG 2 BvR 223/10 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. August 2010 (LG Münster)

Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Unverletzlichkeit der Wohnung; Beschlagnahme (Akten; E-Mail-Verkehr); besonders sorgfältige richterliche Prüfung des

Tatverdacht); Unterstützung einer missbräuchlichen Asylantragstellung; Verhältnismäßigkeit (Nutzung weiterer Aufklärungsmöglichkeiten vor Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei bei sehr vagem Tatverdacht; richterliche Vernehmung als milderes Mittel; geringe Schwere der Straftat).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 94 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 48 Abs. 1 StPO; § 84 Abs. 1 AsylVfG

779. BVerfG 2 BvR 2485/07, 2 BvR 2513/07, 2 BvR 2548/07 – Beschluss vom 8. Juli 2010 (LG Hamburg, BGH)

Verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein faires Verfahren (Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand; Verwertungsverbot; Abwägungslösung); Berücksichtigung von Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs (erkennbare Auseinandersetzung; Begründung von Abweichungen; Maßstab für eine verfassungsrechtliche Berücksichtigungspflicht); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (verfassungsrechtliche Substantiierungsanforderungen); BGH 5 StR 116/01 und 5 StR 475/02.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 36 Abs. 1 lit. b und c WÜK; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 337 StPO; § 92 BVerfGG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG

780. BVerfG 2 BvR 2561/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. September 2010 (LG Nürnberg-Fürth/AG Nürnberg)

Durchsuchung (vager Tatverdacht; Hehlerei; Verkauf neuwertiger Mobiltelefone über eBay); eigenverantwortliche richterliche Prüfung; Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss (kein Nachschieben von Gründen im Beschwerdeverfahren).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 259 StGB; § 304 StPO

781. BVerfG 2 BvR 759/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2010 (OLG Brandenburg/AG Potsdam/Zentrale Bußgeldstelle des Landes Brandenburg)

Informationelle Selbstbestimmung; anlassbezogene Verkehrsüberwachung (Anfangsverdacht; automatisierte Bildaufzeichnungen; Geschwindigkeitsmessgeräte; Einsatz technischer Überwachungsgeräte); Verhältnismäßigkeit.

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

782. BGH 3 StR 105/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Duisburg)

Anhörungsrüge; nicht entscheidungserhebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs.

§ 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

783. BGH 3 StR 16/09 – Beschluss vom 19. Februar 2009 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe; Strafzumessung).

§ 30 Abs. 1 BtMG; § 46 StGB

784. BGH 3 StR 21/08 – Beschluss vom 11. Dezember 2008 (LG Düsseldorf)

Beihilfe (neutrale, berufstypische Handlungen; objektive Zurechnung; deliktischer Sinnbezug; Vorsatz); Amtsaufklärungspflicht; Gesetzesbindung des Richters; Absprache; Deal; Schätzung des Schadensumfangs (Mitteilung hinreichender Grundlagen).

§ 27 StGB; § 15 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; § 261 StPO

785. BGH 3 StR 27/09 – Beschluss vom 17. Februar 2009 (LG Oldenburg)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Verhältnismäßigkeit; Möglichkeit schwerer Straftaten; Wahrscheinlichkeit schwerer Straftaten).

§ 63 StGB; § 62 StGB

786. BGH 3 StR 36/09 – Beschluss vom 10. März 2009 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe; Kurier).

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

787. BGH 3 StR 44/09 – Beschluss vom 28. Juli 2009 (LG Verden)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgabe von Methadon durch einen niedergelassenen Arzt); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Bestimmung der Verzögerung im Einzelnen).

§ 29 BtMG; Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

788. BGH 3 StR 47/09 – Beschluss vom 3. März 2009 (LG Hildesheim)

Beweiswürdigung (Widerspruchsfreiheit); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

789. BGH 3 StR 88/08 – Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Krefeld)

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; sexueller Missbrauch eines Hilfsbedürftigen in einer Einrichtung für hilfsbedürftige Menschen; sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Betreuungsverhältnisses.

§ 174a StGB; § 179 StGB; § 174c StGB

790. BGH 3 StR 133/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Stade)

Mittäterschaft (nachträgliche Billigung eines Mittäterexzesses; sukzessive Mittäterschaft; Vorsatz); Raub mit Todesfolge (Leichtfertigkeit); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (actio libera in causa).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 251 StGB; § 21 StGB

791. BGH 3 StR 147/10 – Urteil vom 22. Juli 2010 (LG Oldenburg)

Verfall (Unterbleiben der Anordnung; Entreichung; tatrichterliches Ermessen; notwendige Feststellungen).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; § 261 StPO

792. BGH 3 StR 156/10 – Urteil vom 22. Juli 2010 (LG Wuppertal)

Tateinheit (Zusammentreffen in einem Handlungsteil;

Teilidentität der Ausführungshandlungen; Handlungseinheit); Vergewaltigung; Sicherungsverwahrung (rechtlich selbständige Anlasstaten).

§ 52 StGB; § 177 StGB; § 66 Abs. 2 StGB; § 66 Abs. 3 StGB; § 53 StGB

793. BGH 3 StR 168/09 – Beschluss vom 13. August 2009 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (Glaubwürdigkeit eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen; Zeitpunkt der Zeugenaussage).

§ 52 StPO; § 261 StPO

794. BGH 3 StR 192/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Wuppertal)

Rechtsfehlerhafte Berücksichtigung des Verteidigungsverhaltens zum Nachteil des Angeklagten.

§ 46 StGB

795. BGH 3 StR 193/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Osnabrück)

Vereidigung eines Zeugen (mehrfache Vernehmung; mehrfache Entscheidung über die Vereidigung).

§ 60 StPO

796. BGH 3 StR 218/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hildesheim)

Doppelverwertungsverbot (strafschärfende Berücksichtigung der Tatbegehung als solcher); Ablehnung eines Beweisantrags (Beweismittlungsantrag; Antrag auf Geratewohl; ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

797. BGH 3 StR 218/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hildesheim)

Ablehnung eines Beweisantrags (Beweismittlungsantrag; Antrag auf Geratewohl; ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung).

§ 244 Abs. 3 StPO

798. BGH 3 StR 234/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Düsseldorf)

Verfahrensrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen; Besetzungsrüge; Präklusion).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 222b StPO; § 338 Nr. 1 StPO

799. BGH 3 StR 244/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Düsseldorf)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Anhaltspunkte für die Prüfung).

§ 64 StGB

800. BGH 3 StR 246/09 – Urteil vom 27. August 2009 (LG Hannover)

Tötungsvorsatz (Hemmschwelle; äußerst gefährliche Gewalthandlung; Gesamtwürdigung; Billigen im Rechtsinne); Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Strafrahmenverschiebung (selbst verschuldete Trunkenheit).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

801. BGH 3 StR 250/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hannover)

Ablehnung eines Beweisantrages (Begründung des Beschlusses; Widerspruch zu den Urteilsgründen); Indiztatsache (Bedeutungslosigkeit; nur mögliche Schlüsse).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

802. BGH 3 StR 271/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Lüneburg)

Strafzumessung; Aufklärungshilfe (Verspätung; Katalogtaten; Überzeugung des Tatrichters).

§ 46b StGB; § 100a StPO; § 46 StGB; § 31 Nr. 1 BtMG

803. BGH 3 StR 279/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Stade)

Unzulässige Revision der Nebenklage.

§ 400 Abs. 1 StPO

804. BGH 3 StR 285/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Düsseldorf)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht); Vorwegvollzug (keine Berücksichtigung der Untersuchungshaft durch den Tatrichter; Anrechnung der Untersuchungshaft durch die Vollstreckungsbehörde).

§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 StGB

805. BGH 3 StR 286/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Berlin)

Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen; Einziehung (Erledigung mit Rechtskraft; Übergang des Eigentums); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (keine Aufrechterhaltung einer erledigten Einziehungsanordnung).

§ 86a StGB; § 74 StGB; § 74e Abs. 1 StGB; § 55 Abs. 2 StGB

806. BGH 3 StR 305/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (LG Wuppertal)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (eigennütziges Handeln; Täterschaft; Beihilfe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 64 StGB

807. BGH 3 StR 314/10 – Beschluss vom 7. September 2010 (LG Duisburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).

§ 64 StGB

808. BGH 3 StR 316/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Lübeck)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Abhängigkeit); Sicherungsverwahrung (keine Anordnung bei milderer Maßregel).

§ 64 StGB; § 72 StGB

809. BGH 3 StR 340/09 – Beschluss vom 24. September 2009 (LG Aurich)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung bei Vorliegen von Anhaltspunkten für einen Hang).

§ 64 StGB

810. BGH 3 StR 453/08 – Beschluss vom 16. Dezember 2008 (LG Kiel)

Täteranalyse; Tätertypus; Profiling; operative Fallanalyse; eigenständige Überzeugungsbildung des Gerichts; schwere Körperverletzung.
§ 226 StGB; § 261 StPO; § 244 StPO

811. BGH 3 StR 458/08 – Beschluss vom 7. Januar 2009 (LG Kiel)

Entscheidung des Revisionsgerichts (Beschwer des Angeklagten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; obligatorische Ausübung des tatrichterlichen Ermessens).
§ 331 Abs. 2 StPO; § 64 StGB

812. BGH 3 StR 460/08 – Beschluss vom 18. Dezember 2008 (LG Lübeck)

Rückgewinnungshilfe (Absehen vom Verfall wegen vorrangiger Ansprüche des Verletzten).
§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 StGB

813. BGH 3 StR 474/08 – Urteil vom 29. Januar 2009 (LG Duisburg)

Strafzumessung (staatliche Mitverantwortung für eine Straftat); angemessene Strafe.
§ 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

814. BGH 3 StR 494/08 – Beschluss vom 4. Dezember 2008 (LG Duisburg)

Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage); Beihilfe; Unterlassen (fakultative Strafmilderung).
§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 27 StGB; § 13 Abs. 2 StGB

815. BGH 3 StR 505/08 – Beschluss vom 20. Januar 2009 (LG Kleve)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (schwere andere seelische Abartigkeit); Mord; lebenslange Freiheitsstrafe (erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Versagung der Strafraumenverschiebung; verschuldete Trunkenheit).
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 211 StGB

816. BGH 3 StR 540/08 – Urteil vom 29. Januar 2009 (LG Oldenburg)

Kognitionspflicht; räuberischer Angriff auf Kraftfahrer; räuberische Erpressung; Beteiligung (Beweiswürdigung; erhebliches Interesse am Taterfolg); Mittäterschaft (Vorbereitungshandlung; Unterstützungshandlung).
§ 316a StGB; § 261 StPO; § 255 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

817. BGH 3 StR 547/08 – Beschluss vom 6. August 2009 (LG Krefeld)

Gestattung der Entfernung eines Angeklagten von der Teilnahme an der Hauptverhandlung (Anwesenheit; bandenmäßig begangene Straftaten; Beurlaubung eines mutmaßlichen Bandenmitglieds); inhaltliche Begrenzung des Verfahrensgegenstandes; Überschreitung der inhaltlichen Begrenzung.
§ 231c StPO; § 338 Nr. 5 StPO

818. BGH 3 StR 559/08 – Beschluss vom 5. März 2009 (LG Lübeck)

Betrug (Kreditgewährung; Vermögensschaden; Berücksichtigung von Sicherheiten; Bürgschaft).
§ 263 StGB

819. BGH 3 StR 567/08 – Urteil vom 29. Januar 2009 (LG Mönchengladbach)

Täterschaft (Tatherrschaft; Wille zur Tatherrschaft; wertende Betrachtung aller Umstände); Teilnahme; Einbruchsdiebstahl.
§ 25 StGB; § 27 StGB; § 243 StGB

820. BGH 3 StR 569/08 – Urteil vom 12. Februar 2009 (LG Mönchengladbach)

Unwirksame Beschränkung der Revision auf die Nichtanordnung einer Maßregel (enger Zusammenhang zwischen angeordneter und nicht angeordneter Maßregel); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Aussicht auf Therapieerfolg); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; Vorwegvollzug.
§ 72 StGB; § 64 StGB; § 66 StGB; § 67 Abs. 2 StGB

821. BGH 3 StR 584/08 – Beschluss vom 3. März 2009 (LG Hannover)

Zeugenvernehmung; Ausschluss der Öffentlichkeit; Öffentlichkeitsgrundsatz; Entlassung eines Zeugen (sofortige Rücknahme); Gesamtstrafenbildung (Verdreifachung der Einsatzstrafe; Tatserie; enger situativer Zusammenhang).
§ 338 Nr. 6 StPO; § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 54 StGB; § 46 StGB

822. BGH 5 StR 199/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hamburg)

Schädliche Neigungen (Abgrenzung zur Reiferverzögerung; falsch verstandene Kameradschaft; spontane Beteiligung an Straftaten Dritter); Zumessung der Jugendstrafe.
§ 17 Abs. 2 JGG

823. BGH 5 StR 255/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Hamburg)

Körperverletzung (Einwilligung; Sittenwidrigkeit; konkrete Todesgefahr); umgekehrter Tatbestandsirrtum (besondere Opferkonstitution; Irrtum über das Maß der eigenen Gefährlichkeit).
§ 223 StGB; § 228 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

824. BGH 5 StR 272/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Festsetzung einer Einzelstrafe durch das Revisionsgericht.
§ 349 Abs. 2 StPO; 354 Abs. 1 StPO

825. BGH 5 StR 276/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Braunschweig)

Gesamtstrafenbildung (enger Zusammenzug); Aufklärungspflicht (psychiatrischer Sachverständiger).
§ 54 StGB; § 244 StPO

826. BGH 5 StR 305/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Potsdam)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung (Beruhen).
§ 337 StPO; § 46 StGB; § 29a BtMG

827. BGH 5 StR 306/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

828. BGH 5 StR 327/10 – Beschluss vom 17. August 2010 (LG Lübeck)

Strafzumessung (intertemporales Strafrecht; milderes Gesetz; Beruhen).

§ 46 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

829. BGH StB 44/09 – Beschluss vom 4. September 2009 (OLG Frankfurt/Main)

Selbstbelastungsfreiheit; Auskunftsverweigerungsrecht; nemo tenetur; Strafklageverbrauch (Organisationsdelikte).

§ 55 StPO; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 129 StGB

830. BGH 1 StR 217/10 – Beschluss vom 27. August 2010 (LG Stuttgart)

Hinterziehung von Dumpingzöllen; Meistbegünstigungsgrundsatz und Zeitgesetz (milderes Gesetz; Verhältnismäßigkeit; lex mitior; Blankettstrafgesetz); Vorabentscheidungsverfahren; GATT-Abkommen; Antidumping-Übereinkommen.

§ 370 AO; § 373 AO; § 2 Abs. 3, Abs. 4 StGB; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Verordnung (EG) Nr. 1470/2001 des Rates vom 16. Juli 2001 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren integrierter elektronischer Kompakt-Leuchtstofflampen (CFL-i) mit Ursprung in der Volksrepublik China (ABl. EG 2001 Nr. L 195)

831. BGH 1 StR 218/10 – Beschluss vom 27. August 2010 (LG Stuttgart)

Hinterziehung von Dumpingzöllen; Meistbegünstigungsgrundsatz und Zeitgesetz (milderes Gesetz; Verhältnismäßigkeit; lex mitior; Blankettstrafgesetz); Vorabentscheidungsverfahren; GATT-Abkommen; Antidumping-Übereinkommen.

§ 370 AO; § 373 AO; § 2 Abs. 3, Abs. 4 StGB; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Verordnung (EG) Nr. 1470/2001 des Rates vom 16. Juli 2001 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren integrierter elektronischer Kompakt-Leuchtstofflampen (CFL-i) mit Ursprung in der Volksrepublik China (ABl. EG 2001 Nr. L 195)

1. Bei der im Rahmen der Strafnorm des § 373 AO anzuwendenden EG-Verordnung, auf der die Erhebung von Antidumpingzöllen beruht, handelt es sich um ein Zeitgesetz i. S. v. § 2 Abs. 4 StGB, das für den Zeitraum seiner Gültigkeit auch nach seinem Außerkrafttreten weiterhin anwendbar bleibt.

2. Die EG-Verordnung Nr. 1470/2001 des Rates vom 16. Juli 2001 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls und zur endgültigen Vereinnahmung des vorläufigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren integrierter

elektronischer Kompakt-Leuchtstofflampen (CFL-i) mit Ursprung in der Volksrepublik China (ABl. EG 2001 Nr. L 195 S. 8) ist schon deshalb ein Zeitgesetz, weil ihre Geltungsdauer gemäß Art. 11 Abs. 2 der zugrunde liegenden Verordnung (EG) Nr. 384/96 des Rates vom 22. Dezember 1995 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern (ABl. EG 1996 Nr. L 56 S. 1, im Folgenden: Grund-Verordnung) eine von vornherein definierte, kalendermäßig eindeutig bestimmbare Befristung erfuh.

3. Die Strafbarkeit wegen Hinterziehung von Antidumpingzöllen verstößt nicht gegen Unionsrecht. Der Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens bedarf es nicht.

4. Ein Verbot der Bestrafung der Hinterziehung von Antidumpingzöllen ergibt sich weder aus dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994) noch aus dem zur Durchführung des Artikels VI des GATT 1994 geschlossenen Antidumping-Übereinkommen vom 22. Dezember 1994 (ABl. EG 1994 Nr. L 336 S. 103).

832. BGH 1 StR 231/08 – Beschluss vom 15. Juli 2008 (BGH)

Ablehnungsantrag gegen einen Richter am Bundesgerichtshof (Besorgnis der Befangenheit infolge des Vortrags des Berichterstatters).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 351 StPO

833. BGH 1 StR 305/10 – Beschluss vom 25. August 2010 (LG Hamburg)

Schmuggel (Ausmaß der Erklärungsspflichten bei der Überführung von Waren in den freien Verkehr; ergänzende Anmeldung); Aufrechterhaltung des Strafausspruches (Beruhen).

§ 373 AO; Art. 76 ZK; Art. 263 ZK-DVO; § 337 StPO

834. BGH 1 StR 338/10 – Beschluss vom 26. August 2010 (BGH)

Unzulässige und unbegründete Anhörrungsrüge.

§ 356a StPO

835. BGH 1 StR 393/10 – Beschluss vom 25. August 2010 (LG Regensburg)

Mordmerkmal der Heimtücke (besondere Tücke; Gesinnung; verwerflicher Vertrauensbruch); minder schwerer Fall des Totschlages; Strafzumessung (Täter-Opfer-Ausgleich).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB

836. BGH 1 StR 409/10 – Beschluss vom 7. September 2010 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhaft bemessene Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Freiheitsstrafe.

§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB

837. BGH 1 StR 410/10 – Beschluss vom 25. August 2010 (LG Augsburg)

BGHR; Gesamtstrafenbildung (starke Erhöhung der Einsatzstrafe; Begründung; Rechtsfehler bei der Bemessung der Gesamtstrafe).

§ 54 StGB; § 46 StGB

838. BGH 2 StR 108/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Darmstadt)

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

839. BGH 2 StR 111/09 – Urteil vom 27. August 2010 (LG Köln)

BGHSt; Beihilfe zur Untreue durch die Führung einer schwarzen Kasse im Ausland (Legalitätspflicht; Geschäftsführer einer GmbH; Vorstand einer AG; Verletzung von Buchführungsvorschriften; tatbestandsausschließendes Einverständnis der Mehrheit der Gesellschafter einer GmbH; Minderheitsgesellschafter; Schutz der Minderheitenrechte; doppelte Milderung); Vermögensnachteil (endgültiger Vermögensschaden; schadensgleiche Vermögensgefährdung; Gefährdungsschaden); Gesetzlichkeitsprinzip (Verschleifungsverbot); Beweisanzugsrecht (Bedeutungslosigkeit; Erwiesenheit).
§ 266 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 43 GmbHG; § 47 GmbHG; § 93 Abs. 1 AktG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 244 Abs. 3 StPO

840. BGH 2 StR 128/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Trier)

Geiselnahme (unzureichende Feststellungen; listiges Weglocken; qualifizierte Nötigungsabsicht; stabile Bemächtigungslage).
§ 239b StGB

841. BGH 2 StR 130/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Übersehene Strafverfolgungsverjährung (Berücksichtigung verjährter Taten bei der Strafzumessung; Beruhen).
§ 78 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 337 StPO

842. BGH 2 ARs 153/10 2 AR 87/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (AG Düsseldorf; AG Köln)

Zuständigkeit für die Strafaussetzung zur Bewährung.
§ 462a Abs. 2 Satz 2 StPO

843. BGH 2 StR 185/10 – Urteil vom 12. August 2010 (LG Koblenz)

Beweiswürdigung beim Vorwurf des schweren sexuellen Missbrauchs (Aussagekonstanz; Freisprüche zu zahlreichen weiteren Tatvorwürfen).
§ 261 StPO; § 176 StGB

844. BGH 2 StR 194/10 – Urteil vom 4. August 2010 (LG Koblenz)

Beweiswürdigung (mangelhafte Sachdarstellung; lückenhafte Beweiswürdigung); Anforderungen an die Begründung eines Freispruchs (schwerer sexueller Missbrauch von Kindern).
§ 261 StPO; § 176 StGB

845. BGH 2 StR 73/10 – Beschluss vom 7. Juli 2010 (LG Erfurt)

Gesamtstrafenbildung; Strafzumessung (Vorwurf des Bewährungsversagens; mangelnde Feststellungen).
§ 54 StGB; § 46 StGB

846. BGH 2 StR 200/10 – Beschluss vom 14. Juli 2010 (LG Koblenz)

Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Angestelltenbestechung; Unrechtsvereinbarung; Versprechen bzw. Sich Versprechenlassen eines Vorteils mit Blick auf eine künftige unlautere Bevorzugung im Wettbewerb).

§ 299 Abs. 1, Abs. 2 StGB

847. BGH 2 StR 205/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Informelle Absprache und formelle Verständigung (nicht eingehaltene informelle Zusage einer Freiheitsstrafe auf Bewährung seitens der früheren Vorsitzenden); Recht auf ein faires Verfahren (Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutz).

§ 257c StPO; Art. 6 EMRK; § 202a StPO

848. BGH 2 StR 217/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Koblenz)

Aufhebung eines Beschlusses des Revisionsgerichts auf die Anhörungsrüge nach fehlerhaft protokolliertem Rechtsmittelverzicht.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 274 StPO; § 302 StPO; § 356a StPO

849. BGH 2 StR 231/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Fulda)

Gesamtstrafenbildung (Höchstgrenze von 15 Jahren; Härteausgleich).

§ 54 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 55 StGB

850. BGH 2 ARs 241/10 2 AR 143/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (AG Bernburg)

Wirksame Abgabe der Zuständigkeit.

§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG; § 108 Abs. 1 JGG

851. BGH 2 StR 242/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Aachen)

Beweiswürdigung (Verwertung eines heimlich aufgenommenen privaten Gesprächs; allgemeines Persönlichkeitsrecht; Recht am gesprochenen Wort; Abwägungslehre); sexueller Missbrauch.

Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; § 261 StPO

852. BGH 2 ARs 247/10 2 AR 146/10 – Beschluss vom 8. September 2010 (AG Weimar)

Wirksame Verfahrensabgabe.

§ 42 JGG

853. BGH 2 StR 254/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Darmstadt)

Auffangrechtserwerb (Zurückgewinnungshilfe; Feststellung; Erörterungsmangel hinsichtlich der Härtefallvorschrift des Verfalls); Anrechnungsmaßstabes der vom Angeklagten in dieser Sache in der Schweiz erlittenen Freiheitsentziehung.

§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 StGB; § 73c StGB; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

854. BGH 2 StR 269/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Mainz)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht trotz „emotionaler Aufgewühltheit“ oder einer „depressiven Verstimmung“.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

855. BGH 2 StR 295/10 – Urteil vom 18. August 2010 (LG Kassel)

Schwere räuberische Erpressung (Scheinwaffen; Täuschung; objektive Gefährlichkeit; gefährliches Werkzeug).
§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

856. BGH 2 StR 296/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (mangelnde Feststellungen: geringerer Wirkstoffgehalt, unterschiedliches Gewicht der als Ecstasy vertriebenen Tabletten).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

857. BGH 2 StR 297/10 – Beschluss vom 2. September 2010 (LG Darmstadt)

Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Kompensation; Recht auf Beschwerde).
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 51 StGB; § 46 StGB

858. BGH 2 StR 298/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Köln)

Konkurrenzen zwischen der Misshandlung Schutzbefohlener und der Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht.
§ 225 StGB; § 171 StGB; § 52 StGB

859. BGH 2 ARs 300/10 2 AR 183/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (OLG Brandenburg; OLG Stuttgart)

(Örtliche) Zuständigkeit für ein Auslieferungsersuchen; Rechtshilfeverkehr
§ 14 Abs. 1 IRG

860. BGH 2 StR 311/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Aachen)

Mangelhafte Feststellungen der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schizophrenie).
§ 63 StGB; § 21 StGB

861. BGH 2 StR 318/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Strafzumessung bei mehreren Tatbeteiligten (gebotene unterschiedliche Gewichtung verschieden gewichtiger Tatbeiträge; Wertungsfehler; offenkundige Widersprüche).
§ 46 StGB

862. BGH 2 StR 328/10 – Beschluss vom 11. August 2010 (LG Gießen)

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

863. BGH 2 StR 340/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Gera)

Bildung und Bemessung der Gesamtstrafe (Beruhen).
§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 337 StPO

864. BGH 2 StR 342/10 – Beschluss vom 2. September 2010 (LG Meiningen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

865. BGH 2 StR 349/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Mainz)

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

866. BGH 2 StR 350/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Trier)

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

867. BGH 2 StR 365/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 45 StPO

868. BGH 2 StR 385/10 – Beschluss vom 5. August 2010 (LG Gießen)

BGHR; Diebstahl im besonders schweren Fall (durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache: Verwendung des vorgesehenen Schlüssels als Unberechtigter; Gesamtwürdigung bei der Verwirklichung eines Regelbeispiels).
§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 242 StGB

869. BGH 2 StR 390/10 – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Hanau)

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

870. BGH 2 StR 396/10 – Beschluss vom 8. September 2010 (LG Bad Kreuznach)

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

871. BGH 2 StR 407/10 – Beschluss vom 8. September 2010 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe (Unerlässlichkeit; Gebotenheit).
§ 47 StGB

872. BGH 4 StR 192/10 – Beschluss vom 3. August 2010 (LG Saarbrücken)

Beweisantragsrecht (Gebot, Beweisanträge nur noch über seinen Verteidiger zu stellen); Darlegungsvoraussetzungen der Verfahrensrüge; Konkurrenzen beim Betrug (Tatserie; Maßgeblichkeit des eigenen Tatbeitrages).
§ 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 299 StPO; § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

873. BGH 4 StR 228/10 – Beschluss vom 17. August 2010 (LG Münster)

Hinweispflichten bei der Verständigung und Beruhen bei ihrer Nichterfüllung (gescheiterte Absprache).
§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 337 StPO

874. BGH 4 StR 262/10 – Beschluss vom 3. August 2010 (LG Braunschweig)

Absicht rechtswidriger Bereicherung (schwere räuberische Erpressung; Durchsetzung eines Anspruches nach dem ProStG).
§ 255 StGB; § 253 StGB; § 263 StGB; § 1 ProStG

875. BGH 4 StR 292/10 – Beschluss vom 14. September 2010 (LG Kiel)

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

876. BGH 4 StR 293/10 – Beschluss vom 12. August 2010 (LG Münster)

Rechtsfehlerhaft angeordneter Verfall von Wertersatz; keine Rückwirkung beim Auffangrechtserwerb; milderes Gesetz.
§ 73a SGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 2 Abs. 5, Abs. 3 StGB

877. BGH 4 StR 321/10 – Beschluss vom 17. August 2010 (LG Schwerin)

Mangelnde schriftliche Strafanträge beim Hausfriedensbruch.
§ 123 StGB; § 158 Abs. 2 StPO

878. BGH 4 StR 333/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Frankenthal)

Erörterungsmangel hinsichtlich des minder schweren Falles des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.
§ 29a Abs. 2 BtMG; § 31 BtMG

879. BGH 4 StR 347/10 – Beschluss vom 17. August 2010 (LG Essen)

Absoluter Revisionsgrund der Unzuständigkeit des Gerichts (Jugendgericht und Erwachsenengericht; Präklusion).
§ 338 Nr. 4 StPO; § 6a StPO; § 107 JGG; § 108 Abs. 1 JGG; § 33 JGG

880. BGH 4 StR 352/10 – Beschluss vom 26. August 2010 (LG Leipzig)

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

881. BGH 4 StR 378/10 – Beschluss vom 12. August 2010 (LG München I)

Absoluter Revisionsgericht der Teilnahme einer ausgeschlossenen Richterin (vorherige Mitwirkung als Staatsanwalt).
§ 338 Nr. 2 StPO; § 22 Nr. 4 StPO

882. BGH 4 StR 393/10 – Beschluss vom 7. September 2010 (LG Dortmund)

Handlungseinheit bei der gewerbsmäßigen Hehlerei; Auffangrechtserwerb (unterbliebene Prüfung der Härtefallvorschrift).
§ 259 StGB; § 260 StGB; § 52 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 73c StGB

883. BGH 4 StR 589/07 – Beschluss vom 26. August 2010 (BGH)

Unzulässige und unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

884. BGH 4 StR 657/09 – Beschluss vom 19. August 2010 (BGH)

Unzulässiges Ablehnungsgesuch gegen Richter des Bundesgerichtshofs.
§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO analog; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

885. EGMR Nr. 35623/05 – Urteil vom 2. September 2010 (Uzun vs. Germany)

Recht auf Achtung des Privatlebens (Datenschutz; GPS-Überwachung; Observation; Verhältnismäßigkeit; Totalüberwachung; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Fernmeldegeheimnis; Antiimperialistische Zellen [AIZ]); gesetzliche Grundlage (Vorhersehbarkeit; Richtervorbehalt; richterliche Auslegung und Rechtsfortbildung; Gesetzlichkeitsprinzip); Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Ausschöpfung von Rechtsmitteln; Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht).
Art. 8 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 35 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG; Art. 10 GG; § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b StPO aF; § 163f Abs. 4 StPO