

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, RA Dr. iur. Stephan
Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

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

Publikationen

Dr. *Nina Nestler*, Univ. Würzburg – Zum „Recht des Untersuchungshaftvollzugs“ i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG S. 546

RA Priv.-Doz. Dr. *Joachim Kretschmer*, FU Berlin / Univ. Saarland – § 160a StPO – gelungene oder misslungene Gesetzgebung? S. 551

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

BVerfG Verwertbarkeit der „Steuer-CDs“ im Ermittlungsverfahren

BVerfG Pflicht zur Sachaufklärung im Freibeweisverfahren

BGHSt Tötung von Unbeteiligten in Italien im zweiten Weltkrieg als Rache für einen Partisanenangriff und europäisches ne bis in idem

BGH Eigenmächtiger Behandlungsabbruch gegen den Patientenwillen

BGHSt Vorlageverfahren zu den Folgen der Konventionswidrigkeit rückwirkender Sicherungsverwahrungen

BGHSt Tenor beim Auffangrechtserwerb und Gesamtschuldnerschaft

BGHSt Krisenintervention nach § 67h StGB als Vollstreckung

BGHSt Mangelnde Beweiskraft des zu einer Verständigung schweigenden Protokolls (mangelnder Negativattest)

BGHSt Darlegungsvoraussetzungen an ein Einstellungsurteil wegen Verjährung

BGHSt Besondere Zuwendung für Haftopfer vor gerichtlicher Rehabilitierungsentscheidung

BGHSt Umfang des Verbrauchs der Strafklage in Fällen wiederholter Verwirklichung der Geldwäsche

BGHSt Erforderliche Feststellungen in Fällen der Nichtzahlung ordnungsgemäß angemeldeter Sozialversicherungsbeiträge

BGH Untreue und Betrug durch Hochschullehrer im Umgang mit Drittmitteln / Subventionen

Die Ausgabe umfasst 141 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, RA 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 Kleczewski (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 Prof. 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, Dezember 2010, Ausgabe

12

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1128. BVerfG 2 BvR 2101/09 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. November 2010 (AG Bochum/LG Bochum)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchungsbeschluss (Anfangsverdacht; Verwendung von Beweismitteln aus rechtswidriger privater Beweisbeschaffung; Beweisverwertungsverbot; Trennungsgebot; Pflicht zur Aufklärung der Herkunft vertraulicher Daten); Liechtensteiner Steueraffäre; Grundrecht auf rechtliches Gehör (Akteneinsicht; Abgrenzung zum Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz; Anspruch auf Erhebung weiterer Informationen); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts; Rechtswegerschöpfung).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG;
Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 ERMK;

Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 105 StPO; § 370 AO; § 17
UWG; § 90 BVerfGG

1. Mit einer Durchsuchung wird schwerwiegend in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) eingegriffen. Notwendiger und grundsätzlich auch hinreichender Eingriffsanlass für eine solche Zwangsmaßnahme im Strafverfahren ist der Verdacht einer Straftat. Der Verdacht muss auf konkreten Tatsachen beruhen; vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus (vgl. BVerfGE 44, 353, 381 f.; 59, 95, 97 f.).

2. Ob und inwieweit Tatsachen, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, zur Begründung eines Anfangsverdachts einer Durchsuchung herangezogen werden dürfen, betrifft die Vorauswirkung von Verwertungsver-

boten und gehört in den größeren Zusammenhang der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten. Insoweit ist anerkannt, dass Verfahrensfehlern, die ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel zur Folge haben, nicht ohne weiteres Fernwirkung für das gesamte Strafverfahren zukommt (vgl. auch BVerfGK 7, 61, 63).

3. Von Verfassungs wegen besteht kein Rechtssatz des Inhalts, dass im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig wäre (vgl. BVerfGK 9, 174, 196). Es ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Strafgerichte in gefestigter Rechtsprechung davon ausgehen, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, demzufolge jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist, und dass die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden ist. Da das Rechtsstaatsprinzip die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege gestattet und verlangt (BVerfGE 33, 367, 383; 122, 248, 272 f.), bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist.

4. Ein Beweisverwertungsverbot ist von Verfassungs wegen zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer acht gelassen worden sind, geboten (vgl. BVerfGE 113, 29, 61). Ein absolutes Beweisverwertungsverbot unmittelbar aus den Grundrechten hat das Bundesverfassungsgericht nur in den Fällen anerkannt, in denen der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist (vgl. BVerfGE 34, 238, 245 f.; 109, 279, 320).

5. Ob ein Sachverhalt zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zu jenem Bereich des privaten Lebens, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, zuzuordnen ist, lässt sich nicht abstrakt beschreiben, sondern kann befriedigend nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls beantwortet werden (vgl. BVerfGE 34, 238, 248; 80, 367, 374). Daten über geschäftliche Kontakte mit Kreditinstituten sind nicht Teil des absoluten Kernbereichs privater Lebensgestaltung.

6. Die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Beweiserhebung und -verwertung richten sich nach Systematik, Wortlaut und Zweck ausschließlich an die staatlichen Strafverfolgungsorgane. Beweismittel, die von Privaten erlangt wurden, sind – selbst wenn dies in strafbewehrter Weise erfolgte – grundsätzlich verwertbar.

7. Das Trennungsgebot besagt, dass Geheimdienste keine polizeilichen Zwangsbefugnisse besitzen dürfen, also etwa keine Vernehmungen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen durchführen oder anderen Zwang ausüben dürfen. Sie dürfen mithin nicht zur gezielten Erlangung von Zufallsfunden für nicht-nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden. Die bloße Entgegennahme von Daten durch den Bundesnachrichtendienst im Rahmen der

Liechtensteiner Steueraffäre verletzt das Trennungsgebot nicht.

8. Soweit die fachgerichtlichen Entscheidungen nach Abwägung der verschiedenen Interessen zu dem Ergebnis gelangen, dass die Daten aus Liechtenstein verwendet werden dürfen, um den Anfangsverdacht für die Durchsuchung zu begründen, ist dies nachvollziehbar und lässt eine verfassungsrechtlich relevante Fehlgewichtung nicht erkennen.

9. Steht die Umgehung und der Verstoß gegen ein völkerrechtliches Übereinkommen bei der Erhebung strafprozessualer Beweise in Rede, kann sich das Bundesverfassungsgerichts auf eine Willkürkontrolle beschränken.

1127. BVerfG 2 BvR 1081/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Konstanz/AG Überlingen)

Grundsatz bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung (Geltung auch in Verfahren, die dem Freibeweis unterliegen); Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung wegen Nichterfüllung von Bewährungsaufgaben.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB

1. Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigen Gründen eingeschränkt werden darf (Art. 2 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 GG). Neben einer gesetzlichen Grundlage fordert die freiheits-sichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG und der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens ein Mindestmaß an zuverlässiger Wahrheitserforschung (vgl. BVerfGE 57, 250, 275). Diese Voraussetzungen sind nicht nur im strafprozessualen Hauptverfahren, sondern auch für die im Vollstreckungsverfahren zu treffenden Entscheidungen zu beachten. Unverzichtbare Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen (vgl. BVerfGE 58, 208, 222) und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (vgl. BVerfGE 70, 297, 307).

2. Für den Fall des Bewährungswiderrufs nach § 56f Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB verlangt das Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung, dass der Richter sich für die Beurteilung, ob und gegebenenfalls wie der Verurteilte gegen Bewährungsaufgaben verstoßen hat, um eine möglichst breite Tatsachenbasis bemüht und die Entscheidung auf einen umfassend ermittelten Sachverhalt stützt.

1129. BVerfG 2 BvR 2242/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. September 2010 (LG Berlin/AG Tiergarten)

Angebliche Falschbezeichnung des Verurteilten; Urteilsberichtigung (Rubrum; Grenzen); Einwendungen gegen die Vollstreckung des Urteils; Wiederaufnahmeverfahren.

Art. 20 Abs. 3 GG; § 359 Abs. 5 StPO; § 458 Abs. 1 StPO

Die fachgerichtliche Rechtsprechung betont zu Recht, dass der Verdacht, hinter der Berichtigung verberge sich

in Wahrheit die sachliche Änderung eines inhaltlich anders beschlossenen Urteils, in jedem Fall ausgeschlossen sein muss. Diese Einschränkung trägt dem mit verfassungsrechtlichem Gewicht ausgestatteten Grundsatz der Rechtssicherheit (vgl. BVerfGE 2, 380, 403 ff.; 47, 146, 161) Rechnung und verhindert zugleich eine Umgehung der gerade auch den Interessen des Beschuldigten dienenden strengen strafprozessualen Vorschriften über die

Beweiserhebung in der Hauptverhandlung oder im Wiederaufnahmeverfahren. Danach wird eine Urteilsberichtigung im Hinblick auf die Personalien des Verurteilten nur in sehr eindeutigen Fällen in Betracht kommen, zumal unter Umständen auch den Interessen der weiteren Person Rechnung zu tragen ist, auf deren Personalien das Urteil nach Berichtigung lauten würde.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1013. BGH 3 StR 257/09 – Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Mönchengladbach)

Versuche schwere räuberische Erpressung; Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit; Rücktrittshorizont; Bedeutung des ursprünglichen Tatplans für den fehlgeschlagenen Versuch; innere Hemmungen).

§ 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 24 Abs. 2 StGB; § 357 Satz 1 StPO

1. Für den Rücktritt gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB kann es genügen, wenn Mittäter im Falle eines unbeendeten Versuchs einvernehmlich nicht mehr weiterhandeln, obwohl sie dies tun könnten (BGHSt 42, 158, 162; BGH NStZ 2007, 91, 92 m. w. N.). Dies gilt zwar dann nicht, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Tat nach Mislingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv – sei es auch nur wegen aufkommender innerer Hemmungen (BGH NStZ 2007, 91) – die Vollendung nicht mehr für möglich hält; abzustellen ist daher nicht auf den ursprünglichen Tatplan, sondern auf den Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (BGH NStZ 2008, 393). Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse, um den Erfolg herbeizuführen, von seinem Tatplan abweichen. Hält er vielmehr die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, dann ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten (BGH NStZ 2007, 91). Fehlgeschlagen ist der Versuch erst, wenn der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs (BGHSt 39, 221, 232; 41, 368, 369).

2. Der ursprüngliche Tatplan kann je nach Fallgestaltung nur insoweit eine Rolle für den Erkenntnishorizont des

Täters spielen, als die von ihm nach dem Scheitern seiner bisherigen Bemühungen erkannte Notwendigkeit, Tatbehandlung und -ablauf grundlegend zu ändern oder ein ganz anderes als das bisher verwendete Tatmittel einzusetzen, ein gewichtiges Indiz dafür darstellen kann, dass aus seiner Sicht der Versuch fehlgeschlagen ist (vgl. BGH NStZ 2008, 393).

1019. BGH 3 StR 384/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Hildesheim)

Totschlag; Rücktritt vom Versuch; umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts (engster räumlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der letzten Ausführungshandlung); Totschlag durch Unterlassen nach Rücktritt vom Tötungsversuch.

§ 212 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen strafbefreienden Rücktritts darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (BGHSt 39, 221, 227). Darüber hinaus ist anerkannt, dass ein beendeter Versuch auch dann vorliegt, wenn der Täter sich nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung keine Gedanken darüber macht, ob sein bisheriges Verhalten ausreicht, um den Erfolg herbeizuführen (BGHSt 40, 304, 306).

2. Zu beachten ist dabei auch eine sog. sogenannte umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizontes, bei welcher der Täter zunächst nicht mit der Tatverwirklichung rechnet, er aber unmittelbar darauf erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat. In diesem Fall liegt ein beendeter Versuch vor. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Korrektur der Vorstellung des Täters bei fortbestehender Handlungsmöglichkeit sogleich nach der letzten Tathandlung in engstem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dieser erfolgt (BGHSt 36, 224, 226; BGH StraFo 2008, 212).

1029. BGH 3 StR 253/09 – Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Hildesheim)

Untreue (Mittäterschaft; Serientaten; Tateinheit; Tatumehrheit).

§ 266 StGB; § 25 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Bei einer durch mehrere Personen begangenen Deliktserie ist die Frage der Konkurrenz für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen (st. Rspr.).

2. Wenn ein Mittäter seinen mehrere Einzeldelikte umfassenden Tatbeitrag bereits im Vorfeld erbracht hat, so verletzt er den Tatbestand zwar nicht nur einmal. Die Einzeltaten der Mittäter werden ihm jedoch nicht als in Tatumehrheit, sondern als in gleichartiger Tateinheit begangen zugerechnet.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1053. BGH 1 StR 57/10 – Urteil vom 25. Oktober 2010 (LG München I)

BGHSt; Tötung von Unbeteiligten in Italien im Zweiten Weltkrieg als Rache für einen Partisanenangriff (Mord aus niedrigen Beweggründen; keine Rechtfertigung als Kriegsrepressalie; Rechtfertigungsvorsatz: subjektives Rechtfertigungselement); ne bis in idem (Verbot der Doppelbestrafung; Geltung nach der Europäischen Grundrechtecharta; Einschränkung durch Art. 54 SDÜ; mögliche Auslieferung und Vollstreckung eines italienischen Abwesenheitsurteils); Vorlagepflicht (acte clair-Doktrin).

§ 211 Abs. 2 StGB; Art. 54 SDÜ; Art. 50 EuGRCh; Art. 52 EuGRCh; § 47 Abs. 1 Satz 1 MStGB aF

1. Zur Tötung von Unbeteiligten in Italien im Zweiten Weltkrieg als Rache für einen Partisanenangriff. (BGHSt)

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind rachemotivierte Tötungen nicht ohne weiteres als Mord aus niedrigen Beweggründen zu bewerten, sondern vielmehr erst dann, wenn die Gefühlsregungen, auf denen sie beruhen, ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, also nicht menschlich verständlich sind, wie z.B. nach einem vom Opfer begangenen schweren Unrecht oder einer schwerwiegenden Kränkung des Täters durch das Opfer, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind (BGH NJW 2006, 1008 mwN). (Bearbeiter)

3. Ein zufälliger, unterschiedsloser und deshalb willkürlicher Rückgriff auf die gesamte männliche Zivilbevölkerung eines ganzen Landstrichs nach einem Partisanenangriff, mit dem Ziel, diese auszulöschen, offenbart die niedere Gesinnung des Angeklagten bei der Tatbegehung, der hierdurch ein außerordentliches Maß an Missachtung der körperlichen Integrität seiner Opfer zum Ausdruck gebracht hat. Eine aus Rachsucht motivierte und gründlich vorbereitete Tötung von Unschuldigen, die durch ihr Verhalten keine Veranlassung für die durchgeführte Vergeltungsmaßnahme gegeben haben, durch Sprengung eines Gebäudes und anschließendes Maschinengewehrfeuer kann selbst vor dem Hintergrund einer kriegsbe-

dingten Ausnahmesituation nicht mehr als menschlich verständliche Handlung des Angeklagten angesehen werden. (Bearbeiter)

4. Eine nur mögliche Auslieferung des Angeklagten nach Italien oder die mögliche Vollstreckung eines ausländischen Abwesenheitsurteils in Deutschland begründet kein Verfahrenshindernis. Die (theoretische) Möglichkeit, dass ein nicht gestellter Antrag doch noch gestellt wird, führt nicht dazu, dass rechtliche Konsequenzen, die ein solcher Antrag im Falle seines Erfolges hätte, ein Verfahrenshindernis begründen würden. (Bearbeiter)

5. Das Verbot der Doppelbestrafung in Art. 50 GrCh ist anders als das entsprechende Verbot in Art. 54 SDÜ, nicht ausdrücklich durch Vollstreckungsbedingungen modifiziert. Jedoch können gemäß Art. 52 Abs. 1 GrCh die in der Charta anerkannten Rechte durch gesetzliche Regelungen eingeschränkt werden, die den Wesensgehalt der Charta achten. Art. 54 SDÜ ist eine solche einschränkende Regelung. Dies ergibt sich aus den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zur Ausarbeitung der Charta (ABl. EG 2004 C 310/453; aktualisierte Fassung ABl. EU 2007 C 303/17), die ausweislich der Präambel der Charta bei deren Auslegung durch die Gerichte zu berücksichtigen sind. (Bearbeiter)

6. Art. 52 Abs. 2 GrCh, wonach die Ausübung der durch die Charta anerkannten Rechte, die in den Gemeinschaftsverträgen oder im Vertrag über die Europäische Union begründet sind, nur im Rahmen der darin festgelegten Bedingungen und Grenzen erfolgen darf, ist hier entgegen der Auffassung der Revision nicht einschlägig. „Ne bis in idem“ ist nicht durch diese Verträge begründet, sondern als über nationales Recht hinausgehender europarechtlicher Grundsatz vom EuGH im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung entwickelt worden; hierauf findet Art. 52 Abs. 2 GrCh keine Anwendung. (Bearbeiter)

7. Die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes erfordert neben seinen objektiven Voraussetzungen auch ein oft „Rechtfertigungsvorsatz“ genanntes subjektives Rechtfertigungs-

tigungselement. Die rechtfertigenden Umstände müssen dem Täter bekannt sein und sich im Motiv seines Handelns niederschlagen (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 2, 111, 114; BGH NStZ 2000, 365, 366; BGHSt 5, 245, 247). Gründe für die Annahme, bei einer möglichen Rechtfertigung wegen einer Kriegsrepressalie gelte anderes, sind nicht ersichtlich. (Bearbeiter)

1078. BGH 2 StR 320/10 – Beschluss vom 10. November 2010 (LG Köln)

Versuchter Totschlag und rechtfertigender Behandlungsabbruch (erforderliches Verfahren zur Feststellung des Patientenwillens; Patientenverfügung; Selbstbestimmungsrecht; Lebensschutz; Einwilligung; Tötung auf Verlangen; aktive Sterbehilfe).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 212 StGB; § 216 StGB; § 22 StGB; § 190a BGB; § 1901b BGB

1. Zum rechtfertigenden Behandlungsabbruch auf der Grundlage des Patientenwillens nach den Grundsätzen der Senatsentscheidung vom 25. Juni 2010 (2 StR 454/09 – NJW 2010, 2963). (BGH)

2. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (vgl. § 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. (Bearbeiter)

3. In Fällen, in denen zukünftig ein rechtfertigender Behandlungsabbruch auf der Grundlage des Patientenwillens nach den Grundsätzen der Senatsentscheidung vom 25. Juni 2010 in Rede steht (BGH NJW 2010, 2963), werden die Voraussetzungen der §§ 1901a, 1901b BGB zu beachten sein. Diese Vorschriften enthalten verfahrensrechtliche Absicherungen, die den Beteiligten bei der Ermittlung des Patientenwillens und der Entscheidung über einen Behandlungsabbruch Rechts- und Verhaltenssicherheit bieten sollen und bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Maßnahmen auch für das Strafrecht Wirkung entfalten (vgl. BGH NJW 2010, 2966). (Bearbeiter)

4. Es ist sicherzustellen, dass Patientenverfügungen nicht ihrem Inhalt zuwider als Vorwand benutzt werden, um aus unlauteren Motiven auf eine Lebensverkürzung schwer erkrankter Patienten hinzuwirken. Darüber hinaus muss in der regelmäßig die Beteiligten emotional stark belastenden Situation, in der ein Behandlungsabbruch in Betracht zu ziehen ist, gewährleistet sein, dass die Entscheidung nicht unter zeitlichem Druck, sondern nur nach sorgfältiger Prüfung der medizinischen Grundlagen und des sich gegebenenfalls in einer Patientenverfügung manifestierenden Patientenwillens erfolgt. (Bearbeiter)

1100. BGH 4 StR 264/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Halle)

Gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs (Reißzwecke); Nötigung.

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 223 StGB; § 240 StGB

Wird das körperliche Wohlbefinden der Geschädigten dadurch beeinträchtigt, dass ihr Reißzwecken unter ihre Fersen geklebt werden und sie stundenlang gezwungen war, auf den vorderen Fußballen zu stehen, liegt keine mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangene gefährliche Körperverletzung vor.

1037. BGH 3 StR 190/10 – Urteil vom 5. August 2010 (LG Stade)

Besonders schwerer Raub (Verwenden eines neutralen Gegenstandes in gefährlicher Weise; Verwenden als Nötigungsmittel; gefährliches Werkzeug; Vollendung der Qualifikation); sukzessive Mittäterschaft.

§ 250 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 25 StGB

1. Ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 250 Abs. 2 StGB wird nicht nur dann benutzt, wenn der Täter ein generell gefährliches Tatmittel einsetzt, sondern auch, wenn sich die objektive Gefährlichkeit eines an sich ungefährlichen (neutralen) Gegenstandes erst aus seiner konkreten Verwendung ergibt, weil diese geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen; die Gefährlichkeit kann sich gerade daraus ergeben, dass ein Gegenstand bestimmungswidrig gebraucht wird.

2. Der Begriff des Verwendens umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch. Nach der Konzeption der Raubdelikte bezieht er sich auf den Einsatz des Nötigungsmittels im Grundtatbestand, so dass das Verwenden immer dann zu bejahen ist, wenn der Täter zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für deren Leib oder Leben gebraucht (BGHSt 45, 92, 94 f. mwN; BGH NStZ 2008, 687). Das (vollendete) Verwenden eines Werkzeuges zur Drohung setzt voraus, dass das Opfer das Nötigungsmittel als solches erkennt und die Androhung seines Einsatzes wahrnimmt (BGH NJW 2004, 3437). Bedient sich der Täter zur Drohung eines objektiv ungefährlichen Gegenstandes, so verwendet er ihn dann als gefährliches Werkzeug, wenn er ankündigt, ihn in einer Weise zu benutzen, die geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen (vgl. BGHSt 51, 276, 278).

3. Die Qualifikation ist verwirklicht, wenn das Werkzeug im Zeitraum vom Ansetzen zum Versuch bis zur Beendigung der Tat eingesetzt wird, auch wenn es dem Genötigten gelingt, sich von dem eingesetzten Nötigungsmittel zu befreien.

1089. BGH 2 StR 395/10 – Urteil vom 15. September 2010 (LG Bad Kreuznach)

Gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug; Schuhtritte; hinterlistiger Überfall); schwerer Raub (schwere räuberische Erpressung; schwere körperliche Misshandlung; Gesundheitsschädigung); Mittäterschaft.

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB; § 176a Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Der Begriff der schweren körperlichen Misshandlung nach § 250 Abs. 3 Buchst. a StGB ist aus § 176a Abs. 4

Nr. 1 StGB (§ 176 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB aF) übernommen. Auf seine Auslegung kann zurückgegriffen werden. Danach ist zur Annahme einer schweren körperlichen Misshandlung nicht der Eintritt einer schweren Folge im Sinne von § 226 StGB oder einer schweren Gesundheitsschädigung im Sinne von § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB erforderlich. Es ist jedoch vorzusetzen, dass die körperliche Integrität des Opfers entweder mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder aber in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, beeinträchtigt wird (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 175).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Frage, ob der Schuh am Fuß des Täters als ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen ist, auf die Umstände des Einzelfalles an, unter anderem auf die Beschaffenheit des Schuhs sowie auf die Frage, mit welcher Heftigkeit und gegen welchen Körperteil mit dem beschuhten Fuß getreten wird (vgl. BGHR StGB § 224 Abs. 1 Nr. 2 Werkzeug 1). Ein Straßenschuh von üblicher Beschaffenheit ist regelmäßig als gefährliches Werkzeug anzusehen, wenn damit einem Menschen gegen den Kopf getreten wird. Das gilt jedenfalls für Tritte in das Gesicht des Opfers. Entsprechendes ist anzunehmen, wenn der Täter feste Turnschuhe der heute üblichen Art trägt, wovon das Landgericht ausgegangen ist.

3. Ein Überfall ist nicht schon dann hinterlistig, wenn der Täter für den Angriff auf das Opfer nur ein Überraschungsmoment ausnutzt (vgl. BGH NStZ 2005, 97). Erforderlich ist vielmehr, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung der wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 77, 78).

1121. BGH 4 StR 465/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Landau)

Gefährliche Körperverletzung (Doppelverwertungsverbot; Strafzumessung; Art der Ausführung).
§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 46 Abs. 2, Abs. 3 StGB

1. Die Strafvorschrift der gefährlichen Körperverletzung in der Begehungsweise des hinterlistigen Überfalls (§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB) setzt einen für das Tatopfer unvorhergesehenen Angriff voraus, der von einem planmäßigen, auf Verdeckung der wahren Absichten berechneten Vorgehen – etwa durch Auflauern – gekennzeichnet ist (BGH NStZ 2005, 40).

2. Hat sich der Angeklagte einer gefährlichen Körperverletzung durch Verübung eines hinterlistigen Überfalls schuldig gemacht, darf das Gericht bei der Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten nicht berücksichtigen, dass er bei der Tatplanung und -ausführung die Dunkelheit sowie die Vereinzelnung der Geschädigten ausgenutzt habe.

1040. BGH 3 StR 294/10 – Urteil vom 30. September 2010 (LG Aurich)

Fahren ohne Fahrerlaubnis (Tatbegriff); besonders schwere räuberische Erpressung (Abpressen von Bank-

karte und PIN; Zugriffsmöglichkeit; nicht gedecktes Konto; Vermögensschaden; Versuch); Bemessung der Jugendstrafe (schädliche Neigungen).

§ 21 StVG; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 17 JGG

1. Die Dauerstraftat des Fahrens ohne Fahrerlaubnis endet regelmäßig erst mit Abschluss einer von vorneherein für eine längere Wegstrecke geplanten Fahrt und wird nicht durch kurze Unterbrechungen in selbständige Taten aufgespalten.

2. Zwar kann die Kenntnis von den geheimen Zugangsdaten zu einem Bankkonto jedenfalls dann das Vermögen des Opfers beeinträchtigen, wenn der Täter auch im Besitz der zugehörigen Bankkarte ist und er deshalb jederzeit Zugriff auf den Auszahlungsanspruch des Berechtigten gegenüber der die Karte akzeptierenden Bank hat. Voraussetzung für die Zufügung eines Vermögensnachteils ist jedoch, dass durch die zusätzlich erlangte Kenntnis von der Geheimzahl mit wirtschaftlichen Nachteilen für das Vermögen des Genötigten bzw. des betroffenen Bankinstituts ernstlich zu rechnen ist. Dies ist nicht der Fall, wenn mangels Deckung des Kontos Geldabhebungen nicht möglich sind.

1113. BGH 4 StR 402/10 – Urteil vom 28. Oktober 2010 (LG Münster)

Absicht rechtswidriger Zueignung (versuchter schwerer Raub; versuchte schwere räuberische Erpressung; Abgrenzung vom Raub und Konkurrenzen; Dreieckerpressung; normatives Tatbestandsmerkmal).
§ 249 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB

1. Es trifft zwar zu, dass für die Abgrenzung des Raubes von der räuberischen Erpressung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allein das äußere Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten maßgeblich ist (vgl. nur BGHSt 7, 252, 254; BGHR StGB § 255 Konkurrenzen 4 m.w.N.) und der Tatbestand des (versuchten) Raubes hinter dem der vollendeten räuberischen Erpressung zurücktreten kann, wenn die erzwungene Herausgabe der verlangten Sache und nicht die Duldung ihrer Wegnahme das Tatbild prägt. Eine Tateinheit kann aber bei einem zweiaktigen Geschehen vorliegen, bei dem der Geschädigte zunächst unter dem Eindruck von erheblichen Misshandlungen verlangte Sachen herausgab und im Anschluss (zusätzlich) die Durchsuchung seiner Kleidung nach weiteren Wertgegenständen dulden musste.

2. Bei der Erpressung ist die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils normatives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der zumindest bedingte Vorsatz des Täters erstrecken muss (BGH StV 2000, 79). Der Täter will sich dann zu Unrecht bereichern, wenn er einen Vermögensvorteil erstrebt, auf den er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat. Allein der Umstand, dass ein fälliger Anspruch mit Nötigungsmitteln durchgesetzt werden soll, macht den begehrten Vorteil nicht rechtswidrig (BGHSt 20, 136, 137). Entsprechendes gilt für das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit der Zueignung beim Tatbestand des Raubes im Sinne des § 249 StGB.

3. Auch wenn der Täter gegenüber dem Geschädigten einen Anspruch in Höhe der abgepressten Forderung hat, erstrebt er einen rechtswidrigen Vermögensvorteil, wenn er sich zur Befriedigung eine fremde EC-Karte sowie die auf einem Zettel vermerkte PIN aushändigen ließ, um sie zur Abhebung von Geldbeträgen in nicht näher festgestellter Höhe einzusetzen, und dabei in der Vorstellung handelte, der Geschädigte habe diese Karte einer unbekanntem Berechtigten zuvor entwendet.

1112. BGH 4 StR 397/10 – Beschluss vom 26. Oktober 2010 (LG Bielefeld)

Sexuelle Nötigung (Ausnutzung einer hilflosen Lage; Einschließen des Opfers als Gewalt); § 177 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB; § 52 StGB

Das Einschließen des Opfers in einem umschlossenen Raum in der Absicht, es am Verlassen des Raumes zu hindern, um auf diese Weise die Vornahme sexueller Handlungen zu ermöglichen, stellt sich als Gewaltanwendung im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB dar (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 42, 43 m.w.N.; BGHR StGB § 177 Abs. 1 Gewalt 10). Die durch eine fortdauernde tatbe-

standsmäßige Gewalteinwirkung erst geschaffene hilflose Lage des Opfers wird als Teil der Gewalt durch die Regelung des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst. Die Begehungsalternative des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB gelangt daneben nicht zur Anwendung, weil sie jedenfalls auf der Konkurrenzebene zurücktritt.

1007. BGH 3 StR 265/10 – Beschluss vom 17. August 2010 (LG Oldenburg)

Sexuelle Nötigung (Taterfolg; Vornahme sexueller Handlungen des Opfers an sich selbst); Nötigung; § 177 StGB; § 240 StGB

1. Taugliche Nötigungserfolge des § 177 StGB sind allein sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an dem Opfer sowie sexuelle Handlungen des Opfers am Täter oder einer dritten Person.

2. Sexuelle Handlungen des Genötigten an sich selbst vor dem Täter (oder einem Dritten) sind von § 177 StGB nicht erfasst. In solchen Fällen kommt lediglich die Begehung einer Nötigung im besonders schweren Fall gemäß § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB in Betracht.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1043. BGH 5 StR 394/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (OLG Stuttgart)

Vorlageverfahren; Anfragebeschluss; Sicherungsverwahrung (Fortdauer; Aussetzung zur Bewährung; Prüfung der Fortdauer von Amts wegen); EMRK; BGHSt; Berücksichtigungspflicht; Normverwerfungskompetenz; Rückwirkungsverbot; Verhältnismäßigkeitsprinzip (unmittelbar drohende schwerste Straftaten, durch die die Opfer physisch oder psychisch massiv geschädigt werden); anwendbare Rechtslage bei Maßregeln (andere gesetzliche Bestimmung); gesetzliche Neugestaltung der Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Therapieorientierung); redaktioneller Hinweis.

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 132 GVG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 121 Abs. 2 GVG; § 62 StGB

1. Ergibt sich für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine die Rückwirkung generell hindern- de andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB? (Anfrage nach § 132 GVG) (BGHSt)

2. Im Fall zulässiger rückwirkender Anwendung ist § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB einschränkend dahin auszulegen, dass die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach zehnjährigem Vollzug für erledigt zu erklären ist, sofern

nicht eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualverbrechen aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Unterbrachten abzuleiten ist. (BGHSt)

3. Die Zulässigkeit konventionskonformer Auslegung des Bundesrechts endet aus Gründen der Gesetzesbindung der Gerichte dort, wo der gegenteilige Wille des nationalen Gesetzgebers deutlich erkennbar wird. (Bearbeiter)

4. Die Europäische Menschenrechtskonvention eröffnet den Gerichten keine Verwerfungskompetenz für eindeutig entgegenstehende Gesetze; vielmehr ist im Falle der Unvereinbarkeit des Bundesrechts mit der EMRK allein der Gesetzgeber aufgerufen, eine Verletzung der Konvention infolge Anwendung eindeutiger gesetzlicher Regelungen durch deren Abänderung zu beseitigen. (Bearbeiter)

5. Eine Interpretation des § 2 Abs. 6 StGB in dem Sinne, dass für die Sicherungsverwahrung eine rückwirkende Anwendung nicht möglich ist, würde den vom eindeutigen Willen des Gesetzgebers getragenen Normbefehl teilweise oder ganz aushöhlen und liefe auf ein dem Richter bei der Berücksichtigung der EMRK nicht zustehendes Normverwerfungsrecht hinaus. (Bearbeiter)

6. Zwar wird eine Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB nur selten in Betracht kommen. Sie ist jedoch in Erwägung zu ziehen,

wenn eine hochgradige Gefahr weiterer erheblicher Straftaten zwar prognostiziert wird, diese aber durch den Widerrufsdruck und mit einer Aussetzung zur Bewährung zu verbindende Weisungen so weit reduziert werden kann, dass angenommen werden kann, der Verurteilte könne von der Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen abgehalten werden. In solchen Konstellationen stellt die Aussetzung zur Bewährung anstelle einer sonst zwingend fortdauernden Vollstreckung die „konventionsfreundlichste“ Maßnahme dar. (Bearbeiter)

7. Ob der weitere Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach den Kriterien des 2. Leitsatzes noch gerechtfertigt ist, hat das zuständige Gericht von Amts wegen aufgrund einer aktuellen Gefährlichkeitsprognose zu prüfen, auch wenn zwei Jahre seit der letzten Prüfung noch nicht vergangen sind. Die Entscheidung des Gerichtshofs ist eine Tatsache, die eine erneute Prüfung einer Erledigterklärung der Sicherungsverwahrung nach § 67e Abs. 1 StGB oder einer Aussetzung ihrer Vollstreckung unerlässlich macht. (Bearbeiter)

8. Nicht tragend bemerkt der Senat, dass die vorgeschlagene Auslegung der Regelungen zur Sicherungsverwahrung an dem Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK nichts zu ändern vermag. Ihn zu beseitigen ist jedoch primär gesetzgeberischen Maßnahmen vorbehalten. Hierfür ist nach Auffassung des Senats zwingend eine grundlegend veränderte Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in Betracht zu ziehen, welche dessen vom EGMR festgestellte strafgleiche Wirkung zu beseitigen geeignet ist, insbesondere durch verstärkte Therapieorientierung und deutliche Vollzugserleichterungen im Vergleich zum Strafvollzug. (Bearbeiter)

9. Auch dem Bundesverfassungsgericht obliegt die Berücksichtigung einer verbindlichen Interpretation der Konvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. (Bearbeiter)

10. Dem Senat erscheint – nicht tragend – im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz und das Freiheitsrecht aller in Sicherungsverwahrung Untergebrachten überaus zweifelhaft, ob sich eine Neugestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung auf Altfälle mit Rückwirkung beschränken lässt, wie es der Koalitionsentwurf auf BT-Drucks. 17/3403 vorsieht. (Bearbeiter)

1098. BGH 4 StR 215/10 – Urteil vom 28. Oktober 2010 (LG Hagen)

BGHSt; Tenorierung beim Auffangrechtserwerb (unmittelbar erworbener Vermögensgegenstand; erlangter Geldbetrag; gesamtschuldnerische Haftung; Mitverfügungsmacht; gebotene Anwendung der Härtevorschrift: unterschiedliche hohe Feststellungen); Erstreckung des Erfolgs der Revision.

§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 StGB; § 357 StPO

1. Bei einer Feststellung gemäß § 111i Abs. 2 StPO ist im Urteilstenor (nur) der Vermögensgegenstand bzw. Geldbetrag zu benennen, den der Staat unter den Voraussetzungen des § 111i Abs. 5 StPO unmittelbar oder als Zahlungsanspruch erwirbt. (BGHSt)

2. Bei der Bestimmung des Vermögensgegenstandes bzw. Zahlungsanspruchs, der dem Auffangrechtserwerb des Staates unterliegt, ist bei mehreren Tätern und/oder Teilnehmern von deren gesamtschuldnerischer Haftung auszugehen, wenn und soweit sie zumindest Mitverfügungsmacht an dem aus der Tat erzielten Vermögenswert hatten. (BGHSt)

3. Die Anwendung der Härtevorschrift des § 73c Abs. 1 StGB kann zur Folge haben, dass gegen mehrere Täter und/oder Teilnehmer unterschiedlich hohe Feststellungen nach § 111i Abs. 2 StPO getroffen werden müssen. (BGHSt)

4. Das „Erlangte“ bzw. der „Geldbetrag, der dem Wert des Erlangten entspricht“, ist in den § 111i Abs. 2 Sätze 2, 3 StPO in demselben Sinn zu verstehen wie in § 73 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 73a Satz 1 StGB. (Bearbeiter)

5. Die mit der gesamtschuldnerischen Haftung entstehenden Härten können für jeden Mittäter oder Teilnehmer gesondert durch die Anwendung von § 73c StGB ausgeglichen werden. (Bearbeiter)

6. Der Senat lässt dahingestellt, ob eine gesamtschuldnerische Haftung zudem über eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft in Betracht kommt, wenn sich die Beteiligten (lediglich) darüber einig waren, dass sie Mitverfügungsmacht haben *sollten* (vgl. BGH NStZ 2003, 198, 199; NStZ-RR 2007, 121; NStZ 2010, 85; NStZ 2010, 568). (Bearbeiter)

1076. BGH 2 ARs 293/10 (2 AR 174/10) – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Köln)

BGHSt; Krisenintervention als Vollstreckung einer Maßregel; Zuständigkeit für die weitere Bewährungsüberwachung und Führungsaufsicht.

§ 462a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 463 Abs. 1 und 7 StPO; § 67h StGB

1. Die Krisenintervention nach § 67h StGB ist Vollstreckung einer Maßregel im Sinne von § 463 Abs. 1 i.V.m. § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO. (BGHSt)

2. § 463 Abs. 7 StPO findet im Fall der Krisenintervention nach § 67h StGB entsprechende Anwendung. (BGHSt)

1123. BGH 4 StR 473/10 – Beschluss vom 2. November 2010 (LG Münster)

Verfall von Wertersatz (Erlangtes; lediglich erzielbarer Vermögenszuwachs).

§ 73 StGB; § 73a StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vermögenswert aus der Tat im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen ist (BGHSt 52, 227, 246), er an ihm also unmittelbar aus der Tat (tatsächliche, aber nicht notwendig rechtliche) Verfügungsmacht gewonnen und dadurch einen Vermögenszuwachs erzielt hat (BGH JZ 2009, 1124; BGH vom 28.

Oktober 2010 – 4 StR 215/10 m.w.N.). Ein lediglich erzielbarer Vermögenszuwachs kann nicht für verfallen erklärt werden (BGH NStZ-RR 2001, 82; NStZ-RR 2006, 39); das gilt auch für den Verfall von Wertersatz (BGH NStZ 2003, 198, 199).

1104. BGH 4 StR 295/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Rostock)

Verjährung deliktischer Ansprüche (Kenntnis von der Adresse des Schuldners; grobe Fahrlässigkeit); Adhäsionsverfahren (keine Zurückverweisung nur hinsichtlich des Entschädigungsanspruches).

§ 403 StPO; § 199 BGB

1. Gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt die für deliktische Ansprüche geltende dreijährige (§ 195 BGB) Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Zur Kenntnis von der Person des Schuldners gehört auch die Kenntnis von dessen Anschrift, weil erst mit dieser die Erhebung einer Klage erfolgsversprechend möglich ist (BGH NJW 2009, 587 m.w.N.). Bei Gesamtschuldnern ist der Beginn der Verjährung für jeden Schuldner getrennt zu ermitteln (BGH NJW 2001, 964).

2. Nach Fristbeginn hemmt der spätere Verlust der Kenntnis von der Anschrift des Schuldners, etwa im Fall eines Umzugs, die Verjährung nicht (OLG Karlsruhe ZIP 2009, 1611).

3. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen (BGH NJW 2009, 587).

1044. BGH 5 StR 440/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (OLG Celle)

Vorlageverfahren; Anfragebeschluss; Sicherungsverwahrung (Fortdauer; Aussetzung zur Bewährung; Prüfung der Fortdauer von Amts wegen); EMRK; BGHSt; Berücksichtigungspflicht; Normverwerfungscompetenz; Rückwirkungsverbot; Verhältnismäßigkeitsprinzip (unmittelbar drohende schwerste Straftaten, durch die die Opfer physisch oder psychisch massiv geschädigt werden); andere Bestimmung; gesetzliche Neugestaltung der Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Therapieorientierung).

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 132 GVG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 121 Abs. 2 GVG; § 62 StGB

1. Ergibt sich für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine die Rückwirkung generell hindern- de andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB? (Anfrage nach § 132 GVG) (BGHSt)

2. Im Fall zulässiger rückwirkender Anwendung ist § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB einschränkend dahin auszulegen, dass die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach zehnjährigem Vollzug für erledigt zu erklären ist, sofern nicht eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualverbrechen aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Unterbrachten abzuleiten ist. (BGHSt)

3. Die Zulässigkeit konventionskonformer Auslegung des Bundesrechts endet aus Gründen der Gesetzesbindung der Gerichte dort, wo der gegenteilige Wille des nationalen Gesetzgebers deutlich erkennbar wird. (Bearbeiter)

4. Die Europäische Menschenrechtskonvention eröffnet den Gerichten keine Verwerfungscompetenz für eindeutig entgegenstehende Gesetze; vielmehr ist im Falle der Unvereinbarkeit des Bundesrechts mit der EMRK allein der Gesetzgeber aufgerufen, eine Verletzung der Konvention infolge Anwendung eindeutiger gesetzlicher Regelungen durch deren Abänderung zu beseitigen. (Bearbeiter)

5. Eine Interpretation des § 2 Abs. 6 StGB in dem Sinne, dass für die Sicherungsverwahrung eine rückwirkende Anwendung nicht möglich ist, würde den vom eindeutigen Willen des Gesetzgebers getragenen Normbefehl teilweise oder ganz aushöhlen und liefe auf ein dem Richter bei der Berücksichtigung der EMRK nicht zustehendes Normverwerfungsrecht hinaus. (Bearbeiter)

6. Zwar wird eine Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB nur selten in Betracht kommen. Sie ist jedoch in Erwägung zu ziehen, wenn eine hochgradige Gefahr weiterer erheblicher Straftaten zwar prognostiziert wird, diese aber durch den Widerrufsdruck und mit einer Aussetzung zur Bewährung zu verbindende Weisungen so weit reduziert werden kann, dass angenommen werden kann, der Verurteilte könne von der Begehung schwerster Gewalt- und Sexualverbrechen abgehalten werden. In solchen Konstellationen stellt die Aussetzung zur Bewährung anstelle einer sonst zwingend fortdauernden Vollstreckung die „konventionsfreundlichste“ Maßnahme dar. (Bearbeiter)

7. Ob der weitere Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach den Kriterien des 2. Leitsatzes noch gerechtfertigt ist, hat das zuständige Gericht von Amts wegen aufgrund einer aktuellen Gefährlichkeitsprognose zu prüfen, auch wenn zwei Jahre seit der letzten Prüfung noch nicht vergangen sind. Die Entscheidung des Gerichtshofs ist eine Tatsache, die eine erneute Prüfung einer Erledigterklärung der Sicherungsverwahrung nach § 67e Abs. 1 StGB oder einer Aussetzung ihrer Vollstreckung unerlässlich macht. (Bearbeiter)

8. Nicht tragend bemerkt der Senat, dass die vorgeschlagene Auslegung der Regelungen zur Sicherungsverwahrung an dem Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK nichts zu ändern vermag. Ihn zu beseitigen ist jedoch primär gesetzgeberischen Maßnahmen vorbehalten. Hierfür ist nach Auffassung des Senats zwingend eine grundlegend veränderte Ausgestaltung des Vollzugs der Sicher-

ungsverwahrung in Betracht zu ziehen, welche dessen vom EGMR festgestellte strafgleiche Wirkung zu beseitigen geeignet ist, insbesondere durch verstärkte Therapieorientierung und deutliche Vollzugserleichterungen im Vergleich zum Strafvollzug. (Bearbeiter)

9. Dem Senat erscheint – nicht tragend – im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz und das Freiheitsrecht aller in Sicherungsverwahrung Untergebrachten überaus zweifelhaft, ob sich eine Neugestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung auf Altfälle mit Rückwirkung beschränken lässt, wie es der Koalitionsentwurf auf BTDrucks. 17/3403 vorsieht. (Bearbeiter)

1045. BGH 5 StR 474/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (OLG Koblenz)

Vorlageverfahren; Anfragebeschluss; Sicherungsverwahrung (Fortdauer; Aussetzung zur Bewährung; Prüfung der Fortdauer von Amts wegen); EMRK; BGHSt; Berücksichtigungspflicht; Normverwerfungskompetenz; Rückwirkungsverbot; Verhältnismäßigkeitsprinzip (unmittelbar drohende schwerste Straftaten, durch die die Opfer physisch oder psychisch massiv geschädigt werden); andere Bestimmung; gesetzliche Neugestaltung der Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Therapieorientierung).

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 132 GVG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 121 Abs. 2 GVG; § 62 StGB

1. Ergibt sich für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung aus der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine die Rückwirkung generell hindernde andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB? (Anfrage nach § 132 GVG) (BGHSt)

2. Im Fall zulässiger rückwirkender Anwendung ist § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB einschränkend dahin auszulegen, dass die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach zehnjährigem Vollzug für erledigt zu erklären ist, sofern nicht eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualverbrechen aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist. (BGHSt)

3. Die Zulässigkeit konventionskonformer Auslegung des Bundesrechts endet aus Gründen der Gesetzesbindung der Gerichte dort, wo der gegenteilige Wille des nationalen Gesetzgebers deutlich erkennbar wird. (Bearbeiter)

4. Die Europäische Menschenrechtskonvention eröffnet den Gerichten keine Verwerfungskompetenz für eindeutig entgegenstehende Gesetze; vielmehr ist im Falle der Unvereinbarkeit des Bundesrechts mit der EMRK allein der Gesetzgeber aufgerufen, eine Verletzung der Konvention infolge Anwendung eindeutiger gesetzlicher Regelungen durch deren Abänderung zu beseitigen. (Bearbeiter)

5. Eine Interpretation des § 2 Abs. 6 StGB in dem Sinne, dass für die Sicherungsverwahrung eine rückwirkende Anwendung nicht möglich ist, würde den vom eindeuti-

gen Willen des Gesetzgebers getragenen Normbefehl teilweise oder ganz aushöhlen und liefe auf ein dem Richter bei der Berücksichtigung der EMRK nicht zustehendes Normverwerfungsrecht hinaus. (Bearbeiter)

6. Zwar wird eine Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 StGB nur selten in Betracht kommen. Sie ist jedoch in Erwägung zu ziehen, wenn eine hochgradige Gefahr weiterer erheblicher Straftaten zwar prognostiziert wird, diese aber durch den Widerrufsdruck und mit einer Aussetzung zur Bewährung zu verbindende Weisungen so weit reduziert werden kann, dass angenommen werden kann, der Verurteilte könne von der Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualverbrechen abgehalten werden. In solchen Konstellationen stellt die Aussetzung zur Bewährung anstelle einer sonst zwingend fortdauernden Vollstreckung die „konventionsfreundlichste“ Maßnahme dar. (Bearbeiter)

7. Ob der weitere Vollzug der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach den Kriterien des 2. Leitsatzes noch gerechtfertigt ist, hat das zuständige Gericht von Amts wegen aufgrund einer aktuellen Gefährlichkeitsprognose zu prüfen, auch wenn zwei Jahre seit der letzten Prüfung noch nicht vergangen sind. Die Entscheidung des Gerichtshofs ist eine Tatsache, die eine erneute Prüfung einer Erledigterklärung der Sicherungsverwahrung nach § 67e Abs. 1 StGB oder einer Aussetzung ihrer Vollstreckung unerlässlich macht. (Bearbeiter)

8. Nicht tragend bemerkt der Senat, dass die vorgeschlagene Auslegung der Regelungen zur Sicherungsverwahrung an dem Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK nichts zu ändern vermag. Ihn zu beseitigen ist jedoch primär gesetzgeberischen Maßnahmen vorbehalten. Hierfür ist nach Auffassung des Senats zwingend eine grundlegend veränderte Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in Betracht zu ziehen, welche dessen vom EGMR festgestellte strafgleiche Wirkung zu beseitigen geeignet ist, insbesondere durch verstärkte Therapieorientierung und deutliche Vollzugserleichterungen im Vergleich zum Strafvollzug. (Bearbeiter)

9. Dem Senat erscheint – nicht tragend – im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz und das Freiheitsrecht aller in Sicherungsverwahrung Untergebrachten überaus zweifelhaft, ob sich eine Neugestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung auf Altfälle mit Rückwirkung beschränken lässt, wie es der Koalitionsentwurf auf BTDrucks. 17/3403 vorsieht. (Bearbeiter)

1088. BGH 2 StR 394/10 – Beschluss vom 6. Oktober 2010 (LG Gießen)

Erforderliche Feststellung für die bandenmäßige Begehung des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln; rechtsirrig und unverbindliche Ausführungen zur Strafaussetzung zur Bewährung im Rahmen der Verhängung einer Gesamtfreiheitsstrafe.

§ 29a BtMG; § 54 StGB; § 57 StGB

Im Rahmen der Verhängung einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe sind Ausführungen zur späteren Strafaussetzung zur Bewährung fern liegend. Die Frage, „ob es des Vollzugs der Freiheitsstrafe

bedürfe“, stellt sich nicht und muss vom Tatrichter daher auch nicht erörtert werden. Insbesondere ist keine „dringende Empfehlung“ aufzunehmen, den Angeklagten „umgehend in den offenen Vollzug aufzunehmen“. Solche rechtlich unverbindlichen Hinweise können Erfordernisse und Besonderheiten des Vollzugs der Freiheitsstrafe und des Vollstreckungsverfahrens der Natur der Sache nach nicht berücksichtigen und begründen die Gefahr, als rechtlich bindend fehlgedeutet zu werden.

1101. BGH 4 StR 277/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Stendal)

Verfall von Wertersatz (Erlangtes; für die Tatdurchführung erlangtes); rechtsmissbräuchliche Ausübung des Ablehnungsrechts (Befangenheitsantrag).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 StPO; § 26a StPO

1. Nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB unterliegt dem Verfall, was der Täter für die Tat oder aus der Tat erlangt hat. „Aus der Tat erlangt“ sind alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaus zufließen, insbesondere also die Beute; „für die Tat erlangt“ sind demgegenüber Vermögenswerte, die dem Täter als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden, aber – wie etwa ein Lohn für die Tatbegehung – nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen (BGHSt 50, 299, 309 f.; BGH NStZ-RR 2003, 10).

2. Ist es Bestandteil der Bandenabrede, dass der Angeklagte – gegen Kostenerstattung – sein Gewerbe erweitert, um größere Betäubungsmittelmengen transportieren zu können, erlangt er diese Geldbeträge nicht für die Taten, sondern für deren Durchführung. Der festgestellte Sachverhalt ist mit der Geldübergabe an einen Drogenkurier zur Finanzierung der Kurierfahrt und der damit verbundenen Aufenthalte nicht vergleichbar.

1061. BGH 1 StR 484/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Frankfurt am Main)

Strafzumessung und Gesamtstrafenbildung bei Steuerhinterziehung (Umsatzsteuerhinterziehung; fortbestehende Geldstrafe).

§ 46 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB § 370 AO

Zwar bedarf die Nichtanwendung der Ausnahmeregelung des § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB grundsätzlich dann einer ausdrücklichen Begründung, wenn nach den besonderen Umständen des Falles die Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe als das gegenüber dem Bestehenlassen der Geldstrafen schwerere Übel erscheint. Anders verhält es sich aber, wenn sich sämtliche Taten gegen dasselbe Rechtsgut richteten und deshalb die Einbeziehung der Geldstrafen in eine Gesamtfreiheitsstrafe nahelag (vgl. BGHR StGB § 53 Abs. 2 Einbeziehung, nachteilige 6).

1090. BGH 2 StR 404/10 – Urteil vom 20. Oktober 2010 (LG Darmstadt)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Sicherungsverwahrung.

§ 66 Abs. 2, 3 StGB

Das Schweigen des Urteils zur Sicherungsverwahrung kann einen sachlich-rechtlichen Mangel darstellen, wenn der Tatrichter die Sicherungsverwahrung nicht prüft, obwohl deren formelle Voraussetzungen gegeben sind und die Feststellungen die Annahme nahe legen, dass der Täter infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist (vgl. BGH NJW 1999, 2606; 3723, 3724). Bei den Ermessensentscheidungen nach § 66 Abs. 2 oder § 66 Abs. 3 StGB müssen die Urteilsgründe zudem in einer für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Weise erkennen lassen, dass und aus welchen Gründen der Tatrichter von seiner Entscheidungsbefugnis in einer bestimmten Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. BGH NJW 1999, 3723, 3724; BGHR StGB § 66 Abs. 2, Ermessensentscheidung 2, fehlende Erörterung).

1102. BGH 4 StR 278/10 – Beschluss vom 20. September 2010 (LG Magdeburg)

Strafzumessung (Begründungsbedarf bei außergewöhnlich hohen Strafen; mildernde Berücksichtigung der Abgabe von Falschgeld an einen Verdeckten Ermittler).

§ 46 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 146 StGB; § 147 StGB

Gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 StGB hat der Tatrichter bei der Strafzumessung die Umstände gegeneinander abzuwägen, die für oder gegen den Täter sprechen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat diese Abwägung umso sorgfältiger zu erfolgen, je mehr sich die für angemessen gehaltene Strafe der unteren oder der oberen Grenze des zur Verfügung stehenden Strafrahmens nähert. Außergewöhnlich hohe Strafen bedürfen einer Rechtfertigung in den Urteilsgründen, die die Abweichung vom Üblichen vor dem Hintergrund der Besonderheiten des jeweiligen Falles verständlich macht (BGH StV 1983, 102; StV 1986, 57; BGHR StGB § 222 Strafzumessung 1).

1074. BGH 2 StR 268/10 – Beschluss vom 22. September 2010 (LG Fulda)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (indizielle Bedeutung mangelnder Therapiemotivation; Darlegungsbefugnisse).

§ 64 StGB

Mangelnde Therapiemotivation, wie sie in einer ablehnenden Haltung des Angeklagten zum Ausdruck kommt, kann unter Umständen ein Indiz dafür sein, dass eine Entwöhnungsbehandlung keine Erfolgchancen hat. Dazu bedarf es jedoch einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit, insbesondere einer Darstellung der Gründe und Wurzeln des Motivationsmangels, ohne deren Kenntnis sich nicht beurteilen lässt, ob er nicht gerade im Unterbringungs-vollzug zu beheben ist. Es darf nicht letztlich allein darauf abgestellt werden, dass der Angeklagte die Maßregel ablehnt.

1118. BGH 4 StR 424/10 – Beschluss vom 12. Oktober 2010 (LG Essen)

Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung); gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug (Beendigung).

§ 55 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1. Die Möglichkeit, nach § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB gesondert auf eine Geldstrafe zu erkennen, führt nicht dazu, dass die Zäsurwirkung der auf Geldstrafe lautenden Vorverurteilung entfällt (BGH, Beschluss vom 21. Februar 2008 – 4 StR 666/07).

2. Bei § 263 StGB handelt es sich um ein Erfolgsdelikt, bei dem die Tat mit dem vollständigen Eintritt des (angestrebten) tatbestandlichen Erfolges beendet ist. Demnach ist der Betrug beendet, wenn der Vermögensvorteil endgültig eingetreten ist.

1116. BGH 4 StR 414/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Bochum)

Strafzumessung bei Körperverletzung (keine Strafschärfung nach Rücktritt vom Tötungsdelikt; Wertungsfehler).

§ 223 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 46 StGB

Ist der Täter, der vom Versuch einer Straftat strafbefreiend zurückgetreten ist, gleichwohl wegen eines zugleich verwirklichten vollendeten Delikts zu bestrafen, darf der auf die versuchte Straftat gerichtete Vorsatz nicht strafscharfend berücksichtigt werden (BGHSt 42, 43; BGH NStZ 2003, 533).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1084. BGH 2 StR 371/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Köln)

BGHSt; mangelnde Beweiskraft des zu einer etwaigen Verständigung schweigenden Protokolls (Negativattest; Darlegungsanforderungen für den Beleg einer nicht protokollierten Verständigung im Freibeweisverfahren); Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts.

§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO; § 302 Abs. 1 S. 2 StPO

1. Ein Protokoll, in dem weder vermerkt ist, dass eine Verständigung stattgefunden, noch dass eine solche nicht stattgefunden hat, ist widersprüchlich bzw. lückenhaft und verliert insoweit seine Beweiskraft. (BGHSt)

2. Berufte sich ein Angeklagter auf die Unwirksamkeit eines von ihm erklärten Rechtsmittelverzichts wegen einer vorausgegangenen Verständigung und schweigt das Protokoll dazu, so muss der Beschwerdeführer, um dem Revisionsgericht eine Überprüfung im Freibeweisverfahren zu ermöglichen, im einzelnen darlegen, in welchem Verfahrensstadium, in welcher Form und mit welchem Inhalt die von ihm behauptete Verständigung zustande gekommen ist. (BGHSt)

3. Der nach § 273 Abs. 1a Satz 3 StPO zwingend vorgeschriebene Vermerk, dass eine Verständigung nicht stattgefunden habe, gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten im Sinne des § 274 Satz 1 StPO (BGH NStZ-RR 2010, 213). (Bearbeiter)

1046. BGH 1 StR 266/10 – Urteil vom 19. Oktober 2010 (LG Bamberg)

BGHSt; Darlegungsvoraussetzungen an ein Einstellungsurteil wegen Verjährung (Verfahrensvoraussetzungen; Ermöglichung der Anfechtung durch Verfahrensbeteiligte und der Überprüfung durch das Revisionsgericht); gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug.

§ 260 Abs. 3 StPO; § 78 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1. In einem Einstellungsurteil wegen Verjährung sind die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Verfahrenshindernisses in einer revisionsrechtlich überprüfbar Weise festzustellen und zu begründen. (BGHSt)

2. Der Tatrichter ist verpflichtet, die Verfahrensvoraussetzungen zu prüfen und grundsätzlich so darzulegen, dass sie vom Revisionsgericht nachgeprüft werden können. Soweit zu dieser Überprüfung eine dem Tatrichter obliegende Feststellung von Tatsachen erforderlich ist, hat er diese rechtsfehlerfrei zu treffen und (gegebenenfalls) zu würdigen. Dieser Begründungszwang ergibt sich sowohl aus § 34 StPO wie aus der Natur der Sache. Würde man die pauschale, in tatsächlicher Hinsicht nicht näher belegte Angabe des Tatrichters, dass ein bestimmtes Verfahrenshindernis bestehe oder eine Verfahrensvoraussetzung fehle, für ausreichend erachten, so wäre der betreffende Verfahrensbeteiligte in Unkenntnis des vom Gericht als gegeben unterstellten, aber nicht mitgeteilten Sachverhalts in vielen Fällen gar nicht in der Lage, die Entscheidung sach- und formgerecht anzufechten. Ein derartiger sachlich-rechtlicher Mangel nötigt zur Aufhebung des Urteils und der ihm zugrunde liegenden Feststellungen. (Bearbeiter)

1126. BGH 4 StR 646/09 – Beschluss vom 10. August 2010 (ThürOLG)

BGHSt; besondere Zuwendung für Haftopfer (Antrag vor rechtskräftiger gerichtlicher Rehabilitierungsentscheidung).

§ 17a Abs. 4 Satz 1 StrRehaG; § 12 StrRehaG; § 25 Abs. 1 Satz 4 StrRehaG; § 13 Abs. 4 StrRehaG; § 121 Abs. 2 GVG

Die besondere Zuwendung für Haftopfer nach § 17a StrRehaG ist auch dann ab dem auf die Antragstellung an die zuständige Verwaltungsbehörde folgenden Monat auszuzahlen, wenn der Antrag gestellt wird, bevor eine rechtskräftige gerichtliche Rehabilitierungsentscheidung vorliegt. (BGHSt)

1114. BGH 4 StR 408/10 – Beschluss vom 20. September 2010 (LG Saarbrücken)

BGHR; Umfang des Verbrauchs der Strafklage (wiederholte Verwirklichung des Tatbestandes der Geldfälschung; entgegenstehende Rechtskraft; Inverkehrbringen); Strafzumessung bei Anstiftung zur Tat im Gegensatz zur Mittäterschaft.

Art. 103 Abs. 3 GG; § 146 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB; § 206a StPO; § 410 Abs. 3 StPO; § 26 StGB; § 46 StGB

1. Zum Umfang des Verbrauchs der Strafklage in Fällen der wiederholten Verwirklichung des Tatbestandes der Geldfälschung. (BGHR)
2. Ist der Angeklagte bereits wegen des Inverkehrbringens von Falschgeld hinsichtlich einer von ihm erlangten Falschgeldmenge rechtskräftig verurteilt, kann er infolge Art. 103 Abs. 3 GG nicht wegen eines erneuten Inverkehrbringens einer weiteren Teilmenge des erlangten Falschgeldes verurteilt werden. Stiftet er jedoch einen anderen zum Inverkehrbringen an, liegt kein Strafklageverbrauch vor. (Bearbeiter)
3. Die Tatbestandsvariante des Inverkehrbringens kann auch durch die Hingabe von Falschgeld als Sicherheit erfüllt werden. (Bearbeiter)
4. Mittäter nach § 146 Abs. 1 Nr. 3 StGB kann nur sein, wer bereits Mittäter des Delikts nach § 146 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StGB war. (Bearbeiter)

1066. BGH 1 StR 520/10 – Beschluss vom 3. November 2010 (LG Landshut)

BGHSt; Beweiswert einer kombinierten Analyse von Kern-DNA und mitochondrialer DNA (Beweiswürdigung).

§ 261 StPO

1. Zum Beweiswert einer kombinierten Analyse von Kern-DNA und mitochondrialer DNA. (BGHSt)
2. Zur Bestimmung der Wahrscheinlichkeit bei einer mtDNA-Übereinstimmung darf auf die nach wissenschaftlichen Maßstäben geführte Innsbrucker Datenbank EMPOP zurückgegriffen werden. (Bearbeiter)
3. Untersuchungsergebnisse zu zwei unterschiedlichen am Tatort aufgefundenen Arten von Erbsubstanzen dürfen im Sinne der Produktregel als Faktoren miteinander kombiniert werden, so dass eine durch Multiplikation nochmals gesteigerte Wahrscheinlichkeit für die Täterschaft des Angeklagten sprechen kann. (Bearbeiter)

1051. BGH 1 StR 373/10 – Beschluss vom 24. September 2010 (LG Mannheim)

BGHR; Spezialitätsgrundsatz bei Serienstraftaten (Europäischer Haftbefehl; Begriff der anderen Tat; Sachverhaltsschilderungen).

§ 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG; Art. 27 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI) – RB-EUHb

Zum Spezialitätsgrundsatz bei Serienstraftaten. (BGHR)

1103. BGH 4 StR 285/10 – Urteil vom 28. Oktober 2010 (LG Arnsberg)

Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität; kein Beweis des ersten Anscheins; keine in jeder Hinsicht erschöpfende Beweiswürdigung; Anforderungen an einen Freispruch); Körperverletzung mit Todesfolge.

§ 261 StPO; § 227 StGB

1. Eine Beweiswürdigung kann ihrer Natur nach nicht in dem Sinne erschöpfend sein, dass alle irgendwie denkbaren Gesichtspunkte und Würdigungsvarianten in den Urteilsgründen ausdrücklich abgehandelt werden. Dies ist von Rechts wegen nicht zu verlangen. Aus einzelnen denkbaren oder tatsächlichen Lücken in der ausdrücklichen Erörterung kann nicht abgeleitet werden, der Tatrichter habe nach den sonstigen Urteilsfeststellungen auf der Hand liegende Wertungsgesichtspunkte nicht bedacht (BGH, Urteil vom 23. Juni 2010 – 2 StR 35/10).

2. Das Revisionsgericht muss es grundsätzlich hinnehmen, wenn der Tatrichter einen Angeklagten freispricht, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Ihm allein obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen (BGHSt 21, 149, 151). Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind (BGHSt 29, 18, 20). Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.).

3. Bei einem Freispruch unterliegt der Überprüfung auch, ob der Tatrichter überspannte Anforderungen an die für die Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat. Schließlich kann ein Rechtsfehler in einem solchen Fall auch darin liegen, dass das Tatgericht nach den Feststellungen nicht nahe liegende Schlussfolgerungen gezogen hat, ohne tragfähige Gründe anzuführen, die dieses Ergebnis stützen können. Denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vorhanden sind (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ 2008, 575 m.w.N.). Erkennt der Tatrichter auf Freispruch, obwohl nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten ein ganz erheblicher Tatverdacht besteht, muss er in seine Beweiswürdigung und deren Darlegung die ersichtlich möglicherweise wesentlichen gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen und in einer Gesamtwürdigung betrachten (BGHSt 25, 285, 286).

1064. BGH 1 StR 500/10 – Beschluss vom 3. November 2010 (LG Kempten)

Unbegründetes Befangenheitsgesuch (Ablehnungsverfahren; rechtliches Gehör: Überraschungsurteil; Spannungen zwischen Gericht und Verteidiger [„sich aufmandelnder Verteidiger“]; Aushändigung und Kopie einer eingeschränkten Aussagegenehmigung); Verhandlungsleitung und Sachlichkeitsgebot.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 StPO; § 26a StPO; § 26 StPO; § 238 StPO; § 43a BRAO

1. Das Gesetz sieht für das Verfahren zur Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch lediglich die Herbeiführung einer dienstlichen Äußerung des abgelehnten Richters vor (§ 26 Abs. 3 StPO), die zur Gewährung des rechtlichen Gehörs dem Antragsteller mitzuteilen ist. Eine förmliche Beweisaufnahme über das Ablehnungsvorbringen findet hingegen nicht statt. Es ist vielmehr dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts überlassen, mit welchen Mitteln es sich Kenntnis von dem Bestehen oder Nichtbestehen der maßgeblichen Tatsachen verschaffen will. Haben sich die Tatsachen vor demselben Gericht ereignet, so kann dieses auf Grund eigener Wahrnehmungen ohne weiteres die Entscheidung treffen.

2. Das Gericht kann daher bei der Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs auch – ohne dem Verteidiger zuvor rechtliches Gehör zu gewähren – berücksichtigen, dass das Verhalten des Verteidigers bisher dadurch gekennzeichnet war, dass er mit der Verhandlungsführung des Vorsitzenden nicht einverstanden war, diesem mehrfach ins Wort fiel und sich gegenüber der Staatsanwältin an einem anderen Verhandlungstag unsachlich äußerte.

3. Dies gilt hinsichtlich des Instanzverteidigers, der die Hauptverhandlung selbst miterlebte, weil es ihn nicht überraschen konnte, dass das Tatgericht sein Auftreten bei der Bescheidung des Ablehnungsgesuchs berücksichtigte. Dies gilt aber auch für eine Verfahrensrüge, die ein anderer Verteidiger in der Revision erhebt. Der Revisionsverteidiger ist verpflichtet, sich bei seinem – insoweit auskunftspflichtigen – Kollegen über alle wesentlichen Vorgänge in der Hauptverhandlung zu erkundigen, um die Revision ordnungsgemäß begründen zu können.

4. Ein Verteidiger hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Übergabe von Kopien der Ermittlungs- und Gerichtsakten. Er kann sie sich bei Akteneinsichtnahme selbst fertigen. Gleichwohl wird sinnvoller Weise häufig anders verfahren, wenn dies aus Gründen der Fairness, der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung angezeigt erscheint.

5. Einzelfall, in dem die Verwendung des Begriffs „aufmandeln“ seitens eines Strafkammervorsitzenden gegenüber dem Verteidiger des Angeklagten den Eindruck der Befangenheit nicht zu begründen vermochte. „Mandeln Sie sich nicht so auf“ beinhaltet zwar eine gewisse Kritik (etwa: spielen Sie sich doch nicht so auf). Gerade durch die Verwendung der lokalen Sprachform wird dem Vorwurf aber die Schärfe genommen.

1038. BGH 3 StR 226/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Osnabrück)

Deal; Verständigung; Belehrung des Angeklagten über Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung (rechtsfehlerhaftes Unterlassen; Bindung des Gerichts; kein Verwertungsverbot für ein Geständnis); Dokumentation einer dem Urteil vorangehenden Verständigung in den Urteilsgründen; Beruhen.
§ 257c StPO; § 337 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Ein Urteil beruht auf einem Rechtsfehler, wenn es möglich erscheint oder nicht auszuschließen ist, dass es ohne den Rechtsfehler anders ausgefallen wäre. An dem Beruhen fehlt es nur, wenn die Möglichkeit, dass der Verstoß das Urteil beeinflusst hat, ausgeschlossen oder rein theoretisch ist.

2. Die Entscheidung über das Beruhen eines Urteils auf einem Rechtsfehler hängt insbesondere bei Verstößen gegen das Verfahrensrecht stark von den Umständen des Einzelfalls ab. Unterlässt das Gericht rechtsfehlerhaft die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO, so kommt es darauf an, ob das Geständnis hiervon beeinflusst ist, ob also der Angeklagte das Geständnis nicht oder mit anderem Inhalt abgegeben hätte, wenn er vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Gerichts, sich unter bestimmten Voraussetzungen von der Verständigung zu lösen, und über die sich daraus ergebenden Folgen aufgeklärt worden wäre.

3. Die Überzeugungsbildung des Gerichts wird bei Urteilen nach Verständigung in aller Regel maßgeblich auf dem Geständnis des Angeklagten aufbauen.

4. Dass ein Angeklagter nicht mit einer Strafe aus dem zugesicherten Strafrahmen rechnen kann, wenn er den Tatvorwurf nicht erwartungsgemäß gesteht, ist so selbstverständlich, dass eine fehlende Belehrung darüber das Aussageverhalten des Angeklagten regelmäßig nicht zu beeinflussen vermag.

5. Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO führt nicht zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich des nach dem Zustandekommen der Verständigung abgegebenen Geständnisses, da das Gesetz diese Wirkung allein an das Scheitern der Verständigung knüpft (§ 257c Abs. 4 StPO). Dementsprechend bleibt das Gericht jedoch trotz Verstoßes gegen § 257c Abs. 5 StPO an die Verständigung gebunden.

6. Es wird regelmäßig fernliegen, dass ein Urteil auf dem rechtsfehlerhaften (vgl. § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO) Unterlassen beruht, in den Urteilsgründen zu dokumentieren, dass dem Urteil eine Verständigung vorangegangen ist. Denn ob die schriftlichen Urteilsgründe diesen Hinweis enthalten, hängt von der richterlichen Sorgfalt bei deren Absetzung ab, die der Urteilsberatung und -verkündung zeitlich nachfolgt. Ausgeschlossen ist ein Beruhen des Urteils auf diesem Rechtsfehler jedoch nicht.

1039. BGH 3 StR 287/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Hannover)

Gespräche mit Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung (Verständigung; Besorgnis der Befangenheit; Recht auf ein faires Strafverfahren).

Art. 6 EMRK; § 257c StPO; § 24 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO

1. Zwar ist es einem Richter auch nach den Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren grundsätzlich nicht verwehrt, zur Förderung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten auch außerhalb der Hauptverhandlung Kontakt aufzunehmen. Dabei hat er jedoch die gebotene Zurückhaltung zu wahren, um jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden.

Dies gilt mit Blick auf einen möglichen Interessenkonflikt in besonderem Maße, wenn Gespräche mit einem Angeklagten unter Ausschluss eines vom selben Tatkomplex betroffenen Mitangeklagten geführt werden, der von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht oder die Tatvorwürfe bestreitet.

2. Haben solche Gespräche stattgefunden, so muss der Vorsitzende auch bei einem ergebnislosen Verlauf und unabhängig davon, ob neue Aspekte im Sinne des § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO zur Sprache gekommen sind, hierüber in der Hauptverhandlung umfassend und unverzüglich unter Darlegung der Standpunkte aller beim Gespräch anwesenden Verfahrensbeteiligten informieren. Nur auf diese Weise kann von vorneherein jedem Anschein der Heimlichkeit und der hieraus entstehenden Besorgnis der Befangenheit vorgebeugt und dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren Rechnung getragen werden.

1006. BGH 3 StR 226/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Osnabrück)

Urteilsgründe bei einer Verständigung (Mindestmaß an Sorgfalt; Angabe im Urteil; erforderliche Feststellungen; keine Heilung über die Anklageschrift; Einrückungen); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (eigennütziges Bemühen um ein eigenes Umsatzgeschäft); Revisionserstreckung auf Mitangeklagte.

§ 357 StPO; § 267 StPO; § 29a BtMG

1. Dass der Angeklagte seine Taten eingeräumt hat und dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist, ersetzt die erforderlichen Feststellungen nicht. Allein die Bereitschaft eines Angeklagten, wegen eines bestimmten Sachverhalts eine Strafe hinzunehmen, die das gerichtlich zugesagte Höchstmaß nicht überschreitet, entbindet das Gericht nicht von der Pflicht zur Aufklärung und Darlegung des Sachverhalts, soweit dies für den Tatbestand der dem Angeklagten vorgeworfenen Gesetzesverletzung erforderlich ist (BGH StV 2010, 60). Auch in einem solchen Fall bedarf es eines Mindestmaßes an Sorgfalt bei der Abfassung der Urteilsgründe (BGH, Beschluss vom 23. Juni 2010 – 2 StR 222/10).

2. Das Revisionsgericht ist nicht berechtigt, die im Urteil fehlenden Feststellungen unter Rückgriff auf die Anklageschrift oder die übrigen Aktenbestandteile zu ergänzen. Das gilt auch, wenn die Feststellungen durch „Einrücken“ eines Teils des Anklagesatzes in die Urteilsgründe aufgenommen worden sind. Eine solche Verfahrensweise des „Einrückens“ birgt die Gefahr, auf die richterliche Prüfung zu verzichten, ob die den objektiven und subjektiven Tatbestand erfüllenden Tatsachen in der Hauptverhandlung vollständig festgestellt worden sind. Sie gefährdet den Bestand des Urteils jedenfalls dann, wenn dem Anklagesatz nicht alle diese Tatsachen zu entnehmen sind oder wenn die Anklage nicht vollständig „eingerückt“ wird.

1049. BGH 1 StR 359/10 – Beschluss vom 11. Oktober 2010 (LG München I)

Gewerbsmäßige Untreue; Verständigung (Angabe einer Strafuntergrenze; Protokollrüge); Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs; Strafzumessung und Wiedergutmachung (Schuldanerkenntnis).

§ 266 Abs. 1, 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 46a StGB; § 46 StGB; § 257c StPO

1. Der Senat neigt zu der Auffassung, dass bei Mitteilung eines möglichen Verfahrensergebnisses (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO) stets ein Strafraum, also Strafober- und Strafuntergrenze, anzugeben ist (vgl. näher BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2010 – 1 StR 347/10 mwN).

2. Mit dem Hinweis, das Hauptverhandlungsprotokoll ergebe entgegen § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO nicht, ob eine Verständigung zustande gekommen sei, ist nicht prozessordnungswidriges Geschehen behauptet, sondern nur, dass das Protokoll nicht den Anforderungen des § 273 Abs. 1a StPO genüge. Eine „Protokollrüge“ ist unbehelflich, ein Urteil kann nicht auf dem Protokoll beruhen.

3. Ein nicht am tatsächlichen Schaden, sondern am Ermittlungsstand orientiertes und auch sonst zumindest sehr zögerliches Verhalten legt schon im Ansatz eine fakultative Strafraummilderung gemäß § 46a StGB nicht ohne weiteres nahe. Allein ein Schuldanerkenntnis oder gar dessen bloße Ankündigung können keine Grundlage eines Täter-Opfer-Ausgleichs in der Alternative des § 46a Nr. 2 StGB sein.

4. Auch wenn die Voraussetzungen von § 46a StGB fehlen, kann eine auf Zwangsvollstreckung beruhende Schadensbeseitigung oder (hier) -verringerung im Blick auf den letztlichen Erfolgswert der Tat für die Strafzumessung Bedeutung gewinnen. Auch ein Schuldanerkenntnis, oder – soweit als glaubhaft bewertet – die Ankündigung künftigen Verhaltens kann bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

1036. BGH StB 38/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Nachträglicher Rechtsschutz gegen Überwachung der Telekommunikation; Umfang der erforderlichen Akteneinsicht (angefochtene Entscheidungen in ungekürzter Form; Grundlagen der angefochtenen Entscheidung); rechtliches Gehör; in-camera-Verfahren.

§ 478 Abs. 1 StPO; § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG; § 101 Abs. 7 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 475 StPO; § 100a StPO

1. Im Rechtsbehelfsverfahren nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO richtet sich der Umfang des Akteneinsichtsrechts einer Person, die nicht am Ermittlungs- bzw. Strafverfahren im engeren Sinn beteiligt, sondern zufällig als Gesprächspartner von der heimlichen Überwachung der Telekommunikation betroffen ist, im Grundsatz nach §§ 475 ff. StPO mit der Einschränkung, dass bei Anwendung dieser Vorschriften in geeigneter Weise dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) Rechnung zu tragen ist. Deshalb hat sie das Recht, bevor eine Entscheidung in diesem Verfahren ergeht, Auskunft aus den Ermittlungsakten zu erhalten bzw. diese einzusehen, soweit dies für die konkrete Rechtsverfolgung unerlässlich ist. Ihrem Rechtsanwalt sind deshalb auf Antrag neben den vollständigen, ungekürzten Anordnungsbeschlüssen des Richters diejenigen Aktenstücke und Beweismittel zur Verfügung zu stellen, auf die sich die zu

überprüfende Entscheidung stützt und die die Anordnungsvoraussetzungen belegen, insbesondere den Anfangsverdacht einer Straftat aus dem Katalog des § 100a StPO begründen.

2. Des Weiteren müssen ihr, soweit sich der Antrag auch gegen die Rechtmäßigkeit des Vollzugs der Maßnahmen richtet, die Aktenbestandteile zur Verfügung gestellt werden, aus denen sich Art und Weise ihrer Durchführung ersehen lassen. Außerdem müssen ihr die sie betreffenden Erkenntnisse aus der heimlichen Ermittlungsmaßnahme und etwaige Verschriftungen von Tonaufnahmen oder Zusammenfassungen dieser Erkenntnisse zugänglich gemacht werden.

3. Soweit im Einzelfall das öffentliche Interesse, die bisherigen Ermittlungsergebnisse ganz oder zum Teil geheim zu halten, um die Aufklärung von Straftaten nicht zu gefährden, einer Akteneinsicht entgegensteht, ist die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme solange zurückzustellen, bis das Geheimhaltungsinteresse entfallen ist und deshalb Akteneinsicht gewährt werden kann. Ein „in camera“-Verfahren, in dem das zur Entscheidung berufene Gericht von entscheidungserheblichen Tatsachen oder Beweismitteln Kenntnis erlangen würde, zu denen sich der Antragsteller nicht äußern konnte, ist im Strafprozess auch zu § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO mit Art. 103 Abs. 1 GG unvereinbar.

1080. BGH 2 StR 354/10 – Beschluss vom 6. Oktober 2010 (LG Gießen)

Rechtsfolgen einer informellen Vereinbarung über mögliche Rechtsfolgen (Verfahrensabsprache; Deal; Vertrauensschutz; Würde des Gerichts); Kompensation rechtsstaatswidriger Verzögerungen nach dem Vollstreckungsmodell.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 257c StPO

1. Aus einer informellen Vereinbarung über mögliche Rechtsfolgen kann weder eine Bindung gemäß § 257c StPO noch ein durch das fair-trial-Gebot geschützter Vertrauenstatbestand entstehen.

2. Es ist zweifelhaft, ob durch die Beteiligung an einer solchen, § 257c StPO widersprechenden Absprache überhaupt ein Vertrauenstatbestand geschaffen werden könnte. Das gilt erst recht für „Angebote“ und Absprachen, welche sich auf Zusagen beziehen, die nach § 257c Abs. 2 schon ihrer Art nach gar nicht Gegenstand von Absprachen sein dürfen wie zum Beispiel einer „Halbstrafenaussetzung“ gemäß § 57 Abs. 2 StGB oder deren Befürwortung oder Beantragung.

3. Die Vorlage – gegebenenfalls mehrfach – „nachgebesselter Angebote“ von Seiten des Gerichts zur Erlangung von verfahrensabkürzenden Geständnissen ist regelmäßig nicht tunlich. Erfolgen solche Angebote in der Weise, dass ein immer günstigerer Verfahrensausgang angeboten wird, je länger Beschuldigte früheren Angeboten „nicht näher treten“, so führt dies sowohl in der Darstellung gegenüber den Verfahrensbeteiligten als auch in der öffentlichen Wahrnehmung leicht zu einem Eindruck

eines „Aushandelns“ des staatlichen Strafausspruchs, das mit der Würde des Gerichts kaum vereinbar ist.

1010. BGH 3 StR 370/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung und Recht auf konkrete und wirkungsvolle Verteidigung (unzulässige Verwertung zulässigen Verteidigungsverhaltens); Teilschweigen; Nichtentbindung eines Verteidigers von der Schweigepflicht.

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 261 StPO; § 136 StPO

1. Die Weigerung des Angeklagten, einen früheren Verteidiger von der Schweigepflicht zu entbinden, dessen frühere Stellungnahme im Verfahren sich der Angeklagte nicht im Rahmen seiner Einlassung zu eigen gemacht hat und auf den er auch nicht zu seiner Entlastung Bezug genommen hat, darf nicht zulasten des Angeklagten gewertet werden.

2. Schweigt ein Angeklagter nicht umfassend, sondern macht er zu einem bestimmten Sachverhalt eines einheitlichen Geschehens Angaben zur Sache und unterlässt insoweit lediglich die Beantwortung bestimmter Fragen, so kann dieses Schweigen (sog. Teilschweigen) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von indizieller Bedeutung sein (BGHSt 38, 302, 307). Diese Grundsätze über die Verwertbarkeit des Teilschweigens können aber nicht unbeschränkt auf die Bewertung des sonstigen prozessualen Verhaltens eines Angeklagten, der sich zur Sache einlässt, übertragen werden. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Januar 2000 (BGHSt 45, 367, 369) dürfen nachteilige Schlüsse aus der Wahrnehmung prozessualer Rechte durch einen Angeklagten jedenfalls dann nicht gezogen werden, wenn dieses Prozessverhalten nicht in einem engen und einem isolierten Bewertungszusammenhang mit dem Inhalt seiner Einlassung steht.

3. Handelt es sich bei dem Beweisthema, hinsichtlich dessen der ehemalige Verteidiger von seiner Schweigepflicht entbunden werden sollte, um ein vertrauliches, potentiell tatrelevantes Gespräch zwischen Angeklagtem und Verteidiger betraf, verstößt die nachteilige Wertung der Weigerung des Angeklagten, seinen Verteidiger von der Schweigepflicht zu entbinden, auch gegen das durch Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK und das Rechtsstaatsprinzip verfassungsrechtlich verbürgte Recht des Angeklagten auf Beiziehung eines Verteidigers (BGHSt 45, 367, 370).

1115. BGH 4 StR 412/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Halle)

Verfahrenshindernis der Spezialität (Auslieferungsbewilligung; Schweiz; Beachtung auf die Sachrüge).

§ 206a StPO; § 260 Abs. 3 StPO; Art. 38 Abs. 1 a des schweizerischen Rechtshilfegesetzes

1. Das aus der Spezialitätsbindung folgende Verfahrenshindernis ist auf die Sachrüge hin von Amts wegen zu beachten (BGHSt 19, 118, 119).

2. Die auslieferungsrechtliche Spezialität hindert im Verhältnis zur Schweiz grundsätzlich nicht, dass ein und dieselbe verfolgbare Tat unter einem anderen oder zu

sätzlichen (auslieferungsfähigen) rechtlichen Gesichtspunkt gewertet wird, als die ausländischen Behörden nach ihren Rechtsvorstellungen bei der Auslieferung zugrunde gelegt haben (vgl. BGHR StPO vor § 1/Verfahrenshindernis Spezialität 3). Art. 38 Abs. 1 a des schweizerischen Rechtshilfegesetzes stellt für den Umfang der Auslieferungsbewilligung auf die „Handlung“ ab.

1106. BGH 4 StR 307/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Bochum)

Erforderliche Feststellungen in den Urteilsgründen (geschlossene Darstellung; gesetzliche Merkmale der Straftat); versuchte Nötigung; Betrug; Nachstellung (Kausalität; Doppelverwertungsverbot).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 240 StGB; § 22 StGB; § 263 StGB; § 238 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Das bedeutet, dass der festgestellte Sachverhalt – in einem geschlossenen Abschnitt – so darzustellen ist, wie er sich nach Überzeugung des Gerichts abgespielt hat; zum inneren und äußeren Tatgeschehen sind Tatsachen mitzuteilen, so dass dem Revisionsgericht die Überprüfung der rechtlichen Würdigung ermöglicht wird (BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Sachdarstellung 1; Beschluss vom 23. Juni 1993 – 5 StR 326/93).

2. Die bloße Benennung gesetzlicher Merkmale kann die Darlegung der zugrunde liegenden Tatsachen zum äußeren und inneren Tatgeschehen jedoch nicht ersetzen. Die gebotene rechtliche Überprüfung im Revisionsverfahren ist dem Senat so nicht möglich.

3. Die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung muss bei § 238 StGB kausal durch die jeweilige Nachstellungshandlung herbeigeführt werden. Lediglich bei § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB reicht auch der Versuch der Kontaktaufnahme (mit Telekommunikationsmitteln) aus.

4. Bereits der objektive Tatbestand der Nachstellung setzt gravierende und ernstzunehmende Folgen für das Opfer voraus, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen (vgl. BGH NJW 2010, 1680, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt). Der straferschwerenden Berücksichtigung dieses Umstandes sind daher schon im Hinblick auf § 46 Abs. 3 StGB Grenzen gesetzt.

1050. BGH 1 StR 369/10 – Beschluss vom 25. Oktober 2010 (LG Konstanz)

Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Kindern (Aussage gegen Aussage; mangelnde Aussagekonstanz; Begründungsbedarf).

§ 261 StPO; § 174 StGB

Der Tatrichter muss sich in der Fallkonstellation, in der „Aussage gegen Aussage“ steht, bewusst sein, dass er die Angaben der einzigen Belastungszeugin, die nicht durch zusätzliche Indizien belegt sind, einer besonderen Glaubhaftigkeitsprüfung zu unterziehen hat. Eine lücken-

lose Gesamtwürdigung der Indizien ist dann von besonderer Bedeutung (vgl. BGHR StPO § 261 Indizien 1, 2; BGH StV 1996, 582; 1997, 513; NStZ-RR 1998, 15). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 1, 13; § 267 Abs. 1 Satz 1 Beweisergebnis 8; BGH StV 1995, 6, 7; 1997, 513). Dies gilt besonders, wenn die einzige Belastungszeugin in der Hauptverhandlung ihre Vorwürfe ganz (BGH, Beschluss vom 17. Dezember 1997 – 2 StR 591/97) oder teilweise nicht mehr aufrechterhält, der anfänglichen Schilderung weiterer Taten nicht gefolgt wird (vgl. BGH NStZ 1996, 294; NJW 1996, 206) oder sich sogar die Unwahrheit eines Aussageteils herausstellt. Der Tatrichter muss dann jedenfalls regelmäßig außerhalb der Zeugenaussage liegende gewichtige Gründe nennen, die es ihm ermöglichen, der Zeugenaussage im Übrigen dennoch zu glauben.

1057. BGH 1 StR 449/10 – Beschluss vom 3. November 2010 (LG Augsburg)

Aufklärungspflicht und Verständigung (unterbliebene Belehrung über die Rechtsfolgen der Verständigung; Vertrauensschutz; Aufklärungen zur Schuldfähigkeit des Angeklagten nach Abschluss einer Verständigung).

Art. 6 EMRK; § 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1. Eine Vereinbarung gemäß § 257c StPO lässt die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) unberührt, § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO. In diesem Sinne ist eine Überprüfung der Schuldfähigkeit des Angeklagten durch Anhörung eines Sachverständigen auch nach einer Verständigung unproblematisch, selbst wenn dem Angeklagten in früheren Urteilen bereits eine verminderte Schuldfähigkeit tatbezogen zugebilligt wurde. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Angeklagter gehindert sein könnte, auf das Ergebnis einer Beweisaufnahme einzuwirken, die das Gericht trotz einer vorangegangenen, nicht etwa unzulässig auf eine „Punktstrafe“ gerichteten (vgl. BGHSt 51, 84, 86 mwN) Verständigung durchführt, also offenbar als für das Urteil bedeutsam ansieht.

2. Ob ein Urteil auch abseits der von § 257c Abs. 4 StPO erfassten Fallgestaltungen auf einer entgegen § 257c Abs. 5 StPO unterbliebenen Belehrung beruhen kann, bleibt offen.

1048. BGH 1 StR 347/10 – Beschluss vom 8. Oktober 2010 (LG Regensburg)

Mangelnde Belehrung über Rechtsfolgen der Verständigung (Beruhen); gebotene Angabe einer Strafuntergrenze (mangelnde Beschwer des Angeklagten; Beschwer der Staatsanwaltschaft).

§ 257c Abs. 3 Satz 2, Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 337 StPO

1. Die Vereinbarung einer bestimmten Strafe (sog. Punktstrafe) bleibt nach der gesetzlichen Neuregelung des Verständigungsverfahrens nach wie vor unzulässig. Es sprechen gewichtige Gründe dafür, dass das Gericht zudem gemäß § 257 Abs. 3 Satz 2 StPO nach fallbezogener Verengung des gesetzlichen Strafrahmens stets einen

konkreten Rahmen für die schuldangemessene Strafe, bestehend aus einer Strafober- und einer Strafuntergrenze, anzugeben hat.

2. Die Benennung einer Strafuntergrenze trägt vordringlich den Interessen der Staatsanwaltschaft Rechnung, deren Zustimmung für das Zustandekommen einer Verständigung im Unterschied zu der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des § 257c StPO nunmehr unerlässlich ist. Fehlt es an der Angabe einer Strafuntergrenze durch das Gericht, kann dies in der Regel nur von der Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Revision zum Nachteil des Angeklagten beanstandet werden. Eine Ausnahme davon ist jedenfalls dann nicht angezeigt, wenn weder Anhaltspunkte dafür ersichtlich noch vorgetragen sind, dass der Angeklagte im Fall der Angabe einer Strafuntergrenze durch das Gericht der Verständigung nicht zugestimmt hätte.

1065. BGH 1 StR 510/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Mannheim)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Darlegung des Hindernisses bei einer Verfahrensabsprache; Verteidigerverschulden; Glaubhaftmachung); Recht auf ein faires Verfahren (effektive Verteidigung; Vertrauensschutz).

§ 44 StPO; § 257c StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG

Beruft sich der Angeklagte darauf, dass sein früherer Verteidiger aus ihm unbekanntem Gründen keine Revision eingelegt habe, obwohl er ihn ausdrücklich darum gebeten habe, so genügt dies für den Vortrag eines Hindernisses nicht, wenn nicht zugleich behauptet wird, dass der Verteidiger die Einlegung des Rechtsmittels auch zugesagt habe. Auf entsprechende Darlegungen kann jedenfalls dann nicht verzichtet werden, wenn das Urteil auf einer Verständigung mit den Verfahrensbeteiligten beruht.

1042. BGH 5 StR 319/10 – Urteil vom 27. Oktober 2010 (LG Berlin)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (lebensfremde Feststellungen; Grenzen der Revisibilität); Darlegungspflicht zum Vorleben des Angeklagten); Aufgabenverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO; § 337 StPO

1. Nach der durch §§ 261 und 337 StPO vorgegebenen Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht kommt es nicht darauf an, ob das Revisionsgericht – hätte es eine eigene Beweiswürdigung vorzunehmen – angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Daran ändert sich nicht einmal dann etwas, wenn eine vom Tatrichter getroffene Feststellung lebensfremd erscheinen mag.

2. Dem Revisionsgericht ist es verwehrt, einen vom Tatrichter im Rahmen der Beweiswürdigung hergestellten Zusammenhang von bewusst unwahrer Aussage im Randbereich und Qualitätsmängeln im Kernbereich der Aussage eines Zeugen in Frage zu stellen. Diesen Zu-

sammenhang zu bewerten, gehört zum Kern tatrichterlicher Beweiswürdigung.

1033. BGH 3 StR 562/08 – Beschluss vom 30. Juli 2009 (LG Krefeld)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande); Anwesenheit des Angeklagten; Beurlaubung (Verhandlung gegen mehrere Mitglieder einer Bande).

§ 231c StPO; § 230 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 29a BtMG; § 30a BtMG

Der Bundesgerichtshof hat wiederholt darauf hingewiesen, dass von der Möglichkeit der Beurlaubung nach § 231c StPO nur äußerst vorsichtig Gebrauch gemacht werden sollte, weil diese Verfahrensmaßnahme leicht einen absoluten Revisionsgrund schaffen kann (BGH bei Holtz MDR 1979, 807; bei Miebach NSTZ 1989, 219; BGHR StPO § 231c Betroffensein 1; BGH NSTZ 1981, 111). Dem Senat erscheint es ausgeschlossen, von § 231c StPO im Rahmen eines Strafverfahrens Gebrauch zu machen, das sich gegen mehrere Angeklagte wegen bandenmäßiger Begehung von Straftaten richtet.

1111. BGH 4 StR 388/10 – Beschluss vom 28. Oktober 2010 (LG Hagen)

Wirksame Revisionsrücknahme (Ermächtigung des Verteidigers: Nachweis; Verhandlungsfähigkeit).

§ 302 StPO

Eine bestimmte Form ist für die Ermächtigung zur Rücknahme der Revision nicht vorgeschrieben. Für den Nachweis der Ermächtigung, der noch nach Abgabe der Erklärung geführt werden kann, genügt die anwaltliche Versicherung des Verteidigers.

1023. BGH 3 StR 350/09 – Beschluss vom 24. September 2009 (LG Kiel)

Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft (grob fahrlässig verursachte Maßnahmen; dringender Tatverdacht).

§ 8 Abs. 3 Satz 2 StrEG, § 464 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 5 Abs. 2 StrEG

1. Der Anspruch auf Entschädigung für erlittene Strafverfolgungsmaßnahmen entfällt nur, wenn der Beschuldigte sie durch die Tat oder durch sein Prozessverhalten herausgefordert hat. Dazu muss er in ungewöhnlichem Maße die Sorgfalt außer Acht gelassen haben, die ein verständiger Mensch in gleicher Lage anwenden würde, um sich vor Schaden durch die Strafverfolgungsmaßnahme zu schützen.

2. Zum Ausschluss der Entschädigung für eine freiheitsentziehende Maßnahme genügt es nicht, dass der Beschuldigte sich irgendwie verdächtig gemacht hat, vielmehr muss er durch eigenes Verhalten einen wesentlichen Ursachenbeitrag zur Begründung des dringenden Tatverdachts geleistet haben.

3. Beim Ausspruch von Entschädigung für freiheitsentziehende Maßnahmen ist auch deren Zeitraum zu bezeichnen.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1055. BGH 1 StR 424/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Mannheim)

BGHR; Umfang der erforderlichen Feststellungen bei der Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in Fällen der Nichtzahlung ordnungsgemäß angemeldeter Sozialversicherungsbeiträge (Ausschluss geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse; Beitragsnachweis; Rechtsanwendung durch das Gericht).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 8 SGB IV; § 28f Abs. 3 Satz 1 SGB IV; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Zum Umfang der erforderlichen Feststellungen bei der Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt i.S.v. § 266a Abs. 1 StGB in Fällen der Nicht-Zahlung ordnungsgemäß angemeldeter Sozialversicherungsbeiträge. (BGHR)

2. Für die genannten Fälle ist typisch, dass der Arbeitgeber die Beitragsnachweise für die ordnungsgemäß gemeldeten Arbeitnehmer bei der zuständigen Krankenkasse einreicht und lediglich in der Folge die auf der Grundlage der Beitragsnachweise geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nicht zahlt. Tathandlung ist insoweit – anders in Fällen illegaler Beschäftigung, bei denen der Arbeitgeber die von ihm beschäftigten Arbeitnehmer nicht oder nicht in richtigem Umfang meldet – die schlichte Nicht-Zahlung der geschuldeten Beiträge; weitere Unrechtselemente enthält das Tatbestandsmerkmal des Vorenthaltens in diesen Fällen nicht. (Bearbeiter)

3. Für Fälle dieser Art besteht – soweit die Taten nach dem 1. April 2003 datieren – nach Auffassung des Senats entgegen früherer Rechtsprechung grundsätzlich kein Anlass, im Urteil umfangreiche Feststellungen über die Anzahl der Beschäftigten, deren Beschäftigungszeiten, das zu zahlende Arbeitsentgelt und zur Höhe des Beitragssatzes der zuständigen Krankenkasse zu treffen. Vielmehr bedarf es in solchen Fällen – anders als in Fällen illegaler Beschäftigungsverhältnisse – neben den Feststellungen, aus denen sich die Arbeitgeberstellung des Täters und – daraus folgend – die diesem obliegenden Meldepflichten gegenüber den Sozialversicherungsträgern ergeben, in der Regel lediglich der Feststellung der Höhe der vorenthaltenen Gesamtsozialversicherungsbeiträge und der darin enthaltenen Arbeitnehmeranteile, der durch das Vorenthalten geschädigten Krankenkasse sowie der Beitragsmonate, in denen die Arbeitnehmeranteile vorenthalten wurden. (Bearbeiter)

4. In Fällen der vorliegenden Art kann sich aufgrund der vorgenannten Umstände regelmäßig auch die Beweiswürdigung darauf beschränken, darzulegen, dass seitens des Arbeitgebers Beitragsnachweise eingereicht wurden, in denen die Sozialversicherungsbeiträge in der festge-

stellten Höhe ausgewiesen sind. Lediglich dann, wenn aufgrund der Einlassung des Angeklagten oder anderweitiger besonderer Umstände Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die im Beitragsnachweis ausgewiesenen Sozialversicherungsbeiträge nicht den tatsächlich geschuldeten entsprechen, wird das Tatgericht gehalten sein, die getroffenen Feststellungen eingehender, z.B. unter Berücksichtigung der kaufmännischen Erfahrung des Arbeitgebers oder der Ergebnisse durchgeführter Betriebsprüfungen nach § 28p Abs. 1 SGB IV, zu belegen. Denn weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst ist es geboten, zugunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichenden Anhaltspunkte erbracht sind (st. Rspr.; vgl. nur BGH wistra 2010, 310 mwN). (Bearbeiter)

1097. BGH 4 StR 150/10 – Urteil vom 30. September 2010

Untreue (Vermögensnachteil; Verwendung verbleibender Drittmittel; Vermögensbetreuungspflicht des Hochschullehrers), Betrug (Irrtum; Vermögensverfügung; Kausalität und Unmittelbarkeit; Vermögensschaden und Subventionsbetrug durch die Einwerbung und die Verwendung von Drittmitteln bzw. Subventionen; Anforderungen an einen Freispruch (Darstellung des Vorwurfs; zusammenhängende Wiedergabe der Einlassung der Angeklagten und deren Würdigung unter Berücksichtigung aller Umstände; lückenhafte Beweiswürdigung).

§ 263 StGB; § 264 StGB; § 266 StGB; § 261 StPO; § 101 des Gesetzes über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW)

1. Nach § 101 Abs. 6 HG NRW 2000 (entspricht dem geltenden § 71 Abs. 6 HG NRW) stehen finanzielle Erträge der Hochschule aus (drittmittelfinanzierten) Forschungsvorhaben, die in der Hochschule durchgeführt werden, insbesondere aus Einnahmen, die der Hochschule als Entgelt für die Inanspruchnahme von Personal, Sachmitteln und Einrichtungen zufließen, der Hochschule für die Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung. Finanzielle Erträge oder auch „freie“ Drittmittelreste fließen weder dem Drittmittelgeber noch dem Drittmittelforscher zu, sondern verbleiben haushaltsrechtlich der Hochschule. Ein Vermögensschaden kann daher auch darin liegen, dass noch nahezu vollständig vorhandene und damit „freie“ Drittmittel nicht dem Haushalt der Universität nach Abschluss der Projekte zugeführt wurden.

2. Ein Lehrstuhlinhaber ist gemäß § 101 Abs. 6 HG NRW verpflichtet, der Hochschule gegenüber die nach Abschluss der jeweiligen Projekte noch verbleibenden Drittmittel zu offenbaren. Durch das Nichtoffenbaren unbekannter vorhandener Drittmittel entsteht der Hoch-

schule auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen ein Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB, weil sie auf ihr gemäß § 101 Abs. 6 HG NRW 2000 zustehende Vermögenswerte keinen Zugriff nehmen konnte. Die eventuelle Rückführung der entzogenen Mittel ist allenfalls eine Schadenswiedergutmachung (vgl. BGHSt 52, 323, 336 ff.).

3. Zur Kausalität des Irrtums für die getroffene Vermögensverfügung bei mehraktigen Verfügungen (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 29).

4. Liegt ein zweckwidriger Einsatz öffentlicher Mittel vor, so kann darin bereits ein Schaden liegen, weil die zweckgebundenen Mittel verringert wurden, ohne dass der Zweck erreicht wurde (BGHSt 43, 293, 297 f.; BGH NStZ 2001, 248, 251). Maßgeblich für die Beurteilung ist der Zeitpunkt, zu dem die Gelder beim Zuwendungsempfänger eingegangen sind (vgl. BGHSt 40, 287, 298; BGH NStZ 2001, 248, 251).

1087. BGH 2 StR 382/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (bandenmäßige Begehung; Bandenhandel; eingespieltes Bezugs- und Absatzsystem).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG

Das auf Dauer angelegte Zusammenwirken mehrerer selbständiger, eigene Interessen verfolgender Geschäftspartner begründet beim Betäubungsmittelhandel auch dann noch keine Bande im Sinne dieser Vorschriften, wenn es auf Grund entsprechender, über das einzelne Geschäft hinaus reichender Abreden zu einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem und damit letztlich zu einer organisatorischen Struktur führt (BGHSt 42, 255, 259).

Aufsätze und Anmerkungen

Zum „Recht des Untersuchungshaftvollzugs“ i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG

Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 9. Februar 2010, Az.: 1 Ws 37/10

Von Dr. Nina Nestler, Universität Würzburg

I. Einführung

„Die Vorschrift des § 119 StPO i. d. F. vom 29. Juli 2009 findet in Niedersachsen für den Bereich der Untersuchungshaft keine Anwendung.“ Zu diesem Ergebnis gelangt das OLG Celle in einem Beschluss vom 9. Februar 2010.¹ Die durch Beschwerde der Staatsanwaltschaft angegriffene landgerichtliche Entscheidung² betraf unter anderem die Kontrolle des Brief- und Paketverkehrs sowie die optische und akustische Besuchsüberwachung in der Untersuchungshaft. Auf Grundlage von § 119 Abs. 1 StPO n. F. hatte das LG eine Reihe einzelner Anordnungen zur Abwehr von Haftgründen i. S. d. §§ 112, 112a StPO gegenüber dem in Untersuchungshaft befindlichen Angeschuldigten getroffen, deren Ausführung es nur zum Teil und widerruflich der Staatsanwaltschaft übertrug. Im Übrigen, insbesondere hinsichtlich der Überwachung des Schrift- und Paketwechsels sowie der Erlaubniserteilung für Besuchsempfang und Telekommunikation, verblieb dies Aufgabe des Gerichts.

¹ OLG Celle StV 2010, 194 ff.

² LG Hildesheim 26 KLS 19 Js 30791/09, Beschluss v. 4.1.2010.

Das OLG Celle vertritt – anders als die Vorinstanz – die Auffassung, dass „nachdem das Land Niedersachsen durch Erlass des NJVollzG mit den Regelungen zum Vollzug der Untersuchungshaft³ von der ihm nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zustehenden Gesetzgebungskompetenz in zulässiger Weise Gebrauch gemacht hat ... dieses Landesrecht nicht durch die Neufassung des § 119 StPO verdrängt werden“ könne und hält die letztgenannte Norm der Strafprozessordnung damit insoweit für unanwendbar.⁴ In der Konsequenz sollen in Niedersachsen allein §§ 133 ff. NJVollzG Anwendung finden, die in § 146 Abs. 1 S. 1 NJVollzG unter anderem eine generelle Überwachung des Schriftwechsels vorsehen und somit in ihrer Reichweite zum Teil über § 119 Abs. 1 StPO hinausgehen. Soweit die niedersächsischen Regelungen Eingriffe gestatten, nehmen sie durchaus Bezug auf den „Zweck der Untersuchungshaft“ (vgl. z. B. §§ 137 Abs. 1 S. 1, 144 Abs. 1 S. 2 NJVollzG) und konkretisieren somit den Wirkungsbereich der aus den Haftgründen nach §§ 112, 112a StPO folgenden Beschränkungen. Als logische Folge dieser Auffassung könnte sich eine Rechtszer-

³ §§ 133 bis 169 NJVollzG.

⁴ OLG Celle StV 2010, 194.

splitterung im Umgang mit den Haftgründen und insbesondere ihrer Reichweite entwickeln, die an dieser Stelle weder wünschenswert noch zweckmäßig wäre.⁵

II. Analyse der Entscheidungsgründe

Die Entscheidung ist allerdings im Ergebnis wie auch in der dahin führenden Begründung kritisch zu betrachten. Das OLG Celle wendet – methodisch insoweit nicht zu beanstanden – im Rahmen der Argumentation verschiedene Auslegungsmethoden an, die seine Auffassung bestätigen sollen. Den Ausgangspunkt bildet zunächst, dass die Gesetzgebungskompetenz für die Regelung des Untersuchungshaftvollzugs nach der Föderalismusreform bei den Ländern liegt; das gerichtliche Verfahren (im Übrigen) zu normieren, obliegt weiterhin dem Bund, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.⁶ Nun stellt sich die Frage, zu welchem der beiden Bereiche – Strafverfahren oder Vollzug – die hier verfahrensgegenständlichen Einzelfallanordnungen zählen. Dies erscheint im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft besonders problematisch, da ihre Anordnung einerseits zwar der Verfahrenssicherung dient und somit eindeutig Verfahrensbezug aufweist, andererseits aber auch ihr Vollzug einer Ausgestaltung bedarf. Beschränkungen, die dem Inhaftierten auferlegt werden, mögen dabei der Verhinderung von Haftgründen und folglich der Sicherung des Verfahrens geschuldet sein; sie können aber auch ausschließlich den Ablauf des Haftalltags sowie die Sicherheit und Ordnung in der Justizvollzugsanstalt betreffen, d. h. vom eigentlichen Strafverfahren unabhängig sein. Entscheidend kommt es somit darauf an, ob bei der Einordnung solcher Maßnahmen deren jeweiliger Zweck (hier: Abwendung eines Haftgrundes) als maßgeblich berücksichtigt werden muss. Das OLG Celle umschreibt dies als engen Begriff des Untersuchungshaftvollzugsrechts, während der weite Begriff eine derartige Einbeziehung des Anordnungszwecks ausschließt.⁷

1. Grammatische Auslegung

Das OLG Celle beginnt seine Argumentation mit einer grammatischen Auslegung: Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Bevölkerung – der für die Auslegung (vor allem) von Verfassungsrecht ohnehin nur untergeordnete Bedeutung erlangt⁸ – seien unter „Vollzug von Untersuchungshaft“, ähnlich wie bei dem Begriff des Strafvollzugs, alle hoheitlichen Maßnahmen zu verstehen, „die einen Verdächtigen treffen, weil und solange er in einer Justizvollzugsanstalt eingesperrt ist“.⁹ Bereits dieser Definitionsansatz greift aber zu kurz, weil er etwa die Verbringung in die Haft aus dem Begriff herausnimmt. Er unterstellt somit, der allgemeine Sprachgebrauch treffe eine Differenzierung zwischen dem Vorgang der Inhaftierung bzw. der Ingewahrsamnahme des Angeeschuldigten und der Ausgestaltung der Haft als solcher.

⁵ Siehe dazu sogleich Abschn. III.

⁶ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Föderalismusreformgesetz) vom 28. August 2006, BGBl. I/2006, Nr. 41, S. 2034.

⁷ OLG Celle StV 2010, 194, 195.

⁸ Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. (2009), Einl. Rn. 12.

⁹ OLG Celle StV 2010, 194, 195.

Realistisch ist dies jedoch kaum; vielmehr liegt nahe, dass nach dem gängigen Wortsinn bereits der Verbringungs Vorgang in die Untersuchungshaft zu deren „Vollziehung“ zählt. Vollziehung und Vollzug werden jedoch gemeinhin als Synonyme verwendet.

Sein Ergebnis stützt das OLG Celle zudem auf die Erwägung, der juristische Laie unterscheide nicht nach der Zweckrichtung der jeweiligen Maßnahme, d. h. er grenze nicht danach ab, ob es sich um Beschränkungen handelt, welche der Zweck der Untersuchungshaft erfordert, oder ob eine sonstigen Zielen im Zusammenhang mit der Einsperrung dienende Maßnahme vorliegt. Schon eine Unterscheidung zwischen Vollzugsrecht und Verfahrensrecht kennt jedoch der allgemeine Sprachgebrauch jedenfalls in diesem konkreten Zusammenhang nicht – da es im Gegensatz zum Untersuchungshaftvollzugsrecht keinen Begriff des „Untersuchungshaftverfahrensrechts“ gibt. Wenn hier aber bereits eine Abgrenzung zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Inhaftierung terminologisch nicht stattfindet, dann kann freilich dem Fehlen einer weiteren darauf aufbauenden Differenzierung für deren Erforderlichkeit nur eine äußerst begrenzte Aussagekraft zukommen.

Zum juristischen Sprachgebrauch führt der Senat aus, auch hier sei nie eine weitergehende Abgrenzung bei den einen Untersuchungshäftling zusätzlich zur Einsperrung treffenden Eingriffen vorgenommen worden. Daher habe die Praxis bisher auch sämtliche diesbezüglichen Maßnahmen auf § 119 StPO a. F. gestützt.¹⁰ Dass nun aber § 119 StPO a. F. als Rechtsgrundlage herangezogen wurde, überrascht keineswegs, war eine andere Norm als taugliche Grundlage bislang schlichtweg nicht vorhanden, wenngleich unzweifelhaft die Notwendigkeit zum Erlass von derlei Anordnungen bestand. Eine entsprechende Differenzierung zwischen zur Verfügung stehenden Rechtsgrundlagen nach dem jeweiligen Zweck einer Maßnahme war somit weder veranlasst noch möglich. Es verwundert daher auch nicht, dass sich in der juristischen Terminologie eine Unterscheidung, wie sie das OLG Celle vermisst, nicht herausbilden konnte.

Der Senat rekurriert weiter darauf, sämtliche Maßnahmen nach der UVollzO seien bisher einheitlich dem Untersuchungshaftvollzugsrecht zugeordnet worden. Es erscheint schon nicht unproblematisch, Verwaltungsvorschriften zur Auslegung von Verfassungsrecht heranzuziehen.¹¹ Dieser Verweis des Gerichts verliert zudem an Gewichtigkeit, wenn man bedenkt, dass die Strafprozessordnung selbst vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts¹² keine solche Differenzierung traf, die UVollzO als bloße Verwaltungsvorschrift aber lediglich auf die dort bestehenden Vorschriften Bezug nimmt. Somit liefert eine Zuordnung der UVollzO zum Untersuchungshaftvollzugsrecht zwar möglicherweise ein Indiz zur Beurteilung des Falls, erlaubt aber keinesfalls eine Schlussfolgerung, wie sie das OLG Celle erwägt.

¹⁰ OLG Celle StV 2010, 194, 196.

¹¹ Jarass/Pieroth, a.a.O. (Fn. 8), Einl. 12.

¹² Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009, BGBl. I/2009, S. 2274.

Auch die Rechtsprechung des BVerfG wird ausgewertet. So legt der erste Strafsenat des OLG Celle unter Bezugnahme auf dessen frühere Entscheidungen dar, Maßnahmen wie die verfahrensgegenständlichen seien ausdrücklich dem Vollzug der Untersuchungshaft zugeordnet worden.¹³ Zum Nachweis zitiert werden allerdings verfassungsgerichtliche Entscheidungen, denen kein vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde lag, d. h. die mit Anordnungen in der Untersuchungshaft überhaupt nicht zusammenhängen. Vielmehr hatte die zuerst genannte Entscheidung BVerfGE 34, S. 369 ff. den Vollzug einer einstweiligen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zum Gegenstand; zudem betraf die dort untersuchte Maßnahme ausdrücklich die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt und somit unzweifelhaft den rein vollzuglichen Bereich ohne jeden Konnex zu etwaigen Haftgründen, wie ihn § 119 Abs. 1 StPO n. F. vorsieht. In concreto ging es dort um den Empfang von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln, den „die Ordnung in der Vollzugsanstalt“¹⁴ in der Regel nicht zulasse. In der bekannten, vom OLG Celle ebenfalls bemühten Entscheidung BVerfGE 109, S. 190 ff., geht das BVerfG – weil insoweit durch den Sachverhalt auch nicht veranlasst – mit keinem Wort auf die Untersuchungshaft ein.¹⁵

2. Historische Auslegung

Das OLG Celle führt weiter aus, eine Differenzierung nach dem Zweck der jeweiligen Maßnahme könne nicht aus dem Willen des Gesetzgebers abgeleitet werden. Die Gesetzesbegründung¹⁶ bilde keine taugliche Quelle, diese Unterscheidung zu stützen, da es für die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz allein auf den Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers ankomme.¹⁷ Diese Aussage ist zweifellos zutreffend, aber für die hier zu erörternde Problematik jedenfalls insoweit zu pauschal, als für die Frage, wie § 119 Abs. 1 StPO n. F. zu verstehen sein muss, durchaus der Wille desjenigen Gesetzgebers maßgeblich ist, der eben diese Norm erlassen hat. Hiervon unterscheiden lässt sich das (vorliegend ausschlaggebende) Problem der Anwendbarkeit jener Vorschrift trotz entgegenstehendem Landesrecht. Erst dafür muss die Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers herangezogen werden, welcher die Regelungen zur Gesetzgebungskompetenz in ihrer aktuellen Form wie sie § 119 Abs. 1 StPO n. F. zu Grunde liegen, geschaffen hat.

Zum ersten Punkt bleibt zunächst festzustellen, dass der Gesetzgeber des § 119 StPO n. F. wohl eher den (vom OLG Celle so bezeichneten) engen Vollzugsbegriff vertreten und der Norm durchaus eine entsprechende Differenzierung nach dem Maßnahmenzweck zu Grunde gelegt hat. So stellt nämlich die Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts fest, dass die Regelungskompetenz des Bundes auch Bestimmungen umfasse, die das Ziel haben,

die ordnungsgemäße Durchführung des Strafverfahrens zu sichern; sie schließe mithin Maßnahmen ein, die der Zweck der Untersuchungshaft erfordert. Lediglich der Erlass von Vorschriften über die Art und Weise der Durchführung von Untersuchungshaft sei in die Länderkompetenz übergegangen.¹⁸

Den hier entscheidenden Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers in diesem Zusammenhang lassen die Materialien – insoweit vom OLG Celle zutreffend herausgearbeitet¹⁹ – nicht eindeutig erkennen („die Kompetenzen für das Strafvollzugsrecht und den Untersuchungshaftvollzug ... [werden] den Ländern übertragen“²⁰). Die simultane Übertragung der Zuständigkeit für den Untersuchungshaftvollzug und den Strafvollzug, d. h. einem schlussendlich aus der Materie des Strafverfahrens gänzlich ausgegliederten Regelungsbereich der Vollziehung einer Unrechtsreaktion, lässt im Umfang der Reichweite dieser Kompetenzverlagerung einen inneren Zusammenhang zwischen beiden Bereichen erkennen – die Regelung jeweils verwandter Rechtsmaterien soll in ein und derselben Hand liegen.²¹ Konvergent ist der Untersuchungshaftvollzug mit dem Strafvollzug aber lediglich, soweit er den rein vollzuglichen Bereich, bspw. die gesetzliche Ausgestaltung des Haftalltags oder die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt, betrifft. Spekulationen darüber, ob sich der Bund nur einer problematischen und streitbeladenen Materie habe vollständig „entledigen“ wollen²², sind müßig und wenig weiterführend. Diese Unterstellung mag zwar nicht gänzlich von der Hand zu weisen sein; konfliktbeladen zeigte sich dabei aber vor allem die Frage, wie letztlich mit den Inhaftierten umzugehen sei, also die Ausgestaltung des Alltags in den Haftanstalten, in denen üblicherweise auch die Untersuchungshaft vollzogen wird.²³ Die darüber herrschende Uneinigkeit setzt sich jedoch nicht zwingend bei Maßnahmen fort, die der Verfahrenssicherung dienen und nicht den Zweck haben, den Tagesablauf in der Vollzugsanstalt zu reglementieren sowie die dortige Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten.

3. Systematische Auslegung

Ferner konstatiert das OLG Celle, eine systematische Auslegung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gebe zu erkennen, dass „Untersuchungshaftvollzug“ ein Teil des gerichtlichen Verfahrens ist.²⁴ Dies wird man ernsthaft aber ohnehin nicht in Zweifel ziehen wollen, und es sagt gewiss auch nichts darüber aus, ob und inwieweit Maßnahmen abhängig von ihrer Zwecksetzung letztlich zum Untersuchungshaftvollzug zählen. Allerdings deduziert das OLG Celle aus dieser Feststellung, das Untersuchungshaftvollzugsrecht verliere bei Vornahme einer solchen zweckorientierten Differenzierung seinen konkreten Bezug zum Strafverfahren.²⁵

¹³ OLG Celle StV 2010, 194, 196.

¹⁴ BVerfGE 34, 369 ff., Rn. 9, 29.

¹⁵ Die Feststellungen betrafen die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz für die nachträgliche Straftäterunterbringung in der Sicherungsverwahrung; vgl. dazu etwa *Ullbruch* NJW 2008, 2609 ff.

¹⁶ BT-Drs. 16/11644.

¹⁷ OLG Celle StV 2010, 194, 196.

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/13097 S. 1; BT-Drs. 16/11644, S. 1, 12.

¹⁹ OLG Celle StV 2010, 194, 196.

²⁰ BT-Drs. 16/813, S. 12.

²¹ *Kazele* StV 2010, 258, 260.

²² OLG Celle StV 2010, 194, 196 f.

²³ *Laubenthal*, Strafvollzug, 5. Aufl. (2008), Rn. 60, 74, 914.

²⁴ OLG Celle StV 2010, 194, 196.

²⁵ OLG Celle StV 2010, 194, 196.

Das Grundgesetz zumindest geht an dieser Stelle von einem umfassenden Verfahrensbegriff aus; dies zeigt ein Blick auf Art. 7 Nr. 3 Var. 1 WRV, der dem heutigen Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG entsprach und das gerichtliche Verfahren (sogar) „einschließlich des Strafvollzugs“ der konkurrierenden Gesetzgebung zuschrieb.²⁶ Für das Untersuchungshaftvollzugsrecht resultiert ein Bezug zum Strafverfahren nicht allein aus der Realisierung der Haftgründe und der damit zusammenhängenden Verfahrenssicherung. Vielmehr gilt es darüber hinaus während der gesamten Dauer der Untersuchungshaft bspw. die Grundsätze des Strafverfahrens zu wahren. Es greift zu Gunsten des in der Untersuchungshaft befindlichen Angeschuldigten z. B. die Unschuldsvermutung, die eine gewisse Privilegierung dieses Häftlings etwa gegenüber Strafgefangenen notwendig macht.²⁷ So wird der Besitz persönlicher Gegenstände, welche die Sicherheit und/oder Ordnung der Anstalt beeinträchtigen können, in sehr viel weitergehendem Umfang zu gestatten sein, als bei einem auf Grund erwiesener Schuld verurteilten Strafgefangenen, der eine Freiheitsstrafe verbüßt.²⁸ Ebenso verhält es sich mit der Erlaubnis, sich selbst zu beschäftigen, die dem Untersuchungshäftling in aller Regel zu erteilen ist, während dies bei Strafgefangenen nicht den Regelfall darstellt.²⁹ Die daneben existierenden Besonderheiten, die z. B. bei der Praktizierung des Akteneinsichtsrechts oder der Umsetzung eventuell erweiterter Belehrungspflichten aus dem Verfahrensbezug folgen, sollen hier nur am Rande erwähnt werden. Jedenfalls bleibt der konkrete Verfahrensbezug somit selbst bei enger Auslegung des Begriffs des Untersuchungshaftvollzugs bestehen.

4. Teleologische Auslegung

Der Zweck der Grundgesetzänderung, mit welcher der Gesetzgeber eindeutig eine Aufteilung der Kompetenzen intendiert habe, steht in teleologischer Hinsicht nach Auffassung des OLG Celle dem von ihm gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Dabei ist es – was der Senat auch anerkennt – durchaus zweckmäßig, wenn dem Bundesgesetzgeber neben der Kompetenz für die Regelung von Anordnung und Beendigung der Untersuchungshaft ebenso jene für die zur Sicherung ihres Zwecks notwendigen Beschränkungen zukommt.³⁰

Wenn der Senat formuliert, das Ziel der Änderung stehe seiner Auffassung nicht entgegen, so kommt darin bereits eine gewisse Zurückhaltung zum Ausdruck. Denn die mit der Gesetzesänderung intendierte Stärkung der Landesgesetzgeber³¹ spricht auch nicht zwingend für die Auffassung des Gerichts, sondern verhält sich hierzu weitgehend neutral. Der erste Strafsenat des OLG Celle vertritt dabei allerdings die Ansicht, (nur) durch eine vollständige Übertragung der Materie auf die Länder könne den Widrigkeiten begegnet werden, die bislang

einer bundeseinheitlichen Regelung in diesem Bereich entgegenstanden.³² Der Erlass eines solchen Gesetzes misslang jedoch nicht auf Grund eines differierenden Verständnisses bzw. einer abweichenden Auslegung der Haftgründe und der zu ihrer Verhinderung notwendigen Maßnahmen. Sein Scheitern bedingten vielmehr vor allem die in den Ländern vorhandenen unterschiedlichen Standpunkte zum Umgang mit den Inhaftierten und zur Ausgestaltung des Haftalltags, insbesondere bei Fragen der Sicherheit und Ordnung in der Haftanstalt.³³ Dies betraf nicht nur die Untersuchungshaft, sondern auch andere staatlich angeordnete Freiheitsentziehungen wie den Vollzug von Freiheits- oder Jugendstrafe; den Nachweis hierfür liefern die nunmehr vorhandenen zum Teil erheblichen Unterschiede bei den Landes-(Jugend-)Strafvollzugsgesetzen.

III. Konnexer Gesichtspunkte

Sämtliche vom OLG Celle aufgeführten Argumente erscheinen zwar für sich genommen nicht gänzlich abwegig oder unplausibel. Eine isolierte Betrachtung allein des Begriffs des Untersuchungshaftvollzugs wird jedoch der Bedeutung der hier aufgeworfenen Frage für das Strafverfahren insgesamt nicht gerecht.³⁴ Denn Sinn und Zweck der Neuregelung der Gesetzgebungskompetenzen durch das Föderalismusreformgesetz war sicherlich nicht, den Angeschuldigten im Strafverfahren einer Ungleichbehandlung infolge divergierender landesrechtlicher Regelungen auszusetzen. Zumindest soweit Maßnahmen unmittelbar dessen Rechtsstellung als Verfahrensbeteiligter tangieren, gebietet daher bereits der Grundsatz des fairen Verfahrens die Einheitlichkeit der angewandten Normen. Dies betrifft zuvorderst Anordnungen, die einen direkten Konnex zu den Haftgründen der §§ 112, 112a StPO aufweisen. Denn insoweit beeinflussen Beschränkungen u. a. die Verteidigungsmöglichkeiten bzw. die Korrespondenz mit dem Verteidiger. Eine insbesondere bei der Auslegung von Verfassungsrecht angebrachte Folgenanalyse³⁵ zeigt damit, dass die Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG divergierende Regelungen in diesem Bereich nicht bezweckt haben kann. Als der konkurrierenden Gesetzgebung der Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zugehörig, obliegt es dem Bundesgesetzgeber, zur Abwehr der Haftgründe aus §§ 112, 112a StPO Regelungen – wie § 119 Abs. 1 StPO – zu erlassen, auf deren Grundlage Anordnungen für den konkreten Einzelfall getroffen werden können.³⁶

Erwähnt sei schließlich der Verweis des OLG Celle darauf, dass auch seiner Auffassung folgend in Niedersachsen die Norm des § 119 Abs. 1 StPO nicht obsolet sei. Die Vorschrift könne nach wie vor für andere Formen der Freiheitsentziehung Anwendung finden, für welche die Gesetzgebungskompetenz weiterhin beim Bund liegt.

²⁶ Seiler, in: BeckOK-GG, 2010, Art. 74 Rn. 10.

²⁷ Schroeder, Strafprozessrecht, 4. Aufl. (2007), Rn. 150; Laubenthal, a.a.O. (Fn. 23), Rn. 60.

²⁸ Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 3. Aufl. (2001), Rn. 963.

²⁹ Vgl. dazu Laubenthal, a.a.O. (Fn. 23), Rn. 419 ff.

³⁰ OLG Celle StV 2010, 194, 196 f.; Paeffgen StV 2009, 46.

³¹ BT-Drs. 16/813, S. 9.

³² OLG Celle StV 2010, 194, 196 f.

³³ Schlothauer/Wieder, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 946.

³⁴ Kazele StV 2010, 258.

³⁵ Jarass/Pieroth, a.a.O. (Fn. 8), Einl. Rn. 12.

³⁶ So auch Bittmann NSTZ 2010, 13, 15 f.; Kazele StV 2010, 258 ff.; Krauß, in: BeckOK-StPO, 2010, § 126a Rn. 1; Michalke NJW 2010, 17, 19 f.; ebenso OLG Oldenburg StV 2008, 195; AG Meppen NZS 21 Gs 276/08, Beschluss v. 11. September 2008.

Hierzu führt der Senat die einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt gem. § 126a StPO, die einstweilige Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach § 275a StPO sowie die Auslieferungshaft, § 77 Abs. 1 IRG an.³⁷ Erheblich eingeschränkt wäre die Bedeutung des § 119 Abs. 1 StPO freilich trotzdem, denn für diese Haftformen müssen Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr (auf die § 119 Abs. 1 StPO explizit Bezug nimmt) überhaupt nicht vorliegen. So können zwar gem. § 126a Abs. 2 StPO i. V. m. § 119 Abs. 1 StPO während der Unterbringung Maßnahmen etwa gegen Flucht- und Verdunkelungsgefahr getroffen werden. Ob im Übrigen für Beschränkungen nach § 119 Abs. 1 StPO auch allgemein der Zweck der einstweiligen Unterbringung (Schutz der Allgemeinheit vor gemeingefährlichen Geisteskranken³⁸) herangezogen werden darf, scheint zweifelhaft bzw. spricht jedenfalls der insoweit eindeutige Wortlaut der Vorschrift dagegen.³⁹

Ein Argument, das sich ggf. für die Ansicht des OLG Celle anführen ließe, ist pragmatischer Natur und liegt in den Abgrenzungsschwierigkeiten begründet, die mit einem engen Verständnis des Begriffs des Untersuchungshaftvollzugs und der damit einhergehenden Differenzierung nach dem Zweck der jeweiligen Maßnahme verbunden sind. Dies drängt die zuständigen Gerichte, welche gestützt auf § 119 Abs. 1 StPO Anordnungen erlassen wollen, in eine Begründungspflicht, darzulegen, inwieweit gerade die Abwehr eines Haftgrundes eine der in dieser Norm genannten Maßnahmen erfordert.⁴⁰ Das jedoch erscheint sogar wünschenswert, denn über die Freiheitsentziehung hinausgehende Eingriffe in die Rech-

te eines Inhaftierten sollten ohnehin nicht leichtfertig vorgenommen, sondern stets sorgfältig geprüft und umfassend begründet werden.

IV. Abschließende Überlegungen

Keinesfalls zu begrüßen wäre es jedenfalls, wenn sich – als Konsequenz der Auffassung des OLG Celle naheliegender – eine Rechtszersplitterung im Untersuchungshaftrecht beim Umgang mit den Haftgründen entwickelt. Wann ein Haftgrund vorliegt und Untersuchungshaft verhängt werden darf, wie auch die Frage, welche konkreten über die Freiheitsentziehung hinausreichenden Beschränkungen gerade dieser Haftgrund für den Betroffenen mit sich bringt, berühren direkt dessen Stellung in einem Strafverfahren. Beide Bereiche sind insofern untrennbar miteinander verbunden⁴¹ und müssen daher hinsichtlich legislativer Kompetenzen in einer Hand liegen. Ein Untersuchungshäftling, zu dessen Gunsten bis zu seiner Verurteilung die Unschuldsvermutung eingreift, erbringt mit seiner Inhaftierung ein Sonderopfer, das ohnehin nur in sehr begrenztem Umfang gerechtfertigt werden kann. Eine Ungleichbehandlung Angeschuldigter bei der Frage, welche Maßnahmen die Abwehr gerade derjenigen Gründe erfordert, die unmittelbar ihre Inhaftierung bedingen, erscheint schon deshalb aus rechtsstaatlicher Sicht geradezu unerträglich.

Die besseren Gründe sprechen dafür, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG so zu verstehen, dass dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz jedenfalls im Bereich der Haftgründe verblieben ist. Eine Auslegung der Norm erlaubt zunächst diese Einordnung; ein Blick auf den Sinn und Zweck der Vorschrift, sowie auf die Konsequenzen eines anderen Verständnisses legen dieses Ergebnis nahe. Die Argumentation des OLG Celle ist somit zwar grds. nachvollziehbar – sein Standpunkt entspricht allerdings nicht der Rechtslage und weckt zudem im Ergebnis Bedenken.

³⁷ OLG Celle StV 2010, 194, 195.

³⁸ *Schultheis*, KK-StPO, 6. Aufl. (2008), § 126a Rn. 5; *Pollähne R&P* 2002, 229 ff.

³⁹ Ähnlich *MünchKallfen/Gatzweiler*, Recht der Untersuchungshaft, 3. Aufl. (2009), S. 147 f.; a. A.: *Krauß*, in: *BeckOK-StPO*, 2010, § 126a Rn. 5.

⁴⁰ *Bittmann* NStZ 2010, 13, 16.

⁴¹ *Kazele* StV 2010, 258, 259.

§ 160a StPO – gelungene oder misslungene Gesetzgebung?

Von Rechtsanwalt Privatdozent Dr. Joachim Kretschmer, FU Berlin/Universität des Saarlandes

In diesem Moment feiert die Norm ihren dreijährigen Geburtstag. Die Beurteilung der Norm fällt eher zwiespältig aus. Dieses Urteil ist auch dadurch belegt, dass der Gesetzgeber derzeit die Vorschrift mit einem „Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht“¹ schon wieder ändern will.

I. Allgemeines

§ 160a wurde durch das „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ v. 21. 12. 2007 in die StPO eingeführt.² Die Vorschrift, die ursprünglich im Gesetzentwurf v. 27. 6. 2007³ noch als § 53b geplant war, soll ein harmonisiertes System zur Berücksichtigung der von den Zeugnisverweigerungsrechten der Berufsgeheimnisträger geschützten Interessen außerhalb der Vernehmungssituation einführen.⁴ Dem Gesetz liegt eine vierfache differenzierende Regelung zugrunde.

(1) Geistliche, Strafverteidiger und Abgeordnete werden absolut geschützt, während Absatz 2 für die weiteren Berufsgeheimnisträger des § 53 ein relatives Beweisverbot vorsieht. Das trifft namentlich auf Rechtsanwälte, Ärzte und Pressemitarbeiter zu.

(2) Während das Verwertungsverbot nach Absatz 1 absolut gilt, bezieht sich das in Absatz 2 Satz 3 niedergelegte Verbot auf die „Verwertung von Erkenntnissen zu Beweis Zwecken“.

(3) Nach § 160a Abs. 5 gelten spezielle Schutzvorschriften fort. Das sind die §§ 100c Abs. 6 und 97 Abs. 5. Das führt zu einem unterschied-

lichen Schutzniveau zwischen den verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen.

(4) Mit Blick auf den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zeigt sich eine weitere Differenzierung darin, dass § 160a im Gegensatz zu anderen Vorschriften wie § 100a Abs. 4 bei der Überwachung der Telekommunikation und § 100c Abs. 4 bei der akustischen Wohnraumüberwachung keine Schutzklausel enthält.

Die Schutzvorschrift des § 160a gilt für alle Ermittlungsmaßnahmen.⁵ Sie schränkt die Beweiserhebung und Beweisverwertung nicht nur bei den geheimen Ermittlungsmaßnahmen nach den §§ 100a ff. ein, sondern auch bei den offenen Maßnahmen wie etwa der Durchsuchung. Die §§ 97 und 100c Abs. 6 als spezielle Schutzvorschriften bleiben unberührt (Absatz 5). § 160a erfasst Zeugenvernehmungen selbst nicht. Hier gilt weiterhin umfassend der § 53. Die Zeugnisverweigerungsrechte werden bei den Zeugenvernehmungen nicht durch die Verhältnismäßigkeit nach Absatz 2 relativiert.⁶

Wie bereits erwähnt, war der ursprüngliche Standort der Schutzvorschrift der § 53b. An diese gesetzessystematische Stelle hätte er auch besser gepasst, da die Vorschrift neben § 53 die Berücksichtigung der durch die Zeugnisverweigerungsrechte geschützten Interessen der Berufsgeheimnisträger außerhalb der Zeugenvernehmung umfassend schützen soll – daher gehört die Vorschrift als allgemeine Regel weit nach vorn.

Die – absolute und relative – Schutzvorschrift greift nur im Rahmen der Reichweite des jeweiligen Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53. Wird der berufliche Zeugnisverweigerungsberechtigte nach § 53 Abs. 2 von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden, entfällt die Schutzwirkung.⁷ Berufshelfer (§ 53a) knüpfen im Übrigen an den jeweiligen Schutz an (Abs. 3). Der Ge-

¹ Siehe den Gesetzentwurf v. 22.7.2010, BT-Drs. 17/2637.

² BGBl. I 3198. Beachte die einstweilige Anordnung zur Vorratsdatenspeicherung durch das BVerfG v. 11. 3. 2008 – 1 BvR 256/08, NStZ 2008, 290 und siehe jetzt das Urteil des BVerfG v. 2. 3. 2010 – 1 BvR 256, 263, 586/08, in dem die konkrete Ausgestaltung der Vorratsdatenspeicherung für nicht verfassungsgemäß erklärt wird = HRRS 2010 Nr. 134.

³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5846.

⁴ BT-Drs. 16/5846, 1, 2.

⁵ Siehe BT-Drs. 16/5846, 1, 35; Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 423; Graf, StPO, 1. Aufl. (2010), § 160a Rn 3; KMR/Plöd, StPO, 51. EL (Nov 2008), § 160a Rn. 2; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117; Meyer-Goßner/Cierniak, StPO, 53. Aufl. (2010), § 160a Rn. 1.

⁶ Siehe BT-Drs. 16/5846, 1, 26.

⁷ Siehe HK-GS/Pflieder, StGB und StPO, 1. Aufl. (2008), § 160a Rn. 1; Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 1.

setzgeber begründet⁸ die – nicht harmonisch wirkende – Differenzierung in den Absätzen 1 und 2 mit der gebotenen Berücksichtigung von Allgemeininteressen. Die wirksame Strafverfolgung, das Interesse an einer umfassenden Wahrheitsermittlung und die Aufklärung von schweren Straftaten ist danach ein wesentlicher Auftrag des Rechtsstaats. Das ist richtig. Der Gesetzgeber habe daher bei der Prüfung der Gewährung eines absoluten Vorrangs bestimmter Interessen gegenüber anderen wichtigen Gemeinschaftsgütern den Erfordernissen einer an rechtsstaatlichen Garantien ausgerichteten Rechtspflege Rechnung zu tragen. Im Verständnis des Gesetzgebers sind Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote Ausnahmen von der Pflicht zur umfassenden Aufklärung der materiellen Wahrheit. Ein absolutes Verbot sieht er daher nur, wenn ein entsprechend absolut geschützter Belang dies fordert. Ansonsten wird im Gesetz eine Abwägungslösung deutlich. Es wirkt aber seltsam, wenn auch das Recht des Beschuldigten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren einer Einschränkung von Ermittlungsmaßnahmen durch Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverbote entgegenstehen soll, weil durch diese nicht nur der Anklage, sondern auch der Verteidigung Erkenntnisse entzogen würden.⁹

II. Der absolute Schutz nach Absatz 1

Absatz 1 begründet ein umfassendes Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot. Geistliche, Strafverteidiger und Abgeordnete dürfen nicht zu Adressaten von staatlichen Strafverfolgungsmaßnahmen werden. Die Reichweite des Ermittlungsverbots hängt vom Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 ab.

Für die Praxis ist die Prognose wichtig. Eine Maßnahme gegen die in Abs. 1 genannten Personen ist unzulässig, wenn eine Prognose „voraussichtlich“ ergibt, dass Erkenntnisse aus dem geschützten Bereich zu erwarten sind. Wenn nun für die Unzulässigkeit der Beweiserhebung gefordert wird,¹⁰ dass auf Grund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte zweifelsfrei erkannt wird, dass absolut geschützte Erkenntnisse zu erwarten sind, ist dieser Prognosemaßstab zu großzügig. Im grundrechtlichen Individualinteresse ist in Parallele zu § 100c Abs. 4 zu fordern, dass eine Ermittlungsmaßnahme nur angeordnet werden darf, wenn tatsächlich anzunehmen ist, dass durch die Maßnahme geschützte Erkenntnisse nicht erfasst werden – negative Prognose. Im Zweifelsfall ist die Maßnahme zu unterlassen.¹¹

Die Kommunikation mit einem Verteidiger, Seelsorger oder Abgeordneten darf im Wirkungsbereich des § 53 durch keinerlei Ermittlungsmaßnahme zielgerichtet beeinträchtigt werden. Aber auch wenn die Maßnahme im Zeitpunkt ihrer Anordnung zulässig war, sind dennoch erlangte Erkenntnisse unverwertbar. Beweiserhebung und Beweisverwertung sind eigenständige Grundrechtsein-

griffe. Dieser Schutz ist absolut. Das bedeutet: Unabhängig davon, ob die Ermittlungsmaßnahme im Zeitpunkt ihrer Anordnung rechtmäßig war oder nicht, unterliegen die Erkenntnisse, über die diese privilegierten Personen das Zeugnis verweigern dürften, einem Beweisverwertungsverbot. Das Gesetz lässt keine Abwägung mit dem rechtsstaatlichen Interesse der Strafrechtspflege zu. Hintergrund ist zum größten Teil der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung dieser Verhältnisse, die staatsfrei und abwägungsfest sind. Die Regelung ist natürlich auch Ausdruck von § 148, wenn es um den Strafverteidiger geht.

Hinter den genannten drei Berufsgruppen stehen schützenswerte verfassungsrechtliche Interessen. Das BVerfG¹² betont, dass auch die Kommunikation mit Personen des besonderen Vertrauens zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gehört. Bezogen auf die Berufsheimlichkeitsträger des § 53, der das Vertrauensverhältnis zwischen Zeugen und Beschuldigten schützt, folgt nach Ansicht des Gerichts nicht jedes Verhältnis aus dem Schutz der Menschenwürde. Seelsorgerische Gespräche, die Beichte gehörten zu dem verfassungsrechtlichen Menschenwürdegehalt der Religionsausübung – Art. 4 GG.¹³ Das trifft nach dem BVerfG auch auf Gespräche mit dem Strafverteidiger zu, da es zur Wahrung der Menschenwürde gehört, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird – Art. 1 GG. Zudem gehört das Recht auf eine effektive Strafverteidigung zum rechtsstaatlichen Kernbereich. Die Möglichkeit, den Beistand eines Strafverteidigers in Anspruch zu nehmen, gewährleistet die sachgerechte Wahrung der Rechte des Beschuldigten. Und der Abgeordnete bezieht seine Stellung aus Art. 47 GG – es geht hier um den Schutz des freien Mandats. Das mandatsbezogene Vertrauensverhältnis soll zum Schutz des freien Mandats und der ungestörten parlamentarischen Arbeit in den absoluten Schutz einbezogen werden.¹⁴

Das Beweisverwertungsverbot gilt absolut. Seine gesetzliche Bestimmung ist zu begrüßen. Ansonsten gilt in der Rechtsprechung bekanntlich die Regel, dass aus einem Verfahrensfehler nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot folgt. Es ist egal, ob die Erkenntnisse eine belastende oder eine entlastende Wirkung haben. Erkenntnisse aus dem nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 4 geschützten Bereich dürfen weder zu Beweis Zwecken noch als Spurenansätze verwendet werden.¹⁵ Aus ihnen darf daher kein Anfangsverdacht für andere Ermittlungsmaßnahmen gewonnen werden.

⁸ Siehe BT-Drs. 16/5846, S. 25.

⁹ Siehe BT-Drs. 16/5846, S. 25.

¹⁰ So Anw-StPO/Walther, StPO, 2. Aufl. (2009), § 160a Rn. 7; KK/Griesbaum, StPO, 6. Aufl. (2008), § 160a Rn. 6.

¹¹ So wohl SK-StPO/Wolter, 62. Lfg. (Juli 2009), § 160a Rn. 22; anders KK/Griesbaum (Fn. 10) § 160a Rn. 6.

¹² Siehe BVerfG v. 3. 3. 2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279, 322 = HRRS 2004 Nr. 170 = NJW 2004, 999, 1004.

¹³ Siehe aktuell BGH v. 15.4.2010 – 4 StR 650/09, HRRS 2010 Nr. 540 = BeckRS 2010, 12074.

¹⁴ Nach BT-Drs. 16/5846, 1, 35.

¹⁵ Nach Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 429; HK/Zöller, StPO, 4. Aufl. (2009), § 160a Rn. 6; KK/Griesbaum (Fn. 10) § 160a Rn. 9; Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 4.

III. Der relative Schutz (Absatz 2) – die erste Differenzierung

Den übrigen Berufsheimnisträgern gewährt Abs. 2 ein relatives Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot. Wie bei Absatz 1 betrifft der Schutz alle Ermittlungsmaßnahmen und erfasst im Schutzbereich die unmittelbare als auch die zufällige Betroffenheit.¹⁶ Deren Reichweite wird durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bestimmt. Abzuwägen ist das Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafrechtspflege gegen das öffentliche Interesse an den von den Berufsheimnisträgern wahrgenommenen Aufgaben und das individuelle Interesse an der Geheimhaltung der ihm anvertrauten Tatsachen.¹⁷

Es gilt als allgemeiner Leitsatz: Dieser Konflikt zwischen dem Allgemeininteresse an einer effektiven Strafrechtspflege und einem entgegenstehenden Individualinteresse ist der Lösungssatz für jedes strafprozessuale Problem. Der Konflikt ist zum Teil in der StPO selbst gelöst, so wenn § 53 dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen bestimmten Berufsgruppen und dem Beschuldigten den Vorrang gewährt. Oder aber die Rechtsprechung muss eine Lösung finden, oftmals eine Abwägungslösung wie bei der Lehre der Beweisverwertungsverbote.

Das Gesetz unterscheidet wie in Absatz 1 auch hier die Beweiserhebung und die Beweisverwertung (Absatz 2 Satz 3) als jeweils selbständige Eingriffe. Mag die Anordnung der Ermittlungsmaßnahme rechtmäßig gewesen sein, so kann doch die Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse unverhältnismäßig werden, da sie sich jetzt nur auf unerhebliche Straftaten beziehen.¹⁸ Fragwürdig ist es dagegen im umgekehrten Fall: War die Erhebung unverhältnismäßig und daher rechtswidrig, stellt sich dann aber heraus, dass es sich um eine beachtliche Straftat handelt, so soll die Verwertung der zunächst rechtswidrig erhobenen Erkenntnisse gleichwohl zulässig sein.¹⁹ Das führt zu einem Unterlaufen der gesetzlichen Voraussetzungen und Schranken in der Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme. War bereits die Erhebung rechtswidrig, unterliegt die Frage der Verwertung der eigenständigen Beweisverbotslehre und daher nach der Rechtsprechung der eigenständigen Abwägung.²⁰ Die in § 160a Abs. 2 Satz 1 angelegte Regelvermutung greift nicht.

Ein vom Gesetz grundsätzlich vorgegebener Maßstab ist eine Straftat von erheblicher Bedeutung. Ein kleiner Exkurs: Der Begriff erscheint auch an anderen Stellen in der StPO (beispielsweise in §§ 81g, 98a, 100g Abs. 1 Nr. 1, 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 mit Satz 2, 100i, 110a, 131

Abs. 3, 131a Abs. 3, 131b, 160a Abs. 2, 163e, 163f).²¹ Straftaten von erheblicher Bedeutung sind solche, die den Rechtsfrieden empfindlich stören oder geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit erheblich zu beeinträchtigen. Das Maß mittlerer Kriminalität muss erreicht sein.²² In diesem Fall ist das besondere Maß des Unrechts im Einzelfall entscheidend – Art und Schwere der jeweiligen konkreten Tat gemäß der Verdachtslage bei Anordnung der Maßnahme. In einzelfallbezogener Beurteilung soll bei einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten im Unrechts- und Schuldgehalt eine Straftat von erheblicher Bedeutung gegeben sein.²³ Das ist gewiss eine zu niedrige Schwelle. Ein Verbrechenstatbestand hat angeblich die erhebliche Bedeutung.²⁴ Bei Vergehen wird eine Strafrahmenobergrenze über 2²⁵ oder auch 3²⁶ bzw. von regelmäßig 5²⁷ Jahren Freiheitsstrafe gefordert. Ergänzend erfolgt bei Vergehen eine einzelfallbezogene Bewertung des Unrechtsgehalts der konkreten Tat.²⁸ Das alles ist äußerst unbestimmt und lässt den anordnenden Strafverfolgungsorganen eine zu große Definitionsmacht.

Die Verhältnismäßigkeit setzt der Beweiserhebung und der Beweisverwertung nach Absatz 2 Schranken. Die in Absatz 2 normierte Prüfung der Verhältnismäßigkeit täuscht nur einen zusätzlichen gesetzlichen Schutz vor.²⁹ Die Verhältnismäßigkeit bildet sowieso aus dem Rechtsstaatsprinzip eine Schranke für staatliche Grundrechtseingriffe. Auch auf der Grundlage des bisherigen Rechts waren die von den Zeugnisverweigerungsberechtigten geschützten Interessen bei allen Ermittlungsmaßnahmen als Gegenmoment im jeweiligen Einzelfall zu berücksichtigen. Absatz 2 hat allein die Bedeutung, dass den Strafverfolgungsorganen die einschränkende Bedeutung der Verhältnismäßigkeit noch einmal verdeutlicht wird. Mehr aber auch nicht. Und: Absatz 2 Satz 3 unterstellt allein die Verwertung von Erkenntnissen zu Beweis Zwecken der gesonderten Prüfung der Verhältnismäßigkeit – die zweite Differenzierung. Mit diesem unterschiedlichen Wortlaut zu Absatz 1 untersagt die Vorschrift die mittelbare Verwertung, dass die Erkenntnisse zur Grundlage weiterer Ermittlungen gemacht werden, – bedauerlicherweise

¹⁶ Siehe Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 9.

¹⁷ Siehe Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117; Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 9a.

¹⁸ So Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 11.

¹⁹ So BT-Drs. 16/5846, 1, 37; zustimmend Graf (Fn. 5) § 160a Rn. 12; HK-GS/Pflieger (Fn. 7) § 160a Rn. 13; Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 11.

²⁰ Dazu Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117.

²¹ Siehe insgesamt Hilger NStZ 1992, 457, 462 Fußnote 93; Rieß GA 2004, 623; HbStrVf/Murmann (2008), Rn. III. 28 ff.; Anw/Walther (Fn. 10) § 163e Rn. 4 und § 131 Rn. 11; HK-GS/Hartmann (Fn. 7) § 100g Rn. 5; Joecks, StPO, 2. Aufl. (2008), § 81g Rn. 6; KK/Schoreit (Fn. 10) § 163e Rn. 12 ff.; Löwe/Rosenberg/Rieß, 25. Aufl. § 163e Rn. 13; Meyer-Goßner (Fn. 5) § 98a Rn. 5.

²² Siehe BVerfG v. 16. 6. 2009 – 2 BvR 902/06, HRRS 2009 Nr. 800 = NJW 2009, 2431, 2435; BVerfG v. 3. 3. 2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279, 344 = HRRS 2004 Nr. 170.

²³ So HbStrVf/Murmann (Fn. 21) Rn. III. 33.

²⁴ So Rieß GA 2004, 623, 636; Meyer-Goßner (Fn. 5) § 98a Rn. 5.

²⁵ So Meyer-Goßner (Fn. 5) § 98a Rn. 5.

²⁶ So HK-GS/Hartmann (Fn. 21) § 100g Rn. 5.

²⁷ So BVerfG v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06, HRRS 2009 Nr. 800 (in Rn. 73).

²⁸ Siehe Rieß GA 2004, 623, 638 f.

²⁹ Kritisch Fahr DStR 2008, 375, 378; Gola/Klug/Reif NJW 2007, 2599, 2602; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117; SK-StPO/Wolter (Fn. 11) § 160a Rn. 2.

– gerade nicht.³⁰ Das relativiert den Schutz. Daher besteht für den in Absatz 2 genannten Personenkreis kein abwägungsfester Mindestschutz für den geschützten Kommunikations- und Vertrauensbereich. Die Rede ist von einem Schutz 2. Klasse³¹ bzw. von einer Zweiklassengesellschaft von Berufsgeheimnisträgern.³²

IV. Nur kurz zur Verstrickungsklausel

Wie § 97 Abs. 2 Satz 3 enthält auch § 160a in Abs. 4 eine Verstrickungsklausel. Der Verdacht der Beteiligung sowie der Verdacht der Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei lassen die Privilegierung der Absätze 1 bis 3 entfallen. Die Klausel löst also auch den absoluten Schutz des Abs. 1 auf. Das ist wegen § 148 bei Verteidigern sehr bedenklich.³³ Fällt der Verdacht nachträglich weg, folgt allein aus der ursprünglichen Zulässigkeit der Beweiserhebung nicht die zulässige Verwertung. Die Beweisverwertung als eigenständiger Grundrechtseingriff muss stets auf ihren Zeitpunkt hin anhand des Absatz 1 oder Absatz 2 selbständig bewertet werden³⁴ bei Medienangehörigen ist eine – unzureichende – zusätzliche Schranke mit dem Erfordernis des Antrags oder der Ermächtigung eingebaut. Die Verstrickungsklausel bei einem einfachen Tatverdacht, die den absoluten und relativen Schutz in Gänze aushebelt, ist zu weit gefasst. Insbesondere bei Strafverteidigern mag der Verdacht der Strafvereitelung von den Strafverfolgungsorganen böswillig schnell konstruiert sein. Das Interesse an einer effektiven Strafverteidigung wird vorschnell unterlaufen.³⁵ § 148 steht dem entgegen.³⁶ Es ist bedauerlich, dass das ursprüngliche Erfordernis der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens³⁷ nicht in das Gesetz aufgenommen wurde. Dadurch sollte gerade die Umgehung der Schutzregelungen auf Grund bloßer Vermutung ausgeschlossen werden. Dass sich ein Verdacht auf Tatsachen stützen muss, ist eine strafprozessuale Selbstverständlichkeit.³⁸

V. Sachwidrige Differenzierung

1. Grundsätzliches

Die Differenzierung in Absatz 1 und Absatz 2 überzeugt nicht.³⁹ Nach § 100c Abs. 6 sind die Berufsgeheimnisträ-

ger des § 53 umfassend vor einer akustischen Wohnraumüberwachung geschützt. Dieser Schutz gilt fort (Absatz 5). Da liegt die dritte Differenzierung. Es gilt für diese sehr grundrechtsintensive Maßnahme ein absolutes Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot für alle Berufsgeheimnisträger. Wenn es bei dieser grundrechtsschweren Maßnahme – zutreffend – keine Differenzierung zwischen den Berufsgeheimnisträgern gibt, sollte das auch für die anderen Ermittlungsmaßnahmen gelten. Insbesondere die Herausnahme der Presseangehörigen aus dem absoluten Schutzbereich ist sachwidrig. Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung.⁴⁰ Im Fall „Cicero“ betont das BVerfG,⁴¹ dass Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren verfassungsrechtlich unzulässig sind, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln. Im Interesse der Pressefreiheit darf der Zugriff nicht von – praktisch immer leicht darzustellenden –⁴² Verhältnismäßigkeitserwägungen abhängen. Oder: Warum verdient die Sorge eines Gläubigen um sein religiöses Heil mehr Schutz als die Sorge eines Atheisten um sein psychisches Heil – die Unterscheidung zwischen dem Geistlichen in Absatz 1 und dem ärztlichen Psychologen in Absatz 2 ist nicht sachgerecht – vor allem in einer weltlichen Rechtsordnung.

Wesentlich und bedeutsam ist, dass auch die Unterscheidung zwischen Strafverteidiger und Rechtsanwalt nicht überzeugt.⁴³ Das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandanten ist konstituierend für das Mandatsverhältnis und für eine wirksame und rechtsstaatlich geordnete Rechtspflege. Ohne Vertrauen kommt ein Mandat nicht zustande und hat keinen Bestand. Es muss von einem staatlichen Zugriff frei sein. Die Unterscheidung ist praxisfern. Ein Referentenentwurf des BJM „Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht“ (Stand 17. 12. 2009) spricht sich jetzt für eine Gleichbehandlung von Verteidigern und Rechtsanwälten in Abs. 1 aus. Dem folgt aktuell auch ein Kabinettsbeschluss vom 31. 3. 2010 und jetzt ein Gesetzentwurf v. 22.7.2010.⁴⁴ Die bisherige Unterscheidung ist unpraktikabel.⁴⁵ Viele Mandate berühren sowohl strafrechtliche Aspekte und verlangen die Tätigkeit des Anwalts als Verteidiger als auch nichtstrafrechtliche Aspekte und verlangen die Tätigkeit

³⁰ Nach Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 429; KK/Griesbaum (Fn. 10) § 160a Rn. 16; KMR/Plöd (Fn. 5) § 160a Rn. 13; Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 12; einschränkend SK-StPO/Wolter (Fn. 11) § 160a Rn. 41; anders HK/Zöllner (Fn. 15) § 160a Rn. 12 – Gesetzesvorbehalt.

³¹ Siehe HK/Zöllner (Fn. 15) § 160a Rn. 9.

³² Ignor NJW 2007, 3403, 3404.

³³ Siehe SK-StPO/Wolter (Fn. 11), § 160a Rn. 10.

³⁴ Nach Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 15.

³⁵ Vgl. Ignor NJW 2007, 3403, 3405; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117.

³⁶ So SK-StPO/Wolter (Fn. 11), Rn. 14, 44.

³⁷ In BT-Drs. 15/5846, 1, 37; KMR/Plöd (Fn. 5) § 160a Rn. 13, hält daran gegen den Gesetzeswortlaut fest.

³⁸ Daher bloße gesetzgeberische Augenwischerei vom Rechtsausschuss in BT-Drs. 16/6979, 1, 67 f.; andere Einschätzung bei Graf (Fn. 5) § 160a Rn. 15; SK-StPO/Wolter (Fn. 11) § 160a Rn. 45.

³⁹ Vgl. Fahr DStR 2008, 375, 379 (Steuerberater); Gola/Klug/Reif NJW 2007, 2599, 2602 (Pressemitarbeiter); Ignor NJW

2007, 3403 (Verteidiger – Rechtsanwalt); Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117; Reiß StV 2008, 539; Roggan NJW 2009, 257, 259 (für § 20u BKA-G); Zöllner StraFo 2008, 15, 23; SK-StPO/Wolter (Fn. 11) § 160a Rn. 4 ff.; beachte den Gesetzentwurf des Deutschen Bundestags v. 2. 12. 2008, BT-Drs. 16/11170 und aktuell BT-Drs. 17/2637.

⁴⁰ Siehe nur BVerfG v. 27. 2. 2007 – 1 BvR 538/06 u.a., NJW 2007, 1117, 1118 = HRRS 2007, Nr. 201; auch SK-StPO/Wolter (Fn. 11) Rn. 37.

⁴¹ Siehe BVerfG v. 27. 2. 2007 – 1 BvR 538/06 u.a., HRRS 2007 Nr. 201 = NJW 2007, 1117.

⁴² Siehe Gola/Klug/Reif NJW 2007, 2599, 2602.

⁴³ So Ignor NJW 2007, 3403, 3404 ff.; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 117; Reiß StV 2008, 539, 547; Roggan NJW 2009, 257, 259; siehe auch die Stellungnahme des DAV zum Referentenentwurf des BJM AnwBl 2010, 242.

⁴⁴ Pressemitteilung des BJM v. 31. 3. 2010 und BT-Drs. 17/2637.

⁴⁵ Siehe die Stellungnahme des DAV v. Februar 2010 Nr. 09/2010.

des Anwalts als Rechtsanwalt. Insolvenzzrechtliche Mandate haben Bezug zum Insolvenzstrafrecht. Die Verbindung von Steuerrecht und dem Strafrecht liegt im Begriff des Steuerstrafrechts deutlich vor. So können nach § 392 AO auch Steuerberater als Verteidiger tätig sein. Korruptionsstraftaten oder andere Straftaten haben Einfluss auf nichtstrafrechtliche beamten- oder arbeitsrechtliche Fragen. Aus Straftaten erwachsen zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, gegen die sich der beschuldigte und verteidigte Mandant auch zivilrechtlich durch den Verteidiger als Rechtsanwalt vertreten sehen will. Und: Die Unterscheidung ist auch verfassungsrechtlich unsachlich.⁴⁶ Das BVerfG⁴⁷ betont den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 12 GG für den Rechtsanwalt. Dieses gewährt dem Rechtsanwalt eine von staatlicher Kontrolle und Bevormundung freie Berufsausübung und schützt das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant. Maßnahmen, die geeignet sind, das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant zu stören oder gar auszuschließen, greifen danach in die Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts ein. Das BVerfG betont, dass die Tätigkeit des Rechtsanwalts auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege liegt.

2. Der Fall Khaled El Masri

In der erwähnten Entscheidung des BVerfG ging es um folgendes: Der betroffene Rechtsanwalt war der anwaltliche Vertreter von Khaled El Masri. Dieser war mutmaßlich von Geheimdiensten im Zeitraum vom 31. 12. 2003 bis zum 29. 5. 2004 entführt worden. Am 11. 1. 2006 ordnete das AG München die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation des Rechtsanwalts an. Man vermutete, dass der Anwalt als sog. Nachrichtenmittler an ihn gerichtete Mitteilungen der Täter entgegennehme. Einfacher gesagt: die Ermittlungsbehörden hofften, dass die mutmaßlichen Täter über den Anwalt Kontakt zu ihrem Entführungsoffer El Masri aufnehmen würden, um diesen etwa mit Geld zum Schweigen zu bringen. Und daher überwachte man die gesamte Telekommunikation der Kanzlei des Anwalts von El Masri. Die Streubreite der heimlichen Ermittlungsmaßnahme kann man sich vorstellen. Die Maßnahme dauerte bis zum 13. 6. 2006 an, ein halbes Jahr. Das BVerfG: „Die zum Zwecke der Aufklärung und Verfolgung schwerer Straftaten angeordnete Telefonüberwachung gegen einen Rechtsanwalt stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in dessen Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG dar, wenn die Wahrscheinlichkeit, der Rechtsanwalt werde als Nachrichtenmittler von dem oder den Tätern kontaktiert werden, äußerst gering ist.“

Unter der Geltung des § 160a – seit dem 1. 1. 2008 – wäre der Fall nach § 160a Abs. 2 entschieden worden. Wie wäre die Abwägung ausgefallen? Die Strafverfolgungsorgane werden in der Praxis kaum Schwierigkeiten haben, in der gebotenen Abwägung ein Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses gegenüber den durch das

⁴⁶ Siehe die Stellungnahme des DAV v. Februar 2010 Nr. 09/2010.

⁴⁷ Siehe nur BVerfG v. 30. 4. 2007 – 2 BvR 2151/06, HRRS 2007 Nr. 464 = NJW 2007, 2752.

Zeugnisverweigerungsrecht geschützten Interessen anzunehmen oder zu behaupten.⁴⁸

3. Ausblick

§ 53 – die Regel zum Zeugnisverweigerungsrecht – unterscheidet zwar in Nr. 2 zwischen dem Strafverteidiger und in Nr. 3 dem Rechtsanwalt. Er begründet aber keine unterschiedliche Schutzwürdigkeit. Das geschieht aber jetzt in § 160a. Der Grund der Unterscheidung in § 53 liegt in § 138 – nicht nur Rechtsanwälte können Verteidiger sein. Die unterschiedliche Anknüpfung in § 160a verkennt das. Es kann sachlich wie auch verfassungsrechtlich keine unterschiedliche Schutzwürdigkeit anwaltlicher Funktionen geben.

Wie erwähnt existiert derzeit ein „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht“ v. 22.7.2010 (BT-Drs. 17/2637), in dem Rechtsanwälte in § 160a Abs. 1 aufgenommen werden. In einer Pressemitteilung des BJM heißt es: „Die Bundesregierung hat sich zum Ziel gesetzt, durch rechtsstaatliche Korrekturen und Gesetzesentschärfungen das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in den Rechtsstaat zurückzugewinnen. Der heute beschlossene Gesetzentwurf ist das erste konkrete Projekt zur Stärkung der Bürgerrechte. Wir wollen dafür sorgen, dass diejenigen, die bei ihrem Anwalt um Rat und Hilfe suchen, vor staatlichen Überwachungsmaßnahmen künftig besser geschützt sind. Ein Mandant muss sicher sein, dass das, was er mit seinem Anwalt bespricht, auch wirklich vertraulich bleibt. Der Schutz dieses Vertrauens muss für jede anwaltliche Beratung gelten und darf nicht durch eine künstliche Differenzierung zwischen Strafverteidigung und sonstiger Anwalts-tätigkeit untergraben werden.“ Warum nicht gleich so? Schlimm genug, dass der Gesetzgeber das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat zurückgewinnen muss, nachdem er es so leichtfertig durch schlechte Gesetzgebung verloren hat.

VI. Und wo ist der Kernbereich?

1. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung als Eingriffsschranke

Eine absolute Grenze für alle Ermittlungsmaßnahmen sowohl auf dem Gebiet der Strafrechtspflege als auch der Gefahrenabwehr gewährleistet der sog. Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Dieses Institut hat seit der Entscheidung des BVerfG⁴⁹ zur akustischen Wohnraumüberwachung vom 3. 3. 2004 in Gesetzgebung und Rechtsprechung erhebliche Bedeutung erfahren. Mehrfach sind Gesetze vor dem BVerfG an dem unzureichenden Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gescheitert. Die heutige Gesetzeslage ist eindeutiger, aber noch unzureichend. Hinzukommt: Was ist im Gesetz durch derartige Klauseln, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung schützen, in der strafprozessualen

⁴⁸ Dazu *Ignor* NJW 2007, 3403, 3405; *Reiß* StV 2008, 539, 547.

⁴⁹ Siehe BVerfGE 109, 279 = HRRS 2004 Nr. 170.

Praxis gewonnen? Wie bewährt sich dieser Grundrechtsschutz in der Praxis?

Aber vorab und wichtig:

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung ist absolut unantastbar.⁵⁰ Staatliche Gewalt darf diesen Bereich nicht berühren. Er ist keiner Relativierung durch gegenläufige Gegeninteressen wie der Strafrechtspflege oder der Gefahrenabwehr zugänglich. Art. 1 Abs. 1 GG: „Die Menschenwürde ist unantastbar.“ Er unterliegt keiner Abwägung mit widerstreitenden Interessen – Freiheit geht vor Sicherheit! Darin unterscheidet sich der unantastbare Kernbereich der Intim- und Privatsphäre von der allgemeinen Persönlichkeitssphäre des Individuums. Die Unantastbarkeit ist der absolute Kern dieses Rechtsinstituts und das ist unabdingbar für eine Gesellschaft und Rechtsordnung, welche die Menschenwürde achtet!

Zu bedauern ist, dass der Gesetzgeber in § 160a keine Regelung aufgenommen hat, die umfassend für alle Ermittlungsmaßnahmen den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung einem Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot unterstellt – die vierte Differenzierung. Das zeigt sich insbesondere bei Gesprächen und Kontakten mit den in § 52 genannten Personen. Diese werden in § 160a gar nicht erwähnt. In diesem Punkt erscheint die neue gesetzliche Regelung unvollständig.⁵¹ Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung finden sich in § 100a Abs. 4 und § 100c Abs. 4 und 5. Darunter fallen auch Arztgespräche oder Verteidigergespräche. Insbesondere anhand der Arztgespräche⁵² lässt sich die Zweifelhaftheit der Differenzierung beweisen: Laut BVerfG⁵³ können derartige Gespräche im Einzelfall unter den Kernbereich privater Lebensgestaltung fallen. Eine Abwägung findet nicht statt. § 160a Abs. 2 setzt keine Schranke. Im Regelfall wird es sich bei ärztlichen Angaben um sensible Informationen handeln, die dem Kernbereich der Privat- und Intimsphäre zuzurechnen sind. Welche ärztlichen Informationen sollen daher noch unter Absatz 2 fallen? Und überwiegt dann nicht stets das schutzwürdige Individualinteresse?⁵⁴ Im Unterschied dazu will das BVerfG übrigens Gespräche mit Presseangehörigen oder Parlamentsabgeordneten keinen unmittelbaren Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zuweisen. Es gehe in diesem Fall nicht um den Persönlichkeitsschutz, sondern um die Funktionsfähigkeit der Institutionen.

Gespräche mit dem Rechtsanwalt berühren desgleichen oftmals den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung des Mandanten – etwa bei Mandaten im Fami-

lien- oder Erbrecht.⁵⁵ Welcher Schutz soll greifen? Die Regelung des § 160a Abs. 2 kann diesen abwägungsfesten Bereich nicht der Verhältnismäßigkeit öffnen. Auch durch andere Ermittlungsmaßnahmen wie die Beschlagnahme und eine Durchsuchung oder die Observation können potentiell Erkenntnisse aus dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung gewonnen werden. Hier ist ein weitergehender Schutz für alle Ermittlungsmaßnahmen erforderlich.⁵⁶ Der absolute Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung aus Art. 1 GG ist dem § 160a vorrangig.⁵⁷

2. Das Schutzkonzept des BVerfG

Das BVerfG hat mit seinem Urteil vom 27. 2. 2008 zur sog. online-Durchsuchung eine entsprechende Vorschrift des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen über die online-Durchsuchung für nichtig erklärt. Als Gründe dafür wurde angeführt, dass die entsprechende Vorschrift – § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG/NRW – keine hinreichenden Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung enthält. Das BVerfG:⁵⁸ „Heimliche Überwachungsmaßnahmen staatlicher Stellen haben einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren, dessen Schutz sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ergibt. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in ihn nicht rechtfertigen. Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art ohne die Angst zum Ausdruck zu bringen, dass staatliche Stellen dies überwachen.“

Der verfassungsrechtlich gebotene Kernbereichsschutz lässt sich nach Ansicht des BVerfG⁵⁹ im Rahmen eines zweistufigen Schutzkonzeptes verwirklichen – das Gericht unterscheidet zwischen der Erhebungsphase und der Auswertungsphase. Die jeweilige gesetzliche Regelung habe darauf hinzuwirken, dass bereits die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten möglich unterbleibt. Ein solcher Schutz in der Erhebungsphase ist nur schwer möglich. Bei einem heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme wird die Datenerhebung überwiegend automatisiert erfolgen, betont das Gericht. Das wird im Regelfall in der Praxis auch bei der Überwachung der Telekommunikation oder der akustischen Wohnraumüberwachung der Fall sein. Das BVerfG⁶⁰ betont auch die Schwierigkeiten des Kernbereichsschutzes, wenn der Datenzugriff unmittelbar durch Personen ohne vorherige technische Aufzeichnung erfolgt. Bei einer Live-Überwachung ist zutreffenderweise nicht sicher vorhersehbar, welchen Inhalt die erhobenen Daten haben. Zum anderen kann es Schwierigkeiten geben, die Daten inhaltlich während der Überwachung zu analysieren. Das trifft vor allem bei fremdsprachlichen Kontakten zu. Das Motto ist der Praxis lautet daher: Erst einmal

⁵⁰ Siehe BVerfG v. 27. 2. 2008, (Rn. 285); BVerfG v. 3. 3. 2004, BVerfGE 109, 279 = HRRS 2004 Nr. 170; BGH JR 2006, 214 (215); Roggan NJW 2009, 257, 258.

⁵¹ So Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 429 f; Reiß StV 2008, 539, 542; Zöller StraFo 2008, 15, 22.

⁵² Dazu KK/Griesbaum (Fn. 10) § 160a Rn. 12; Meyer-Goßner/Cierniak (Fn. 5) § 160a Rn. 13; Reiß StV 2008, 539, 543 ff.; unklar BT/Drs. 16/5846, 1, 36 f.

⁵³ So BVerfG v. 3. 3. 2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279, 322 = HRRS 2004 Nr. 170 = NJW 2004, 999, 1004.

⁵⁴ So Meyer-Goßner/Cierniak, (Fn. 5) § 160a Rn. 13.

⁵⁵ So Ignor NJW 2007, 3403, 3404.

⁵⁶ So Puschke/Singelstein NJW 2008, 113, 119; auch Roggan NJW 2009, 257, 258.

⁵⁷ Siehe SK-StPO/Wolter (Fn. 11) § 160a Rn. 9.

⁵⁸ Urteil v. 27. 2. 2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, HRRS 2008 Nr. 160 = BeckRS 2008, 32531 (Rn. 271).

⁵⁹ AaO (Rn. 280 ff.).

⁶⁰ AaO (Rn. 279).

abhören, aufnehmen, überwachen. Daher fordert das BVerfG,⁶¹ dass der Gesetzgeber durch geeignete Verfahrensvorschriften einen hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase sicherstellen muss. Ergibt sich bei der Auswertung der erhobenen Daten deren Kernbereichsrelevanz, sind diese unverzüglich zu löschen, eine Weitergabe oder Verwertung ist auszuschließen. Ein umfassendes Beweisverwertungsverbot ist die zwingende Folge, um den Eingriff in den unantastbaren Bereich zu beseitigen – eine Parallele zu § 160a Abs. 1.

Genügt dieser zweistufige Schutz? Wie stehen Erhebungsverbot und Verwertungsverbot zueinander? Der Gesetzgeber folgt diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben an mehreren Stellen der StPO. So enthält nach vielen gesetzlichen Wirren die Regelung der akustischen Wohnraumüberwachung in § 100c heute einen Absatz 4 Satz 1: *Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, soweit auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte, insbesondere zu der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und dem Verhältnis der zu überwachenden Personen untereinander, anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden.* Erforderlich ist eine negative Kernbereichsprognose.⁶² Diese sollte auch für § 160a Abs. 1 gelten, auch wenn das derzeit in den aktuellen Kommentierungen umstritten ist und noch von der Rechtsprechung zu klären sein wird. Den Kernbereichsschutz vervollständigt § 100c Abs. 5. Zum einen ist eine akustische Wohnraumüberwachung unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte ergeben, dass kernbereichsrelevante Daten erfasst werden. Dennoch erfasste kernbereichsrelevante Daten sind unverzüglich zu löschen. Sie unterliegen nach § 100c Abs. 5 einem absoluten Beweisverwertungsverbot. Ausgeschlossen ist daher neben der Verwertung als Beweismittel auch die Verwertung der kernbereichsrelevanten Daten als weiterer Ermittlungsansatz.⁶³ Hoffentlich halten sich die Ermittlungsbehörden daran. Und nochmals: § 100c Abs. 6 nimmt alle Berufsgeheimnisträger des § 53 von der Maßnahme aus. Zuletzt, und zwar mit dem gleichen Gesetz, mit dem § 160a eingeführt wurde, folgte der Gesetzgeber⁶⁴ auch bei der Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nach § 100a den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Nach dessen Absatz 4 ist die Maßnahme unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch die Überwachung der Telekommunikation allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Nur: Wann ist das eigentlich der Fall, dass *allein* kernbereichsrelevante Erkenntnisse durch die Überwachung der Telekommunikation erlangt werden? Ein Mithören der Telefonate in Echtzeit mag durch Abschalten bei kernbereichsrelevanten Gesprächen einen hinreichenden Schutz

gewähren; bei einem automatisierten Aufzeichnen ist das kaum möglich.⁶⁵

Das alles zeigt noch einmal die widersprüchliche Gesetzgebung, das Gegenteil von Harmonisierung. Mit § 100a Abs. 4 wird eine Regelung zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung gesetzlich niedergelegt, während der gleichzeitig geschaffene § 160a als Harmonisierungsregelung für alle verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen dazu schweigt. Und das, obgleich dem Gesetzgeber⁶⁶ die umfängliche Problematik, dass bei einigen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen die Gefahr, dass ohne Wissen der Betroffenen in deren Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen wird, bewusst war.

Die gesetzliche Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes ist daher in der Gesetzessystematik insgesamt unzureichend. Regelungen in § 100a Abs. 4 und § 100c Abs. 4 für die Überwachung der Telekommunikation und für die akustische Wohnraumüberwachung sind gesetzgeberisches Stückwerk. Jede heimliche -strafprozessuale- Ermittlungsmaßnahme kann diesen unantastbaren Intim- und Privatbereich berühren. Das gilt insbesondere für eine akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen nach § 100f und auch für Bildaufnahmen nach § 100h. Dort schweigt das Gesetz zum Kernbereichsschutz. Aber auch offene Ermittlungsmaßnahmen können eine Kernbereichsrelevanz haben. Zu denken ist an die Durchsuchung und Beschlagnahme von Tagebüchern -zuletzt bei Verena Becker oder auch bei dem jugendlichen Amokläufer von Ansbach- oder von Computern, deren Daten ausgewertet werden. Es fehlt der StPO daher an einer allgemeinen Schutzvorschrift, die jede Ermittlungsmaßnahme untersagt, sofern Anhaltspunkte bestehen, dass Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung gewonnen werden.⁶⁷ Standort muss der neue § 160a sein. Durch eine solche Norm werden die Ermittlungsorgane grundrechtlich sensibilisiert. Aber auch wenn in Zukunft nach einer weiteren Gesetzesänderung eine derartige Schutzklausel in § 160a niedergeschrieben ist, bleibt die Frage nach der praktischen Umsetzung.

3. Der Kernbereich in der Praxis

Entscheidend ist, wie sich Kernbereichsschutz in der Ermittlungs- und Gerichtspraxis bewährt. Was unter diesen unantastbaren Bereich fällt, hat der Gesetzgeber nicht näher definiert, und er wird es auch nicht tun. Wahrscheinlich ist das auch gar nicht möglich. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung ist ein unbestimmter und auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff. Das gewährt den Strafverfolgungsbehörden ein Maß an – willkürlicher

⁶¹ AaO (Rn. 283).

⁶² Siehe dazu HK-GS/Hartmann (Fn. 7) § 100c Rn. 11 ff.

⁶³ So BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 278 = HRRS 2004, Nr. 170 = NStZ 2004, 270 (271); Nöding StraFo 2007, 456, 459.

⁶⁴ Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG.

⁶⁵ Siehe Nöding StraFo 2007, 456, 458 f.

⁶⁶ Siehe BT-Drs. 16/5846, S. 22.

⁶⁷ So Zöller StraFo 2008, 15, 22; sehr kritisch äußert sich Rogall, FS Fezer (2008), S. 61, der die Kernbereichsrechtsprechung für überschätzt hält (S. 64). Die Strafverfolgungsorgane sind in ihrer Tätigkeit auf den strafprozessualen Ermittlungszweck beschränkt und haben kein Interesse an der Verwertung intimer Kernbereichsinformationen. Erkenntnisse, die einen Bezug zu Straftaten haben und deren Aufklärung dienen, können nicht dem Kernbereich zugehören (S. 77 ff.).

– Definitionsmacht. Es geht bei ihnen auch um ein sicherheitsorientiertes oder ein freiheitsorientiertes Selbstverständnis ihrer Tätigkeit. Erfasst sind Situationen des Betroffenen mit sich allein. Erfasst ist auch die vertrauliche Kommunikation mit anderen, da sich der Mensch in sozialen Kontakten mit anderen verwirklicht. Eine Vermutung für die Kernbereichsrelevanz besteht bei Gesprächen mit Familienangehörigen oder engen Vertrauenspersonen. Der Kontakt oder die Kommunikation müssen stets einen höchstpersönlichen Charakter haben.⁶⁸ Es geht um den Kern der Privat- und der Intimsphäre einschließlich der Sexualität. Nach dem BVerfG⁶⁹ gehören auch Gespräche mit einzelnen Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern zu derartigen geschützten Gesprächen höchstpersönlichen Charakters und damit zu einem Bereich des absolut (!) unantastbaren Kernbereichs. Zu denken ist gewiss an die Kommunikation mit Geistlichen und Seelsorgern, aber auch an Kontakte zu Ärzten. Bei der Bedeutung der Strafverteidigung für die rechtsstaatliche Strafrechtspflege lassen sich auch Kontakte zu Strafverteidigern als unantastbarer rechtsstaatlicher Kernbereich erfassen.

Einschlägig ist als bisher einziges Urteil folgende Entscheidung des BGH⁷⁰ aus dem Jahr 2005: Der Angeklagte stand unter Mordverdacht. Während eines Krankenhausaufenthaltes wurde sein Einzelzimmer im Krankenhaus akustisch überwacht. In einem Selbstgespräch äußerte er sich selbst belastende Indizien. Sind diese als Beweismittel im Strafverfahren verwertbar? Der BGH sagt „nein“:

⁶⁸ Siehe HK-GS/Hartmann (Fn. 7) § 100c Rn. 12; Lindemann JR 2006, 191, 193 f.

⁶⁹ Siehe BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 278 = HRRS 2004, Nr. 170 = NStZ 2004, 270, 271.

⁷⁰ BGH v. 10. 8. 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 = HRRS 2005, Nr. 722 = JR 2006, 214; dazu Lindemann JR 2006, 191; abl. Rogall, FS Fezer, S. 61, 65 ff. („grotesk“).

„Ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten ist zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar, soweit es dem durch Art. 13 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Kernbereich zuzurechnen ist.“ Nach dem BGH sprechen zum einen die Art des Raumes und zum anderen Art und Inhalt der Äußerung für den absolut geschützten Kernbereich. Das Krankenzimmer wird zutreffend als Wohnung im Sinne des Art. 13 GG angesehen. Das Selbstgespräch hat zudem einen höchstpersönlichen Charakter, da es durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte gekennzeichnet ist und persönliche Erwartungen, Befürchtungen, Bewertungen sowie körperlich-seelische Gefühle und Befindlichkeiten beinhaltet. Der BGH stellt zur Abgrenzung klar, dass Gespräche, die Angaben über die konkret begangene Straftat enthalten, nicht zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung gehören. Jedoch als Selbstgespräch fehle dem Gespräch jeder Sozialbezug. Die Bejahung eines Beweisverwertungsverbots nach dem heutigen § 100c Abs. 4 und 5 ist daher zutreffend.

VII. Fazit

Die Zweiteilung in § 160a und das Fehlen eines umfassenden Schutzes für den Kernbereich privater Lebensgestaltung machen die heutige gesetzliche Regelung unvollständig und widersprüchlich. Der Gesetzgeber⁷¹ behauptet, dass mit der Neuregelung ein harmonisiertes System zur Berücksichtigung der von den Zeugnisverweigerungsrechten der Berufsheimlichkeitsgeheimnisträger geschützten Interessen außerhalb der Vernehmungssituation eingeführt ist. Dem ist nicht so.

⁷¹ Siehe BT-Drs. 16/5846, S. 34.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Mark Zöller. Terrorismusstrafrecht; Ein Handbuch, 758 Seiten, 98 €, C. F. Müller Wissenschaft, Heidelberg 2009.

Der Titel der Mannheimer Habilitationsschrift von Mark Zöller verspricht viel: die Auseinandersetzung mit einem die Gesellschaft und das Recht seit Jahren in besonderem Maße beschäftigenden Thema in einer umfassenden und erschöpfenden Art und Weise. Sowohl die Bezeichnung als „Handbuch“ als auch die dem entsprechende Gliederung sind für eine Habilitation eher untypisch: Das Werk befasst sich weniger mit der rechtsdogmatischen oder rechtspolitischen Diskussion eines bestimmten strafrechtlichen Problems oder mehrerer gleichläufiger Probleme als vielmehr mit der umfassenden Darstellung eines gesellschaftlichen Konflikts und dessen strafrechtlicher Lösungen. Das Versprechen, dass die Zusammenstellung zum Terrorismusstrafrecht umfassend und nahezu erschöpfend ist, hat Zöller ohne Zweifel erfüllt; selbst die Internationalität und Technisierung des modernen Terrorismus übersieht er nicht. Diese Breite führt nicht zuletzt dazu, dass eine Rezension über viele behandelte Aspekte nur einen Überblick geben kann und sich auf einige zentrale Punkte der Arbeit konzentrieren muss. Letzteres ist gerade aufgrund des handbuchartigen Charakters erschwert, weil es dem Autor nicht um einige zentrale Erkenntnisse oder den Beweis einer oder einiger Hauptthese geht, sondern sich das Werk durch die Erfassung aller das Terrorismusstrafrecht berührenden Aspekte auszeichnet. Dies spricht jedoch keineswegs gegen die Arbeit von Zöller, sondern ist schlicht Ausdruck ihrer Besonderheit. Es kann ohne Zweifel festgestellt werden, dass diese Zusammenstellung jedem, der sich auf wissenschaftlicher oder praktischer Ebene mit strafrechtlichen Aspekten des Terrorismus befasst, einen ersten und keineswegs nur oberflächlichen Einblick in fast alle Probleme dieser Thematik ermöglicht. Dies ist wohl der zentrale Nutzen dieses sorgsam recherchierten Werks.

So findet sich im ersten Teil eine detaillierte Darstellung der Geschichte und Gegenwart des Terrorismus (S. 11-98), die so unterschiedliche Phänomene wie die Assassinen, das „régime de la terreur“ der Jakobiner im Frankreich des 18. Jhd. (S. 16 f.), die russischen anarchistischen Bewegungen des 19. Jhd., die als Terrorismus benennbaren Ereignisse, die dem Ersten Weltkrieg vorausgingen, die PLO, RAF, den islamistischen Terrorismus und den „modernen“ Terrorismus beleuchtet. Es handelt sich hierbei um eine mehr als gelungene historische Abhandlung verschiedener Ereignisse und Facetten. Aufschlussreich ist insbesondere die differenzierte Auseinandersetzung mit den Unterschieden zwischen Islam

und Islamismus, ein Aspekt, der nicht nur in der Tagespolitik, sondern auch in vielen wissenschaftlichen Terrorismus-Debatten nicht selten weniger deutlich behandelt wird. (S. 46 ff.). Auch dass Zöller Terrorismus nicht mit Staatsfeindlichkeit gleichsetzt und dem vigilantistischen Terrorismus, der auf Stärkung der staatlichen Strukturen abzielt, ebenfalls Beachtung schenkt, ist erfreulich. Nicht zuletzt ist die Aufzählung der Besonderheiten des modernen Terrorismus (Netzwerk-Charakter, große potentielle Anhängerschaft, Internationalität des Operationsgebiets, Inkaufnahme hoher Opferzahlen unter der Zivilbevölkerung, erhebliche finanzielle Möglichkeiten, fehlende Erläuterungen der Motivation gegenüber der Öffentlichkeit, S. 92 ff.) positiv zu bewerten. Bemerkenswert ist jedoch, dass der Blick bei der Betrachtung der Terrorgruppen in der Außenperspektive verharrt. Im Anschluss werden wichtige Fragen wie der Terrorismusbegriff oder Sinn und Zweck der Bestrafung von Terroristen (S. 215 ff.) erörtert. Deshalb fragt sich der Leser, warum im allgemeinen Kapitel die Auseinandersetzung mit der Psychologie und Gruppenstruktur innerhalb terroristischer Organisationen fehlt. Auch die für das Strafrecht wichtigen Aspekte der in manchen Ländern vorhandenen Verflechtung mit der Gesellschaft und Art und Weise der Nutzung der Medien hätten erörtert werden können. Dies sind nur einige der Untersuchungsgegenstände nicht-juristischer Disziplinen, die der Bewertung der Verwendung des Strafrechts, das zur Bekämpfung des Terrorismus eingesetzt wird, doch dienlich erschienen. Natürlich kann auch in einem umfassenden Werk wie dem vorliegenden nicht alles besprochen werden, aber gerade im Vergleich mit den umfangreichen Beschreibungen historischer Ereignisse ist diese Auslassung doch zu bedauern.

Wie bereits erwähnt, behandelt Zöller im Anschluss an den historischen Teil zwei zentrale Fragen des Terrorismusstrafrechts (S. 99-290): den Begriff des Terrorismus und den Sinn und Zweck der Bestrafung von Terroristen. Gerade die Loslösung dieser Diskussion von konkreten Normen oder Fallgestaltungen ist zu begrüßen, da so alle wichtigen Argumente auf abstrakter Ebene dargestellt und in überzeugender Weise miteinander verknüpft werden können.

Aus der im zweiten Teil der Arbeit diskutierten Abgrenzung und Definition des Terrorismusbegriffs entwickelt Zöller in einer Synthese (S. 209 ff.) folgende notwendige Begriffselemente: die Anwendung oder Androhung von Gewalt, die objektive Schädigungseignung, die Ausführung der Taten mit einer „besonderen Absicht“ (Zwischensziel: Verbreitung von Schrecken, Hauptziele: Einschüchterung der Bevölkerung, Veranlassung bestimmter

Stellen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen, Zerstörung der Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation), Verfolgung eines mittelbaren Endziels (Verwirklichung bzw. Verbreitung einer bestimmten ideologischen Überzeugung). Zudem ist seiner Ansicht nach der staatliche oder staatsfördernde Terrorismus von der Definition auszunehmen, was mit den fundamentalen Unterschieden zwischen Terrorismus i.e.S. und Terrorismus i.w.S. begründet wird (S. 131). Die auf diesen Elementen basierende Begriffsbestimmung stellt nach Ansicht Zöllers einen „bislang fehlenden Bezugspunkt für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen terroristisch motivierter Straftaten“ dar. Nicht genau legt er fest, in welchem Kontext diese Frage dadurch beantwortet sein soll, was vermuten lässt, dass die Definition eine allgemeingültige Einteilung nach terroristischen und nicht-terroristischen Straftaten ermöglichen soll. Dies entspricht der vorab angeführten Kritik Zöllers an den §§ 129 ff. StGB, wonach diese, unter anderem weil es an einer klaren und allgemeinen Terrorismusdefinition mangelt, das Phänomen Terrorismus nicht überzeugend bekämpfen können. Die Ausführungen hierzu sind nicht unplausibel, insbesondere dass die Abgrenzungskriterien zwischen allgemeiner und terroristischer Kriminalität wohl nur im subjektiven Bereich zu finden seien (S. 146). Auch dass die deutschen Regelungen im Lichte des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung zu interpretieren sind (S. 188 f.), ist zutreffend. Etwas außerhalb der verständlicherweise diskutierten internationalen und europäischen Begriffsbestimmungen steht die Darstellung der anglo-amerikanischen Diskussion (S. 182-208). Zwar zieht Zöller daraus den Schluss, dass sich auch im US-amerikanischen Recht „eine deutliche Ausprägung des subjektiven Elements von Terrorismus und damit auch terroristischer Straftaten“ (S. 208) findet – hierfür scheint jedoch die Einbeziehung dieses Rechts nicht zwingend erforderlich. Denn zum einen finden sich diese Elemente schon in den genannten Standards, zum anderen hat die anglo-amerikanische Debatte für Deutschland keinerlei Verbindlichkeit und ist überdies auf das deutsche Recht angesichts der unterschiedlichen Rechtssysteme und -kulturen nicht direkt übertragbar. Insofern wäre möglicherweise wiederum ein Blick auf die Begriffsbestimmungen anderer Disziplinen der Terrorismusforschung nicht weniger interessant gewesen.

Die Diskussion über Sinn und Zweck der Bestrafung terroristischer Straftäter im dritten Teil (S. 214-290) ist ausgesprochen aufschlussreich und gut strukturiert. Auch hat sich Zöller an dieser Stelle mit den Erkenntnissen anderer Disziplinen, insbesondere der Psychologie, zur Motivation insbesondere von Selbstmordattentätern befasst, so dass der oben erwähnte Mangel eher in der Verortung als in der fehlenden Auseinandersetzung mit diesen Aspekten zu sehen ist. So kommt er zu den überzeugenden Schlussfolgerungen (S. 289 f.), dass das Strafrecht zwar nur einen, aber doch unverzichtbaren Bestandteil eines Terrorismusbekämpfungskonzepts darstellt, und dass eine privilegierende Behandlung terroristischer Straftäter, auch auf Ebene der Schuld, unvertretbar ist. Dabei sind Argumente der absoluten Strafzwecktheorien mit solchen der negativen Spezialprävention – im Sinne der Sicherung der Allgemeinheit vor dem Straftäter – zu verbinden. An dieser Stelle argumentiert er

unter anderem damit, dass sich der Staat gerade dadurch vom Tyrannen unterscheidet, dass er seine Feinde nicht rücksichtslos vernichtet, sondern „auch bei solchen Straftätern, bei denen eine erzieherische Wirkung von Kriminalstrafe [...] aussichtslos erscheint, den Versuch zur Rückgängigmachung ideologischer Fehlvorstellungen unternimmt“ (S. 290). Dieses Argument ist jedoch in sich nur plausibel, wenn als einzige Alternative zum Strafrecht die rücksichtslose Vernichtung angesehen wird – es ließe sich jedoch zumindest auch fordern, dass verstärkt die Wurzeln des Terrorismus bekämpft werden, etwa durch Verbesserung der Integrationspolitik oder der internationalen Beziehungen mit anderen Kulturen. Überdies bleibt zu bedenken, dass das Ergreifen aussichtsloser Maßnahmen Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Staates aufkommen lässt.

Hinsichtlich der Verortung ebenfalls etwas befremdlich, wenn auch inhaltlich überzeugend, ist die Diskussion zu „Feindstrafrecht für Terroristen“ (S. 272-288). Die Ablehnung der „Aufspaltung des Strafrechtssystems in ein der Normbegründung dienendes Bürgerstrafrecht und ein der Gefahrenabwehr dienendes Feindstrafrecht“ (S. 290) als legitimatorisch-affirmatives Konzept ist ohne Zweifel alternativlos. Die Argumente gegen das Konzept als deskriptiv-analytisches überzeugen dagegen nicht umfassend. Zöller bezeichnet die deskriptive Analyse unter diesem Begriff unter anderem als kontraproduktiv (S. 278), weil schon der Begriff des Feindes stark negativ behaftet wäre und nicht deskriptiv eingesetzt werden könne. Dies ist zu bezweifeln: Kann doch der Wissenschaftler durchaus die stark negativen Wertungen, die der Gesetzgeber möglicherweise durch derart charakterisierbare Gesetze vornimmt, nachzeichnen, ohne sie zu übernehmen – eine derartige deskriptive Vorgehensweise ist ohne Zweifel auch bei wertenden Begriffen zulässig. Zuzugeben ist jedoch, dass die Betitelung einer Regelung als Feindstrafrecht schnell zum Totschlagargument werden kann (S. 279), was tatsächlich in seiner Wertungsge ladenheit verwurzelt sein mag. Auch die mangelnde Präzision des Feindbegriffs (S. 280) ist nicht abzustreiten. Beide Probleme sind zwar gewichtig, führen jedoch nicht zwingend zur umfassenden Ablehnung des Konzepts als beschreibendem. Denn Zöller diskutiert an dieser Stelle nicht, dass man durchaus bei einigen gesetzlichen Veränderungen des materiellen und prozessualen Strafrechts zumindest diskutieren könnte, ob hier nicht bestimmte Täter besonders kategorisiert und anders als jeder andere Bürger behandelt werden und, zumindest solange keine andere Begrifflichkeit existiert, die Verwendung der Bezeichnung „Feindstrafrecht“ hierfür nicht völlig unplausibel erscheint.

Kern der Arbeit bilden der vierte und fünfte Teil, in denen sich Zöller umfassend mit dogmatischen Aspekten des Terrorismusstrafrechts auseinandersetzt.

Der vierte Teil befasst sich mit der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Erscheinungsformen des internationalen Terrorismus und auf das Internet (S. 291-453). Nach der allgemeinen Darstellung der Grundprinzipien des deutschen Strafanwendungsrechts (S. 295-313) wendet sich Zöller der Lösung von Jurisdiktionskonflikten (S. 314-328) zu. Im Ergebnis (S. 329) ermöglichte, so seine Feststellung, das deutsche Strafanwen-

dungsrecht bei terroristischen Straftaten eine weite Ausdehnung der deutschen Strafgewalt auf Sachverhalte mit Auslandsbezug, was zu der praktischen Konsequenz führe, dass in einer Vielzahl der Fälle ein Ausgleich durch Rückgriff auf das Opportunitätsprinzip nach den §§ 153c, 153f StPO erfolgen müsse. Nicht weniger überzeugend ist seine Beobachtung, dass das geltende Völkerrecht keinen wirksamen Schutz vor wiederholter Strafverfolgung in verschiedenen Staaten biete und auch auf europäischer Ebene der Regelungsgehalt des „ne bis in idem“-Grundsatzes (Art 54 SDÜ) durch eine Ausnahmeklausel, von der Deutschland Gebrauch gemacht hat, entwertet wird. Nicht überraschend in völkerrechtlichen Kontexten ist, dass, wo die Voraussetzungen zu einer friedlichen und harmonischen Zusammenarbeit zwischen Staaten fehlen, faktisch das „Recht des Stärkeren“ – in diesem Fall nach Ansicht Zöllers des Staates, der den Beschuldigten ergriffen bzw. in seiner Gewalt hat – gilt (S. 330). Im Anschluss hieran kommt Zöllers dogmatische Analyse des Verhältnisses von § 129b zu den §§ 3 ff. StGB (S. 333-346) zu dem Ergebnis, dass sie kumulativ zur Anwendung kommen. Die praktisch höchst relevante Auseinandersetzung mit terroristischen Aktivitäten im Internet (S. 347-453) versammelt einige Überlegungen zu allgemeinen Aspekten wie der Providerhaftung oder der Nutzung des Internet zur Tatvorbereitung sowie zu speziellen Straftaten, die durch die Verbreitung terrorismusbezogener Inhalte oder spezifisch durch Cyberterrorismus begangen werden. Diese umfassende dogmatische Aufarbeitung kann nur als spannend und höchst gelungen bewertet werden, insbesondere die Analyse zu der erst vor kurzem eingeführten Norm § 91 StGB (S. 394 ff.) ist erwähnenswert. Auch hier wird im Anschluss wiederum die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts problematisiert (S. 431-453).

Der dogmatischen Vorgehensweise bleibt Zölller auch im fünften Teil (S. 455-645) treu, der die Grundpfeiler des deutschen materiellen Terrorismusstrafrechts sowie die Reformen im materiellen und prozessualen Teil behandelt. Zunächst wird im Kontext der Strafbarkeit wegen Mordes insbesondere festgestellt, dass terroristische Motivationen wegen des Mangels an inhaltlicher Konnexität zwischen Opferverhalten und Tötung regelmäßig das Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe i.S.v. § 211 StGB erfüllen (S. 469 ff.; 498). Von einer Reform der Norm unter diesem Gesichtspunkt rät Zölller ab. Nach seiner Ansicht stellt überdies die Annahme der besonderen Schwere der Schuld i.S.v. § 57a StGB in diesen Fallgestaltungen entgegen der gesetzlichen Systematik den Regelfall dar. Im Anschluss werden unter der Überschrift „Das Vorfeld terroristischer Anschläge“ die allgemeine Frage nach der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes sowie die dogmatischen Schwierigkeiten der §§ 129a, 129b StGB dargestellt (S. 500-554). Nach einer doch erstaunlich kurzen Diskussion des Reformbedarfs werden eingehend die Neuregelungen der §§ 89a, 89b StGB analysiert, wobei verwundert, warum dies nicht ebenfalls unter der Überschrift des vorigen Kapitels geschieht – sind doch diese Normen ebenfalls im Vorfeld eines terroristischen Anschlags angesiedelt. Dennoch ist diese ausführliche Analyse der noch neuen und bisher wenig diskutierten Normen gelungen. Vor allem seiner ausgesprochen kritischen Bewertung der Neuregelung (S. 585 ff.), die gegen rechtsstaatliche und verfassungs-

rechtliche Grundsätze verstößt, kann nur uneingeschränkt zugestimmt werden. Insbesondere ist zutreffend, dass es der Sache nach weniger um die Schließung von Strafbarkeitslücken geht, sondern um Behebung von Beweisschwierigkeiten. Auch die Vermutung bezüglich der tatsächlichen Ziele des Gesetzgebers (die Ausweitung strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse und die politische Absicherung für den terroristischen Ernstfall) ist plausibel. Anschließend werden noch die Zuständigkeit für die Verfolgung terroristischer Straftaten und subsidiäre materiell-rechtliche Anknüpfungspunkte (§ 261 StGB, § 34 AWG, § 20 VereinsG) erläutert (S. 588-645), die nach Zölller nur eingeschränkte Bedeutung besitzen (S. 644).

In seinem Ausblick beschäftigt sich Zölller mit dem Terrorismus als völkerrechtlichem Verbrechen (S. 647-694). Seiner Ansicht nach lassen sich terroristische Verhaltensweisen im konkreten Einzelfall als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgen, jedoch nur, wenn terroristische Vereinigungen als nicht-staatliche Akteure „Organisationen“ i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut darstellen, was nur für einige von ihnen zu bejahen ist. Überdies sei erforderlich, dass ein ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung vorliegt. Gerade bloß lokal auftretenden Gruppierungen oder losen Zusammenschlüssen nicht operativ-agierender, unstrukturierter terroristischer Akteure ist daher mit dem Völkerstrafrecht nicht beizukommen. Generell ist Zölller der Ansicht, dass die Bedeutung des Römischen Status und des Internationalen Strafgerichtshofs weniger in der Ausübung von Strafgerichtsbarkeit liegt als darin, faktischen Zwang auf die Vertragsstaaten zur effektiven Eindämmung des internationalen Terrorismus auszuüben (S. 694). Auch dem kann grundsätzlich zugestimmt werden, wobei jedoch die Diskussion über eine mögliche Ausweitung internationaler Straftatbestände mit Blick auf den Terrorismus im Vergleich zur dogmatischen Analyse des Völkerstrafrechts etwas kurz ausfällt.

Nicht nur das umfassende, auch internationale und interdisziplinäre Werke berücksichtigende Literaturverzeichnis (S. 713 ff.) zeigt, dass das Handbuch ohne Zweifel ein unverzichtbares Werk im Bereich der wissenschaftlichen, aber auch praktischen Beschäftigung mit der Terrorismusbekämpfung darstellt. Die Arbeit ist intensiv und sorgfältig recherchiert und berücksichtigt alle wichtigen Aspekte, die sich um die Frage der strafrechtlichen Erfassung des Terrorismus ranken. Jeder, der sich in Zukunft mit Terrorismus im Kontext des Strafrechts beschäftigen wird, wird in Zöllers Buch eine gute Grundlage für den Beginn der eigenen Recherche und für die zentralen Diskussionen zu dem Thema eine fundierte Sammlung der zentralen Argumente finden. Auch in der Sache ist Zölller in vielerlei Hinsicht zuzustimmen.

Doch die Ausgestaltung als Handbuch birgt auch nicht zu verschweigende Nachteile. So fühlt sich der Leser einer Habilitationsschrift angesichts des Fehlens umfassender Thesen über das gewählte Thema „Terrorismusstrafrecht“ mit den gesammelten Fakten und Einzelargumentationen ein wenig allein gelassen. Das schmälert nicht die Leistung einer derart umfassenden Darstellung – es lässt jedoch viele Fragen, insbesondere rechtspolitischer Art, offen und einen roten Faden im Sinne einer wissenschaft-

lichen Erörterung vermissen. So fragt man sich, ob das Terrorismusstrafrecht sich qualitativ vom sonstigen Strafrecht unterscheidet, ob sich einige allgemeine Merkmale finden, die derartiges Strafrecht auszeichnen und wie diese bewertet werden könnten. Auch wie der Strafgesetzgeber und Rechtsanwender die Bekämpfung des Terrorismus optimieren könnten, ist zumindest keine zentrale Frage in Zöllers Buch.

Dennoch kann zusammenfassend nur festgestellt werden, dass sich zur Zeit wohl keine derart gründliche Zusammenstellung zu diesem Themenbereich finden

lässt und vieles an dieser durchweg klar formulierten, fundiert und logisch argumentierenden Arbeit ausgesprochen interessant ist. Das Werk ist somit ohne Zweifel eine wichtige Bereicherung der Debatte um das aktuelle und wichtige Thema der strafrechtlichen Bekämpfung terroristischer Phänomene.

Wiss. Ass. Dr. **Susanne Beck**, LL.M., Universität Würzburg

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.

989. BGH 3 StR 307/10 – Urteil vom 14. Oktober 2010 (LG Hildesheim)

Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft.
§ 349 StPO

990. BGH 3 StR 316/10 – Urteil vom 14. Oktober 2010 (LG Hannover)

Unbegründete Revision; rechtsstaatswidrige Verzögerung.
§ 349 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

991. BGH 3 StR 348/10 – Urteil vom 11. November 2010 (LG Hannover)

Besonders schwerer Raub (Urteilsformel).
§ 250 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

992. BGH 3 StR 368/10 – Beschluss vom 8. Oktober 2010 (LG Kiel)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (maßgeblicher Zeitpunkt für die Erledigung der Vollstreckung einer Strafe).
§ 55 StGB

993. BGH 3 StR 395/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Düsseldorf)

Unbegründete Revision; Beschwer.
§ 349 Abs. 2 StPO

994. BGH 5 StR 263/10 – Beschluss vom 28. Oktober 2010 (LG Berlin)

Einstellung des Verfahrens; Aufhebung des Haftbefehls.
§ 112 StPO; § 126 Abs. 3 StPO; § 206a StPO

995. BGH 5 StR 360/10 – Beschluss vom 26. Oktober 2010

Unbegründete Anhörungsrüge (verspätet vorgelegter, aber unerheblicher Schriftsatz).
§ 356a StPO

996. BGH 5 StR 420/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (LG Lübeck)

Unbegründete Revision; Einziehung (Tatmittel; Reisekosten); Verfall.
§ 349 StPO; § 73 StGB; § 74 StGB

997. BGH 3 StR 226/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Osnabrück)

Geldfälschung (subjektiver Tatbestand); lückenhafte Feststellungen (Einrücken der Anklageschrift).
§ 146 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

998. BGH 3 StR 249/10 – Beschluss vom 14. September 2010 (LG Kleve)

Lückenhafte Beweiswürdigung; Urteilsgründe.
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

999. BGH 3 StR 261/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Lüneburg)

Strafzumessung; Strafraumenwahl (Versuch; besondere Berücksichtigung versuchsspezifischer Umstände; Vollendungsnähe; Gefährlichkeit; kriminelle Energie).
§ 22 StGB; § 23 StGB; § 46 StGB

1000. BGH 3 StR 381/10 – Beschluss vom 12. Oktober 2010 (LG Wuppertal)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Vorverurteilungen); Erziehungsregister (Verwertungsverbot).
§ 60 BZRG; § 51 Abs. 1 BZRG; § 63 BZRG; § 46 StGB

1001. BGH 5 StR 226/10 – Beschluss vom 28. Oktober 2010 (LG Cottbus)

Eingehungsbetrug (Tateinheit; Tatmehrheit; gleichartige Taten; wechselnde Erfüllungsbereitschaft).
§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1002. BGH 5 StR 299/10 – Urteil vom 14. Oktober 2010 (LG Dresden)

Unbegründete Revision; Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung.
§ 349 StPO; § 261 StPO

1003. BGH 5 StR 359/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (LG Bremen)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit; fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (sofort verfügbares Beweismittel; konkrete Bezeichnung von Beweismittel und Beweistatsache; motorische Ausfallerscheinungen); Strafzumessung.
§ 21 StGB; § 49 StGB; § 244 StPO; § 46 StGB

1004. BGH 5 StR 411/10 – Beschluss vom 28. Oktober 2010 (LG Dresden)

Strafaussetzung zur Bewährung (gebotene Prognose im Gegensatz zu hypothetischen Erörterungen zu einer fiktiven früheren Aburteilung).
§ 56 StGB

1005. BGH 3 StR 178/09 – Beschluss vom 1. September 2009 (LG Kleve)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; frühere Verhandlung; Entscheidung über die Bildung einer Gesamtstrafe).
§ 55 StGB

1006. BGH 3 StR 226/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Osnabrück)

Urteilsgründe bei einer Verständigung (Mindestmaß an Sorgfalt; Angabe im Urteil; erforderliche Feststellungen; keine Heilung über die Anklageschrift; Einrücken); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (eigen-nütziges Bemühen um ein eigenes Umsatzgeschäft); Revisionserstreckung auf Mitangeklagte.
§ 357 StPO; § 267 StPO; § 29a BtMG

1007. BGH 3 StR 265/10 – Beschluss vom 17. August 2010 (LG Oldenburg)

Sexuelle Nötigung (Taterfolg; Vornahme sexueller Handlungen des Opfers an sich selbst); Nötigung.
§ 177 StGB; § 240 StGB

1008. BGH 3 StR 295/09 – Beschluss vom 28. Juli 2009 (LG Osnabrück)

Urteilsformel (Angabe der Qualifikation; keine Angabe gemeinschaftlichen Handelns); Vorwegvollzug (keine Berücksichtigung von Untersuchungshaft durch den Tatrichter).
§ 260 Abs. 4 StPO; § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

1009. BGH 3 StR 300/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Kleve)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Mittäterschaft; Beihilfe).
§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

1010. BGH 3 StR 370/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung und Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (unzulässige Verwertung zulässigen Verteidigungsverhaltens); Teilschweigen; Nichtentbindung eines Verteidigers von der Schweigepflicht.
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 261 StPO; § 136 StPO

1011. BGH 5 StR 299/10 – Beschluss vom 14. Oktober 2010 (LG Dresden)

Aussetzung der Hauptverhandlung (neu hervorgetretene Umstände); unzulässige Verfahrensrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).
§ 265 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 55 StPO

1012. BGH 5 StR 419/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (LG Chemnitz)

Rechtsmittelverzicht (Wirksamkeit); rechtswidrige Absprache (Umgehung).
§ 302 StPO; § 257c StPO; § 273 Abs. 1a StPO

1013. BGH 3 StR 257/09 – Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Mönchengladbach)

Versuchte schwere räuberische Erpressung; Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit; Rücktrittshorizont; Bedeutung des ursprünglichen Tatplans für den fehlgeschlagenen Versuch; innere Hemmungen).
§ 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 24 Abs. 2 StGB; § 357 Satz 1 StPO

1014. BGH 3 StR 274/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Krefeld)

Sicherungsverwahrung (Hang zur Begehung erheblicher Straftaten; eingeschliffener innerer Zustand).
§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1015. BGH 3 StR 296/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Oldenburg)

Betrug (Tateinheit; mehrere irrtumsbedingte Vermögensverfügungen aufgrund einer Handlung des Täters); Strafzumessung; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Verursachungsbeiträge der Angeklagten); Strafzumessung.
§ 263 StGB; § 52 StGB; § 25 StGB; § 46 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

1016. BGH 3 StR 303/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Mönchengladbach)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Absehen; Mitteilung des Vollstreckungsstandes in den Urteilsgründen); Tateinheit (Zusammentreffen in einem Handlungs-teil; Teilidentität der Ausführungshandlungen); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Aussicht auf Erfolg).
§ 55 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 250 Abs. 1 StGB; § 177 StGB; § 52 StGB; § 64 StGB

1017. BGH 3 StR 338/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Duisburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Vergewaltigung; Versuch (Rücktritt; Freiwilligkeit; fehlgeschlagener Versuch).

§ 177 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

1018. BGH 3 StR 346/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Kleve)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Gefährlichkeitsprognose; hinreichend konkrete Aussicht eines Therapieerfolges); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begleitung eines Kuriers; Mittäterschaft; Beihilfe).

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

1019. BGH 3 StR 384/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Hildesheim)

Totschlag; Rücktritt vom Versuch; umgekehrte Korrektur des Rücktrittshorizonts (engster räumlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der letzten Ausführungshandlung); Totschlag durch Unterlassen nach Rücktritt vom Tötungsversuch.

§ 212 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

1020. BGH 5 StR 497/09 – Beschluss vom 26. Oktober 2010 (LG Dresden)

Untreue (Subventionierung); Schadensbestimmung (Betrachtung ersparter Aufwendungen); Strafzumessung (politischer Druck auf einen Beamten; Bewertung des eingetretenen Schadens in seinen wirtschaftlichen Zusammenhängen); rechtsstaatswidrige Verzögerung (Kompensation).

§ 266 StGB; § 46 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

1021. BGH 3 StR 289/10 – Beschluss vom 12. Oktober 2010 (LG Osnabrück)

Nachstellung (schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zusammentreffen von Rauschmittelabhängigkeit mit Persönlichkeitsstörungen; Kausalität; hinreichende Aussicht auf Behandlungserfolg).

§ 238 StGB; § 64 StGB

1022. BGH 3 StR 301/09 – Beschluss vom 29. September 2009 (LG Kiel)

Aufhebung des Strafausspruchs mit den Feststellungen (Umfang der Rechtskraft; bindende Feststellungen; nicht den Schuldspruch tragende Feststellungen; doppelrelevante Tatsachen); Sicherungsverwahrung (Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters; Differenzierung zwischen Hang und Gefährlichkeitsprognose); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (vorwerfbare Alkoholisierung).

§ 358 Abs. 1 StPO; § 66 StGB; § 21 StGB; § 349 Abs. 4 StPO

1023. BGH 3 StR 350/09 – Beschluss vom 24. September 2009 (LG Kiel)

Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft (grob fahrlässig verursachte Maßnahmen; dringender Tatverdacht).

§ 8 Abs. 3 Satz 2 StrEG, § 464 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 5 Abs. 2 StrEG

1024. BGH 3 StR 363/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Verden)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande; Mittäterschaft; Beihilfe).

§ 30 BtMG; § 30a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

1025. BGH 3 StR 373/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Lüneburg)

Beihilfe zu mehreren Straftaten durch eine Handlung (Tateinheit); Konkurrenzen (eigenständige Prüfung für jeden Beteiligten).

§ 52 StGB; § 27 StGB

1026. BGH 3 StR 386/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Kiel)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Mitteilung des Vollstreckungsstandes früherer Strafen); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Indizwirkung körperlicher Entzugserscheinungen); Urteilsformel (schwerer Raub; mittäterschaftliche Begehung).

§ 55 StGB; § 64 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

1027. BGH 3 StR 80/09 – Beschluss vom 28. Juli 2009 (LG Krefeld)

Selbstbelastungsfreiheit; Nemo-tenetur-Grundsatz; zulässiges Verteidigungsverhalten; Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen (Erforderlichkeit zur Erforschung der Wahrheit; Ermessensausübung).

Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 244 Abs. 5 StPO; § 261 StPO

1028. BGH StB 32/09 – Beschluss vom 4. August 2009 (OLG Frankfurt/Main)

Freiheitsgrundrecht; Beugehaft zur Erzwingung eines Zeugnisses (Ermessen des Tatrichters; Unerlässlichkeit; Beweisbedeutung der gestellten Frage; Ermessensreduktion auf Null); Selbstbelastungsfreiheit.

§ 70 StPO; § 55 StPO; Art. 2 Abs. 2 Satz 2; Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG

1029. BGH 3 StR 253/09 – Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Hildesheim)

Untreue (Mittäterschaft; Serientaten; Tateinheit; Tatmehrheit).

§ 266 StGB; § 25 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1030. BGH 3 StR 339/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Osnabrück)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Vermittlung eines Betäubungsmittelgeschäfts; Täterschaft; Beihilfe); Aufklärungshilfe (milderes Gesetz; Strafrahenwahl; autonomer Tatbegriff).

§ 29a BtMG; § 31 BtMG; § 2 StGB; § 49 StGB

1031. BGH 3 StR 376/09 – Beschluss vom 6. Oktober 2009 (LG Krefeld)

Brandstiftung (minder schwerer Fall; Persönlichkeitsstörung; Alkoholintoxikation; Strafmilderung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (länger dauernder Zustand).

§ 306a StGB; § 21 StGB; § 49 StGB; § 63 StGB

1032. BGH 3 StR 410/09 – Beschluss vom 20. Oktober 2009 (LG Kiel)

Untreue (Auskehrung eines Darlehensbetrages vor dinglicher Sicherung; Berechnung des Vermögensschadens; bilanzieller Minderwert des Darlehensrückzahlungsanspruchs; Gefährdungsschaden; schadensgleiche Vermögensgefährdung); Strafzumessung.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 StGB; § 46 StGB

1033. BGH 3 StR 562/08 – Beschluss vom 30. Juli 2009 (LG Krefeld)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande); Anwesenheit des Angeklagten; Beurlaubung (Verhandlung gegen mehrere Mitglieder einer Bande).

§ 231c StPO; § 230 Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 29a BtMG; § 30a BtMG

1034. BGH 5 StR 119/10 – Beschluss vom 15. Oktober 2010 (LG Hamburg)

Ablehnung eines Beweisantrages (mangelhafte Anschrift eines zu ladenden Zeugen); Inbegriffsrüge (Selbstleseverfahren); Besorgnis der Befangenheit (Grundsatz der Aktenwahrheit und Aktenklarheit).

§ 244 StPO; § 261 StPO; § 249 Abs. 2 StPO; 338 Nr. 3 StPO; § 24 StPO

1035. BGH 5 StR 263/10 – Beschluss vom 28. Oktober 2010 (LG Berlin)

Absolute Verjährung; Ruhen der Verjährung; Untreue; Auslieferungverkehr mit dem Vereinigten Königreich (Amendment to Designations Order; Extradition Act 2003); Europäischer Haftbefehl.

§ 266 StGB; § 78 StGB; § 78b StGB; § 78c StGB; § 206a StPO

1036. BGH StB 38/09 – Beschluss vom 22. September 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Nachträglicher Rechtsschutz gegen Überwachung der Telekommunikation; Umfang der erforderlichen Akteneinsicht (angefochtene Entscheidungen in ungekürzter Form; Grundlagen der angefochtenen Entscheidung); rechtliches Gehör; in-camera-Verfahren.

§ 478 Abs. 1 StPO; § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG; § 101 Abs. 7 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 475 StPO; § 100a StPO

1037. BGH 3 StR 190/10 – Urteil vom 5. August 2010 (LG Stade)

Besonders schwerer Raub (Verwenden eines neutralen Gegenstandes in gefährlicher Weise; Verwenden als Nötigungsmittel; gefährliches Werkzeug; Vollendung der Qualifikation); sukzessive Mittäterschaft.

§ 250 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 25 StGB

1038. BGH 3 StR 226/10 – Beschluss vom 19. August 2010 (LG Osnabrück)

Deal; Verständigung; Belehrung des Angeklagten über Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung (rechtsfehlerhaftes Unterlassen; Bindung des Gerichts; kein Verwertungsverbot für ein Geständnis); Dokumentation einer dem Urteil vorangehenden Verständigung in den Urteilsgründen; Beruhen.

§ 257c StPO; § 337 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1039. BGH 3 StR 287/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Hannover)

Gespräche mit Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung (Verständigung; Besorgnis der Befangenheit; Recht auf ein faires Strafverfahren).

Art. 6 EMRK; § 257c StPO; § 24 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO

1040. BGH 3 StR 294/10 – Urteil vom 30. September 2010 (LG Aurich)

Fahren ohne Fahrerlaubnis (Tatbegriff); besonders schwere räuberische Erpressung (Abpressen von Bankkarte und PIN; Zugriffsmöglichkeit; nicht gedecktes Konto; Vermögensschaden; Versuch); Bemessung der Jugendstrafe (schädliche Neigungen).

§ 21 StVG; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 17 JGG

1041. BGH 3 StR 353/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Hannover)

Gewerbsmäßige Abgabe von Betäubungsmitteln als Person über 21 Jahre an Personen unter 18 Jahren; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Konkurrenzen; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsur).

§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 52 StGB; § 55 StGB

1042. BGH 5 StR 319/10 – Urteil vom 27. Oktober 2010 (LG Berlin)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (lebensfremde Feststellungen; Grenzen der Revisibilität); Darlegungspflicht zum Vorleben des Angeklagten; Aufgabenverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO; § 337 StPO

1043. BGH 5 StR 394/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (OLG Stuttgart)

Vorlageverfahren; Anfragebeschluss; Sicherungsverwahrung (Fortdauer; Aussetzung zur Bewährung; Prüfung der Fortdauer von Amts wegen); EMRK; BGHSt; Berücksichtigungspflicht; Normverwerfungskompetenz; Rückwirkungsverbot; Verhältnismäßigkeitsprinzip (unmittelbar drohende schwerste Straftaten, durch die die Opfer physisch oder psychisch massiv geschädigt werden); anwendbare Rechtslage bei Maßregeln (andere gesetzliche Bestimmung); gesetzliche Neugestaltung der Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Therapieorientierung); redaktioneller Hinweis.

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 132 GVG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 121 Abs. 2 GVG; § 62 StGB

1044. BGH 5 StR 440/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (OLG Celle)

Vorlageverfahren; Anfragebeschluss; Sicherungsverwahrung (Fortdauer; Aussetzung zur Bewährung; Prüfung der Fortdauer von Amts wegen); EMRK; BGHSt; Berücksichtigungspflicht; Normverwerfungskompetenz; Rückwirkungsverbot; Verhältnismäßigkeitsprinzip (unmittelbar drohende schwerste Straftaten, durch die die Opfer physisch oder psychisch massiv geschädigt werden); andere Bestimmung; gesetzliche Neugestaltung der Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Therapieorientierung).

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 132 GVG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 121 Abs. 2 GVG; § 62 StGB

1045. BGH 5 StR 474/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (OLG Koblenz)

Vorlageverfahren; Anfragebeschluss; Sicherungsverwahrung (Fortdauer; Aussetzung zur Bewährung; Prüfung der Fortdauer von Amts wegen); EMRK; BGHSt; Berücksichtigungspflicht; Normverwerfungskompetenz; Rückwirkungsverbot; Verhältnismäßigkeitsprinzip (unmittelbar drohende schwerste Straftaten, durch die die Opfer physisch oder psychisch massiv geschädigt werden); andere Bestimmung; gesetzliche Neugestaltung der Sicherungsverwahrung (Abstandsgebot; Therapieorientierung).

§ 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 132 GVG; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 7 Abs. 1 EMRK; § 66 StGB; § 66a StGB; § 66b StGB; § 121 Abs. 2 GVG; § 62 StGB

1046. BGH 1 StR 266/10 – Urteil vom 19. Oktober 2010 (LG Bamberg)

BGHSt; Darlegungsvoraussetzungen an ein Einstellungs-urteil wegen Verjährung (Verfahrensvoraussetzungen; Ermöglichung der Anfechtung durch Verfahrensbeteiligte und der Überprüfung durch das Revisionsgericht); gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug.

§ 260 Abs. 3 StPO; § 78 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1047. BGH 1 StR 326/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Karlsruhe)

Verfahrenseinstellung im Sicherungsverfahren; Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 413 StPO; § 63 StGB

1048. BGH 1 StR 347/10 – Beschluss vom 8. Oktober 2010 (LG Regensburg)

Mangelnde Belehrung über Rechtsfolgen der Verständigung (Beruhen); gebotene Angabe einer Strafuntergrenze (mangelnde Beschwer des Angeklagten; Beschwer der Staatsanwaltschaft).

§ 257c Abs. 3 Satz 2, Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 337 StPO

1049. BGH 1 StR 359/10 – Beschluss vom 11. Oktober 2010 (LG München I)

Gewerbsmäßige Untreue; Verständigung (Angabe einer Strafuntergrenze; Protokollrüge); Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs; Strafzumessung und Wiedergutmachung (Schuldanerkenntnis).

§ 266 Abs. 1, 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 46a StGB; § 46 StGB; § 257c StPO

1050. BGH 1 StR 369/10 – Beschluss vom 25. Oktober 2010 (LG Konstanz)

Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Kindern (Aussage gegen Aussage; mangelnde Aussagekonstanz; Begründungsbedarf).

§ 261 StPO; § 174 StGB

1051. BGH 1 StR 373/10 – Beschluss vom 24. September 2010 (LG Mannheim)

BGHR; Spezialitätsgrundsatz bei Serienstraftaten (Europäischer Haftbefehl; Begriff der anderen Tat; Sachverhaltsschilderungen).

§ 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG; Art. 27 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI) – RB-EUhb

1052. BGH 1 StR 385/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1053. BGH 1 StR 57/10 – Urteil vom 25. Oktober 2010 (LG München I)

BGHSt; Tötung von Unbeteiligten in Italien im Zweiten Weltkrieg als Rache für einen Partisanenangriff (Mord aus niedrigen Beweggründen; keine Rechtfertigung als Kriegsrepressalie; Rechtfertigungsvorsatz: subjektives Rechtfertigungselement); ne bis in idem (Verbot der Doppelbestrafung; Geltung nach der Europäischen Grundrechtecharta; Einschränkung durch Art. 54 SDÜ; mögliche Auslieferung und Vollstreckung eines italienischen Abwesenheitsurteils); Vorlagepflicht (acte clair-Doktrin).

§ 211 Abs. 2 StGB; Art. 54 SDÜ; Art. 50 EuGRCh; Art. 52 EuGRCh; § 47 Abs. 1 Satz 1 MStGB aF

1054. BGH 1 StR 401/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG München I)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1055. BGH 1 StR 424/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Mannheim)

BGHR; Umfang der erforderlichen Feststellungen bei der Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in Fällen der Nichtzahlung ordnungsgemäß angemeldeter Sozialversicherungsbeiträge (Ausschluss geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse; Beitragsnachweis; Rechtsanwendung durch das Gericht).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 8 SGB IV; § 28f Abs. 3 Satz 1 SGB IV; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1056. BGH 1 StR 443/10 – Beschluss vom 8. Oktober 2010 (LG München II)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1057. BGH 1 StR 449/10 – Beschluss vom 3. November 2010 (LG Augsburg)

Aufklärungspflicht und Verständigung (unterbliebene Belehrung über die Rechtsfolgen der Verständigung; Vertrauensschutz; Aufklärungen zur Schuldfähigkeit des Angeklagten nach Abschluss einer Verständigung).

Art. 6 EMRK; § 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1058. BGH 1 StR 462/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Ravensburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1059. BGH 1 StR 464/10 – Beschluss vom 9. September 2010 (LG Traunstein)

Rechtsfehlerhafte Annahme einer erhöhten Mindeststrafe; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 29a Abs. 1 BtMG; § 46 StGB

1060. BGH 1 StR 469/10 – Beschluss vom 2. November 2010 (LG München II)

Verfahrensabsprache (Voraussetzungen der Belehrung gemäß § 257c Abs. 5 StPO; unterbliebene Belehrung).

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO

1061. BGH 1 StR 484/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Frankfurt am Main)

Strafzumessung und Gesamtstrafenbildung bei Steuerhinterziehung (Umsatzsteuerhinterziehung; fortbestehende Geldstrafe).

§ 46 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB § 370 AO

1062. BGH 1 StR 495/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG München I)

Ablehnung eines Hilfsbeweisansatzes als bedeutungslos (Erwiesensein).

§ 244 Abs. 3 StPO

1063. BGH 1 StR 499/10 – Beschluss vom 20. Oktober 2010 (LG Lübeck)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1064. BGH 1 StR 500/10 – Beschluss vom 3. November 2010 (LG Kempten)

Unbegründetes Befangenheitsgesuch (Ablehnungsverfahren; rechtliches Gehör: Überraschungsurteil; Spannungen zwischen Gericht und Verteidiger [„sich aufmandelnder Verteidiger“]; Aushändigung und Kopie einer eingeschränkten Aussagegenehmigung); Verhandlungsleitung und Sachlichkeitsgebot.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 StPO; § 26a StPO; § 26 StPO; § 238 StPO; § 43a BRAO

1065. BGH 1 StR 510/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Mannheim)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Darlegung des Hindernisses bei einer Verfahrensabsprache; Verteidigerverschulden; Glaubhaftmachung); Recht auf ein faires Verfahren (effektive Verteidigung; Vertrauensschutz).

§ 44 StPO; § 257c StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG

1066. BGH 1 StR 520/10 – Beschluss vom 3. November 2010 (LG Landshut)

BGHSt; Beweiswert einer kombinierten Analyse von Kern-DNA und mitochondrialer DNA (Beweiswürdigung).

§ 261 StPO

1067. BGH 1 StR 551/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1068. BGH 1 StR 571/10 – Beschluss vom 16. November 2010 (LG Aschaffenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1069. BGH 2 StR 104/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (LG Meiningen)

Offensichtliches Schreibversehen.

§ 267 StPO

1070. BGH 2 StR 111/09 – Beschluss vom 26. Oktober 2010 (BGH)

Offensichtliches Schreibversehen.

§ 267 StPO

1071. BGH 2 StR 111/09 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Köln)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

1072. BGH 2 StR 228/10 – Beschluss vom 2. September 2010 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässige Revision der Nebenklage.

§ 400 StPO

1073. BGH 2 StR 249/10 – Beschluss vom 14. Oktober 2010 (LG Marburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1074. BGH 2 StR 268/10 – Beschluss vom 22. September 2010 (LG Fulda)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (indizielle Bedeutung mangelnder Therapiemotivation; Darlegungsbliedenheiten).

§ 64 StGB

1075. BGH 2 StR 286/10 – Beschluss vom 16. November 2010 (LG Marburg)

Verfall von Wertersatz (Verfahrenseinstellung; Vorrang der Einziehung bei Beziehungsgegenständen).

§ 73a StGB; § 430 Abs. 1 StPO; § 442 Abs. 1 StPO; § 33 Abs. 2 BtMG

1076. BGH 2 ARs 293/10 (2 AR 174/10) – Beschluss vom 15. September 2010 (LG Köln)

BGHSt; Krisenintervention als Vollstreckung einer Maßregel; Zuständigkeit für die weitere Bewährungsüberwachung und Führungsaufsicht.

§ 462a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 463 Abs. 1 und 7 StPO; § 67h StGB

1077. BGH 2 ARs 297/10 (2 AR 189/10) – Beschluss vom 22. September 2010 (AG Tiergarten)

Voraussetzungen der Verfahrensabgabe (Übertragung).

§ 42 Abs. 3 JGG

1078. BGH 2 StR 320/10 – Beschluss vom 10. November 2010 (LG Köln)

Versuchter Totschlag und rechtfertigender Behandlungsabbruch (erforderliches Verfahren zur Feststellung des Patientenwillen; Patientenverfügung; Selbstbestim-

mungsrecht; Lebensschutz; Einwilligung; Tötung auf Verlangen; aktive Sterbehilfe).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 212 StGB; § 216 StGB; § 22 StGB; § 1901a BGB; § 1901b BGB

1079. BGH 2 ARs 346/10 2 AR 208/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (AG Aachen; AG Paderborn; LG Essen)

Verfahrensverbindung durch den BGH.
§ 3 StPO; § 4 Abs. 2 StPO

1080. BGH 2 StR 354/10 – Beschluss vom 6. Oktober 2010 (LG Gießen)

Rechtsfolgen einer informellen Vereinbarung über mögliche Rechtsfolgen (Verfahrensabsprache; Deal; Vertrauensschutz; Würde des Gerichts); Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen nach dem Vollstreckungsmodell.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 257c StPO

1081. BGH 2 ARs 354/10 2 AR 225/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (AG Nordhorn)

Voraussetzungen der Verfahrensabgabe (Übertragung).
§ 42 Abs. 3 JGG

1082. BGH 2 ARs 360/10 (2 AR 214/10) – Beschluss vom 6. Oktober 2010 (AG Wuppertal; LG Bielefeld)

Zuständigkeit für die Bewährungsaufsicht (Befasstsein).
§ 462a StPO

1083. BGH 2 ARs 366/10 2 AR 233/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (AG Kaiserslautern)

Voraussetzungen der Verfahrensabgabe (Übertragung).
§ 42 Abs. 3 JGG

1084. BGH 2 StR 371/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Köln)

BGHSt; mangelnde Beweiskraft des zu einer etwaigen Verständigung schweigenden Protokolls (Negativattest; Darlegungsanforderungen für den Beleg einer nicht protokollierten Verständigung im Freibeweisverfahren); Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts.
§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO; § 302 Abs. 1 S. 2 StPO

1085. BGH 2 StR 377/10 – Beschluss vom 20. Oktober 2010 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf des unerlaubten Handelns (mangelnde Aussagekonstanz; Glaubwürdigkeitsprüfung auch bei Polizeizeugen; geringerer Beweiswert eines Zeugen vom Hörensagen).
§ 261 StPO; § 30 BtMG, § 29 BtMG

1086. BGH 2 StR 380/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (LG Frankfurt am Main)

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

1087. BGH 2 StR 382/10 – Beschluss vom 29. September 2010 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (bandenmäßige Begehung; Bandenhandel; eingespieltes Bezugs- und Absatzsystem).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG

1088. BGH 2 StR 394/10 – Beschluss vom 6. Oktober 2010 (LG Gießen)

Erforderliche Feststellung für die bandenmäßige Begehung des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln; rechtsirrig und unverbindliche Ausführungen zur Strafaussetzung zur Bewährung im Rahmen der Verhängung einer Gesamtfreiheitsstrafe.

§ 29a BtMG; § 54 StGB; § 57 StGB

1089. BGH 2 StR 395/10 – Urteil vom 15. September 2010 (LG Bad Kreuznach)

Gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug; Schuhtritte; hinterlistiger Überfall); schwerer Raub (schwere räuberische Erpressung; schwere körperliche Misshandlung; Gesundheitsschädigung); Mittäterschaft.

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB; § 176a Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1090. BGH 2 StR 404/10 – Urteil vom 20. Oktober 2010 (LG Darmstadt)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Sicherungsverwahrung.

§ 66 Abs. 2, 3 StGB

1091. BGH 2 StR 419/10 – Beschluss vom 14. Oktober 2010 (LG Köln)

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

1092. BGH 2 StR 440/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (LG Koblenz)

Abgrenzung Raub und räuberische Erpressung (Wegnahme).

§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

1093. BGH 2 StR 451/10 – Beschluss vom 6. Oktober 2010 (LG Darmstadt)

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

1094. BGH 2 StR 454/10 – Beschluss vom 27. Oktober 2010 (LG Köln)

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

1095. BGH 2 StR 464/10 – Beschluss vom 20. Oktober 2010 (LG Wiesbaden)

Erörterungsmangel bei der Bildung einer Einheitsstrafe (Jugendstrafe; übersehene Einbeziehungsfähigkeit früherer Urteile).

§ 31 Abs. 2 und 3 JGG

1096. BGH 2 StR 498/10 – Beschluss vom 14. Oktober 2010 (LG Aachen)

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

1097. BGH 4 StR 150/10 – Urteil vom 30. September 2010

Untreue (Vermögensnachteil; Verwendung verbleibender Drittmittel; Vermögensbetreuungspflicht des Hochschullehrers), Betrug (Irrtum; Vermögensverfügung; Kausalität und Unmittelbarkeit; Vermögensschaden und Subventionsbetrug durch die Einwerbung und die Verwendung von Drittmitteln bzw. Subventionen; Anforderungen an einen Freispruch (Darstellung des Vorwurfs; zusammenhängende Wiedergabe der Einlassung der Angeklagten und deren Würdigung unter Berücksichtigung aller Umstände; lückenhafte Beweiswürdigung).
§ 263 StGB; § 264 StGB; § 266 StGB; § 261 StPO; § 101 des Gesetzes über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (HG NRW)

1098. BGH 4 StR 215/10 – Urteil vom 28. Oktober 2010 (LG Hagen)

BGHSt; Tenorierung beim Auffangrechtserwerb (unmittelbar erworbener Vermögensgegenstand; erlangter Geldbetrag; gesamtschuldnerische Haftung; Mitverfügungsmacht; gebotene Anwendung der Härtevorschrift: unterschiedliche hohe Feststellungen); Erstreckung des Erfolgs der Revision.
§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 StGB; § 357 StPO

1099. BGH 4 StR 254/10 – Beschluss vom 10. August 2010 (LG Halle; OLG Naumburg)

Besondere Zuwendung für Haftopfer (Antrag vor rechtskräftiger gerichtlicher Rehabilitierungsentscheidung).
§ 17a StrRehaG; § 12 StrRehaG; § 25 Abs. 1 Satz 4 StrRehaG; § 13 Abs. 4 StrRehaG; § 121 Abs. 2 GVG

Die besondere Zuwendung für Haftopfer nach § 17a StrRehaG ist auch dann ab dem auf die Antragstellung an die zuständige Verwaltungsbehörde folgenden Monat auszuführen, wenn der Antrag gestellt wird, bevor eine rechtskräftige gerichtliche Rehabilitierungsentscheidung vorliegt.

1100. BGH 4 StR 264/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Halle)

Gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs (Reißzwecke); Nötigung.
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 223 StGB; § 240 StGB

1101. BGH 4 StR 277/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Stendal)

Verfall von Wertersatz (Erlangtes; für die Tatdurchführung erlangtes); rechtsmissbräuchliche Ausübung des Ablehnungsrechts (Befangenheitsantrag).
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 StPO; § 26a StPO

1102. BGH 4 StR 278/10 – Beschluss vom 20. September 2010 (LG Magdeburg)

Strafzumessung (Begründungsbedarf bei außergewöhnlich hohen Strafen; mildernde Berücksichtigung der Abgabe von Falschgeld an einen Verdeckten Ermittler).
§ 46 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 146 StGB; § 147 StGB

1103. BGH 4 StR 285/10 – Urteil vom 28. Oktober 2010 (LG Arnsberg)

Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität; kein Beweis des ersten Anscheins; keine in jeder Hinsicht erschöpfende Beweiswürdigung; Anforderungen an einen Freispruch); Körperverletzung mit Todesfolge.
§ 261 StPO; § 227 StGB

1104. BGH 4 StR 295/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Rostock)

Verjährung deliktischer Ansprüche (Kenntnis von der Adresse des Schuldners; grobe Fahrlässigkeit); Adhäsionsverfahren (keine Zurückverweisung nur hinsichtlich des Entschädigungsanspruches).
§ 403 StPO; § 199 BGB

1105. BGH 4 StR 295/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Rostock)

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung nur durch bloße Feststellung des Verstoßes.
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

1106. BGH 4 StR 307/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Bochum)

Erforderliche Feststellungen in den Urteilsgründen (geschlossene Darstellung; gesetzliche Merkmale der Straftat); versuchte Nötigung; Betrug; Nachstellung (Kausalität; Doppelverwertungsverbot).
§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 240 StGB; § 22 StGB; § 263 StGB; § 238 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1107. BGH 4 StR 315/10 – Beschluss vom 6. Oktober 2010 (LG Essen)

Sexuelle Handlung (erforderliche Feststellungen).
§ 184g StGB

1108. BGH 4 StR 324/10 – Beschluss vom 7. Oktober 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1109. BGH 4 StR 357/10 – Beschluss vom 28. Oktober 2010 (LG Stade)

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

1110. BGH 4 StR 382/10 – Beschluss vom 14. Oktober 2010 (LG Dortmund)

Mangelnde Feststellungen zur bandenmäßigen Begehung eines Diebstahls.
§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 242 StGB

1111. BGH 4 StR 388/10 – Beschluss vom 28. Oktober 2010 (LG Hagen)

Wirksame Revisionsrücknahme (Ermächtigung des Verteidigers; Nachweis; Verhandlungsfähigkeit).
§ 302 StPO

1112. BGH 4 StR 397/10 – Beschluss vom 26. Oktober 2010 (LG Bielefeld)

Sexuelle Nötigung (Ausnutzung einer hilflosen Lage; Einschließen des Opfers als Gewalt).
§ 177 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB; § 52 StGB

1113. BGH 4 StR 402/10 – Urteil vom 28. Oktober 2010 (LG Münster)

Absicht rechtswidriger Zueignung (versuchter schwerer Raub; versuchte schwere räuberische Erpressung; Abgrenzung vom Raub und Konkurrenzen; Dreieckerpressung; normatives Tatbestandsmerkmal).

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB

1114. BGH 4 StR 408/10 – Beschluss vom 20. September 2010 (LG Saarbrücken)

BGHR; Umfang des Verbrauchs der Strafklage (wiederholte Verwirklichung des Tatbestandes der Geldfällung; entgegenstehende Rechtskraft; Inverkehrbringen); Strafzumessung bei Anstiftung zur Tat im Gegensatz zur Mittäterschaft.

Art. 103 Abs. 3 GG; § 146 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB; § 206a StPO; § 410 Abs. 3 StPO; § 26 StGB; § 46 StGB

1115. BGH 4 StR 412/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Halle)

Verfahrenshindernis der Spezialität (Auslieferungsbewilligung; Schweiz; Beachtung auf die Sachrüge).

§ 206a StPO; § 260 Abs. 3 StPO; Art. 38 Abs. 1 a des schweizerischen Rechtshilfegesetzes

1116. BGH 4 StR 414/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Bochum)

Strafzumessung bei Körperverletzung (keine Strafschärfung nach Rücktritt vom Tötungsdelikt; Wertungsfehler).

§ 223 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 46 StGB

1117. BGH 4 StR 424/10 – Beschluss vom 12. Oktober 2010 (LG Essen)

Berufsverbot (fehlerhafte Begründung der festgesetzten Dauer).

§ 70 Abs. 4 Satz 3 StGB

1118. BGH 4 StR 424/10 – Beschluss vom 12. Oktober 2010 (LG Essen)

Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung); gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug (Beendigung).

§ 55 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1119. BGH 4 StR 448/10 – Beschluss vom 5. Oktober 2010 (LG Neubrandenburg)

Rechtsfehlerhafte Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe (Halbstrafenzeitpunkt; Vikariierung; eigene Entscheidung des Revisionsgerichts).

§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

1120. BGH 4 StR 451/10 – Beschluss vom 2. November 2010 (LG Hagen)

Verfahrenseinstellung und Aufrechterhaltung des Strafausspruches.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

1121. BGH 4 StR 465/10 – Beschluss vom 19. Oktober 2010 (LG Landau)

Gefährliche Körperverletzung (Doppelverwertungsverbot; Strafzumessung; Art der Ausführung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 46 Abs. 2, Abs. 3 StGB

1122. BGH 4 StR 470/10 – Beschluss vom 14. Oktober 2010 (LG Saarbrücken)

Erörterungsmangel hinsichtlich der „Kronzeugenregelung“ des § 46b StGB (Aufklärungshilfe).

§ 46b StGB; § 46 StGB

1123. BGH 4 StR 473/10 – Beschluss vom 2. November 2010 (LG Münster)

Verfall von Wertersatz (Erlangtes; lediglich erzielter Vermögenszuwachs).

§ 73 StGB; § 73a StGB

1124. BGH 4 StR 522/10 – Beschluss vom 2. November 2010 (LG Neubrandenburg)

Erforderliche Vorsatzfeststellung für den sexuellen Missbrauch eines Kindes und den versuchten schweren sexuellen Missbrauch eines Kindes (Kindesalter).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 15 StGB

1125. BGH 4 StR 525/10 – Beschluss vom 11. November 2010 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1126. BGH 4 StR 646/09 – Beschluss vom 10. August 2010 (ThürOLG)

BGHSt; besondere Zuwendung für Haftopfer (Antrag vor rechtskräftiger gerichtlicher Rehabilitierungsentscheidung).

§ 17a Abs. 4 Satz 1 StrRehaG; § 12 StrRehaG; § 25 Abs. 1 Satz 4 StrRehaG; § 13 Abs. 4 StrRehaG; § 121 Abs. 2 GVG

1127. BVerfG 2 BvR 1081/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Konstanz/AG Überlingen)

Grundsatz bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung (Geltung auch in Verfahren, die dem Freibeweis unterliegen); Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung wegen Nichterfüllung von Bewährungsaufgaben.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB

1128. BVerfG 2 BvR 2101/09 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. November 2010 (AG Bochum/LG Bochum)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchungsbeschluss (Anfangsverdacht; Verwendung von Beweismitteln aus rechtswidriger privater Beweisbeschaffung; Beweisverwertungsverbot; Trennungsgebot; Pflicht zur Aufklärung der Herkunft vertraulicher Daten); Liechtensteiner Steueraffäre; Grundrecht auf rechtliches Gehör (Akteneinsicht; Abgrenzung zum Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz; Anspruch auf Erhebung weiterer Informationen); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts; Rechtswegerschöpfung).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 105 StPO; § 370 AO; § 17 UWG; § 90 BVerfGG

1129. BVerfG 2 BvR 2242/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. September 2010 (LG Berlin/AG Tiergarten)

Angebliche Falschbezeichnung des Verurteilten; Urteilsberichtigung (Rubrum; Grenzen); Einwendungen gegen

die Vollstreckung des Urteils; Wiederaufnahmeverfahren.
Art. 20 Abs. 3 GG; § 359 Abs. 5 StPO; § 458 Abs. 1 StPO